
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 8	n. 34	p. 1-254	out./dez. 2008
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense de Direito Administrativo

Direção Geral:	Romeu Felipe Bacellar Filho
Direção Editorial:	Paulo Roberto Ferreira Motta
Direção Executiva:	Emerson Gabardo
Conselho de Redação:	Edgar Chiuratto Guimarães Adriana da Costa Ricardo Schier Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (Brasil)	Jorge Luís Salomoni - in memoriam (Argentina)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (Brasil)
Alice Gonzales Borges (Brasil)	José Carlos Abraão (Brasil)	Nelson Figueiredo (Brasil)
Antonello Tarzia (Itália)	José Eduardo Martins Cardoso (Brasil)	Odilon Borges Junior (Brasil)
Carlos Ari Sundfeld (Brasil)	José Luís Said (Argentina)	Pascual Caiella (Argentina)
Carlos Ayres Britto (Brasil)	José Mario Serrate Paz (Uruguai)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (Brasil)
Carlos Delpiazzi (Uruguai)	Juan Pablo Cajarville Peruffo (Uruguai)	Paulo Henrique Blasi (Brasil)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (Brasil)	Juarez Freitas (Brasil)	Paulo Neves de Carvalho - in memoriam (Brasil)
Celso Antônio Bandeira de Mello (Brasil)	Julio Rodolfo Comadira - in memoriam (Argentina)	Paulo Ricardo Schier (Brasil)
Clèmerson Merlin Clève (Brasil)	Luís Enrique Chase Plate (Paraguai)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (Brasil)
Clovis Beznos (Brasil)	Lúcia Valle Figueiredo (Brasil)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (Brasil)
Enrique Silva Cimma (Chile)	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho - in memoriam (Brasil)	Rogério Gesta Leal (Brasil)
Eros Roberto Grau (Brasil)	Marçal Justen Filho (Brasil)	Rolando Pantoja Bauzá (Chile)
Fabrcio Motta (Brasil)	Marcelo Figueiredo (Brasil)	Sérgio Ferraz (Brasil)
Guilhermo Andrés Muñoz - in memoriam (Argentina)	Márcio Cammarosano (Brasil)	Valmir Pontes Filho (Brasil)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Espanha)		Weida Zancaner (Brasil)
		Yara Stropa (Brasil)

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.

Trimestral

ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

ISSN 1516-3210

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 33.342

© 2008 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda.
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisora: Lourdes Nascimento
Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta
Bibliotecária: Leila Aparecida Anastácio - CRB 2513 - 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.
Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com a seguinte publicação:

- Revista da Faculdade de Direito

A coisa julgada como limite à retroatividade da declaração de inconstitucionalidade: mas e se a coisa julgada for inconstitucional?

Cláudia Honório*

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Constitucional pela UniBrasil. Mestranda em Direito pela UFPR. Bolsista da CAPES.

Resumo: Este estudo versa sobre os efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade em controle abstrato. Questiona-se a tese que considera a lei inconstitucional nula de pleno direito e incapaz de produzir efeitos, sendo a decisão que reconhece esse vício de natureza declaratória e efeitos retroativos. A borracha do direito não é capaz de apagar diversos efeitos produzidos pelo ato. Assim, a desconsideração retroativa deve ser aplicada com parcimônia, visando à preservação das situações que se consolidaram durante a vigência da norma. Há interesses constitucionalmente relevantes em jogo, como a segurança jurídica. A coisa julgada, representante dessa segurança, limita a retroatividade dos efeitos de posterior declaração de inconstitucionalidade da lei em que se fundamentou o julgado. Mesmo em se tratando de decisão inconstitucional, não se pode defender sempre a desconstituição do julgado, sob pena de se instaurar cenário de insegurança jurídica e injustiça.

Palavras-chave: Lei inconstitucional. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Coisa julgada. Coisa julgada inconstitucional.

Introdução

O presente estudo tem por objeto os efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato. Questiona-se a tese que considera a lei inconstitucional nula de pleno direito e incapaz de produzir efeitos, sendo que a decisão que reconhece esse vício tem natureza declaratória e efeitos retroativos, fulminando o ato desde o seu nascedouro. Considerando que nem todas as relações firmadas no mundo da vida podem ser desconstituídas pelo direito, percebe-se que o ato inconstitucional produz efeitos enquanto sua inconstitucionalidade não é declarada. Assim, faz-se necessária a reflexão sobre a tese da nulidade, para possibilitar que a declaração de inconstitucionalidade nem sempre tenha efeitos retroativos, visando à proteção de interesses constitucionalmente relevantes, como a segurança jurídica.

A coisa julgada, como instituto representante dessa segurança, serve como limite à retroatividade dos efeitos de posterior declaração de inconstitucionalidade

* E-mail: <claudia.honorio@hotmail.com>.

de lei em que se fundamentou o julgado. Afinal, os atos singulares legitimamente produzidos durante o período de vigência da lei inconstitucional não podem ser desconstituídos automaticamente, sem maiores cuidados.

Sendo a coisa julgada um dos limites aos efeitos *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade, cabe verificar se continua sendo limite mesmo em se tratando de “coisa julgada inconstitucional”. Nessa hipótese, pergunta-se se deve prevalecer a segurança jurídica ou a justiça e a supremacia da Constituição. Indo mais além, examina-se se a “coisa julgada inconstitucional” pode ser desconstituída a qualquer tempo, e se o ordenamento jurídico dispõe de meios processuais adequados para tanto. Trata-se de tema delicado e relevante, para o qual se espera trazer alguma contribuição.

1 A inconstitucionalidade e os efeitos temporais de sua declaração

A inconstitucionalidade é um conceito relacional: trata-se da relação de desconformidade entre um comportamento e a Constituição.¹

Considerando a teoria escalonada do ordenamento jurídico, tal como formulada por Kelsen, o direito é um sistema de elementos (normas), dispostos em uma estrutura (hierárquica), e que se inter-relacionam por regras de coordenação (fundamentação). Cada norma busca o fundamento de sua validade em uma norma que lhe é superior. A existência de apenas uma norma fundamental suprema, da qual todas as demais normas retiram sua validade e fundamento, é o que confere a unidade e a coerência ao sistema.

As normas inferiores devem ser compatíveis com as superiores. Essa compatibilidade deve ocorrer tanto em relação ao conteúdo do ato quanto ao seu processo de elaboração.² Será desarmônica em relação à norma fundamental,

¹ Segundo Jorge Miranda, “constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, ou seja, a relação que se estabelece entre uma coisa — a Constituição — e outra coisa — um comportamento — que se lhe está ou não conforme, com o que ela é ou não compatível, que cabe ou não em seu sentido” (MIRANDA. *Manual de direito constitucional*, p. 273).

² Além da inconstitucionalidade material (conteúdo) e formal (processo de elaboração), existem, ainda, outras manifestações da inconstitucionalidade: inconstitucionalidade total e parcial, por ação e omissão, originária e superveniente, antecedente e consequente, direta e indireta. Sobre o tema: CLÉVE. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 39-57. Ainda, aponta Gilmar Ferreira Mendes que a inconstitucionalidade de uma lei pode assumir diferentes variantes: 1) Declaração de nulidade total como expressão de unidade técnico-legislativa. Situações em que não se pode dividir a lei em partes válidas e inválidas, como no caso de vício de iniciativa legislativa. 2) Declaração de nulidade total. Situações em que a lei não pode ser dividida em partes, porque todas estão integradas. “Se a disposição principal da lei há de ser considerada inconstitucional, pronuncia o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de toda a lei, salvo se algum dispositivo puder subsistir sem a parte considerada inconstitucional” (MENDES. *Jurisdição constitucional*, p. 342). 3) Declaração de nulidade parcial. A inconstitucionalidade abrange apenas a parte viciada da lei, e não as demais que podem sobreviver autonomamente. Deve ser investigada a relação de dependência entre as partes da norma, e também se o texto subsistente corresponderá à vontade do legislador. 4) Declaração parcial de nulidade sem redução de texto. Considera-se inconstitucional apenas determinada hipóteses de aplicação da lei, sem alterar o programa normativo. Pode decorrer e interpretação conforme a Constituição (MENDES. *Op. cit.*, p. 341-346).

afrontando a noção de sistema e sendo, portanto, inválida, a norma inferior que desobedecer aos limites³ para sua criação. Deverá tal norma ser expulsa do sistema por meio de mecanismos que ele próprio prevê. O sistema de controle da constitucionalidade presta-se justamente para afirmar a Constituição e garantir sua eficácia, promovendo uma auto-regulagem do sistema normativo.

O parâmetro para fiscalizar a constitucionalidade é a norma fundamental, a Constituição⁴ em sua integralidade (incluindo os princípios implícitos). Contudo, a inconstitucionalidade não se verifica em face da Constituição em bloco, mas sim em relação a norma certa e determinada.⁵

Conflitando com a Constituição, serão inconstitucionais (totais ou parciais) quaisquer atos (ações ou omissões) do poder público,⁶ sejam administrativos, normativos ou jurisdicionais.⁷

Firmada a noção de inconstitucionalidade, cabe situá-la nos planos da existência, da validade e da eficácia dos atos jurídicos.

A existência diz respeito à manifestação no mundo dos fatos; o ato existente possui os requisitos constitutivos para que seja considerado como tal. Válido é o ato elaborado em conformidade com os parâmetros estabelecidos pelo sistema e não contraditório com os demais dispositivos normativos. O ato eficaz é aquele idôneo para atingir a finalidade para a qual foi editado. A eficácia jurídica relaciona-se com a aplicabilidade e a exigibilidade da norma, com a capacidade de produzir efeitos jurídicos. Já a eficácia social corresponde à efetiva aplicação e observância do ato jurídico/norma.⁸

³ A atribuição de execução conferida à norma inferior pela norma que a fundamenta reveste-se de limites. Os limites materiais circunscrevem o conteúdo possível. Em um Estado de Direito, apenas as normas primárias podem inovar na ordem jurídica. Os limites formais referem-se ao procedimento ou modo de produção para a criação da norma (BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 53-57).

⁴ Lassalle explica a fundamentalidade constitucional com base em três razões: a lei fundamental é básica; constitui e informa as demais leis, irradiando-se por meio delas; é necessária (LASSALE. *A essência da constituição*, p. 9-10).

⁵ CUNHA JUNIOR. *Controle judicial das omissões do poder público*: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição, p. 111.

⁶ Destaca Jorge Miranda: "Não é inconstitucionalidade qualquer desconformidade com a Constituição, visto que também os particulares, ao agirem na sua vida quotidiana, podem contradizer ou infringir a Constituição ou os valores nela inseridos. Não é inconstitucionalidade a violação de direitos, liberdades e garantias por entidades privadas, a eles também vinculadas, e nem sequer a ofensa de normas constitucionais por cidadãos em relações jurídico-privadas. Essas violações podem ser relevantes no plano do direito constitucional; o seu regime é no entanto, naturalmente, diverso dos regimes específicos, a que estão sujeitas as leis e outros atos do Estado" (MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*, p. 320 e ss.). Na mesma linha, para Regina Maria Macedo Nery Ferrari: os conceitos de ação e omissão inconstitucionais "só se tornam operacionais quando ligados aos órgãos do poder, já que a Constituição os tem como primeiros destinatários" (FERRARI. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 73).

⁷ Em sede de controle abstrato de constitucionalidade, exige-se que o ato seja normativo, ressalvando-se apenas a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que possibilita o controle de todos os atos do poder público. Portanto, os atos jurisdicionais não são objeto de controle abstrato de constitucionalidade. Todavia, isso não significa que sejam imunes à verificação da compatibilidade com a Constituição. É perfeitamente possível falar em sentença inconstitucional transitada em julgado, se não compatível com a norma fundamental do ordenamento jurídico brasileiro.

⁸ Luís Roberto Barroso alude à efetividade das normas, que diz respeito à "realização do Direito, o desempenho

Considerando tais categorias, tem-se que a inconstitucionalidade localiza-se no plano da validade do ato jurídico. Isso porque o ato inconstitucional existe no mundo dos fatos, pois gera efeitos e tem os requisitos mínimos para sua constituição; é eficaz, pois publicada uma lei, ela produz efeitos jurídicos, e pode ser observada e respeitada nas relações sociais. Contudo, não será conforme ao ordenamento jurídico, na medida em que viola a Constituição (a mais grave invalidade). A inconstitucionalidade é a sanção aplicada a essa tão grave invalidade, a fim de preservar o ordenamento jurídico.

O vício que pode atingir um ato normativo, administrativo ou jurisdicional, portanto, não é o da inexistência jurídica, conforme postulam alguns doutrinadores,⁹ mas o da invalidade decorrente da inconstitucionalidade.¹⁰

Discute-se se a inconstitucionalidade gera a nulidade ou a anulabilidade do ato. Miguel Reale considera nulo o ato que, tendo todos os requisitos para existir, não produz efeitos válidos desde seu surgimento; e anulável o ato que possui os elementos capazes de produzir efeitos até que sua validade seja impugnada.¹¹

Pois bem. Sabe-se que o controle de constitucionalidade no Brasil é peculiar, mesclando aspectos norte-americanos e austríacos. E esses aspectos variam no que diz respeito aos efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade.

No sistema norte-americano, considera-se a lei inconstitucional nula de pleno direito. A nulidade é declarada por um pronunciamento que produz efeitos retroativos; o vício macula o ato desde o seu nascedouro. É sanção grave, pois o ato é extirpado do ordenamento e são desconsiderados todos os seus efeitos, tal como se nunca tivesse existido.¹²

concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social" (BARROSO. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira, p. 85). Assim, a efetividade é a concretização do comando normativo, sua realização no mundo dos fatos. Ressalte-se que não há efetividade sem eficácia jurídica. A efetivação (ou eficácia social) da norma constitucional verifica-se quando os valores positivados correspondem aos anseios populares, existindo um empenho coletivo no seu respeito e concretização.

⁹ "Não nos parece que à norma declarada inconstitucional por Ação declaratória de inconstitucionalidade deve tentar qualificar-se como sendo 'nula' ou 'anulável'. Declarada inconstitucional a norma jurídica, e tendo a decisão efeito *ex tunc*, pensamos dever-se considerar como se a lei nunca tivesse existido" (WAMBIER; MEDINA. *O dogma da coisa julgada*: hipóteses de relativização, p. 46). Nesse sentido, também: THEODORO JUNIOR; FARIA. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*, p. 94-95.

¹⁰ Em sentido contrário, é a posição de Eduardo Talamini. Para o autor, a sentença inconstitucional trata-se de uma sentença injusta ou errada, residindo o defeito no conteúdo da solução que dá à causa, não nos pressupostos de existência e validade. Ressalva expressamente a seguinte situação: quando se tratar de inconstitucionalidade de norma reguladora de requisitos de validade da sentença ou de atos que repercutam sobre a sentença, ocorrerá uma nulidade (TALAMINI. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 415-416).

¹¹ REALE. *Revogação e anulamento do ato administrativo*, p. 50-51. No mesmo sentido, Regina Ferrari: "nulo é o ato intrinsecamente ineficaz, quando lhe faltam elementos essenciais à perfeição, e, conseqüentemente, tal ato não pode produzir efeitos *ab initio*. Anulável é o ato cujo vício refere-se a elementos extrínsecos — que não afetam sua estrutura —, menos rigorosos; produz efeitos até que tais vícios sejam identificados" (FERRARI. *Op. cit.*, p. 155).

¹² Quanto à eficácia retroativa da decisão declaratória de inconstitucionalidade, há que se considerar que no

Já no sistema austríaco, a decisão decreta a anulabilidade da norma, de forma que o ato permaneceu válido e gerando efeitos até a superveniência da decisão. Logo, os efeitos da decisão (consistentes na cessação de efeitos do ato impugnado) operam a partir da sua publicação, para o futuro.

Fortaleceu-se na doutrina e na jurisprudência brasileiras, por influência norte-americana, a equiparação entre nulidade e inconstitucionalidade.¹³ O fundamento da doutrina da nulidade do ato inconstitucional é o princípio da supremacia da Constituição. Considera-se que o reconhecimento da validade de uma lei inconstitucional, ainda que por tempo limitado, representa uma ruptura com este princípio.¹⁴ Portanto, a decisão sobre a inconstitucionalidade de determinado ato deve ter natureza declaratória, pois apenas reconhece a existência do vício, produzindo efeitos *ex tunc*.¹⁵

Gilmar Ferreira Mendes afirma que a nulidade do ato incompatível com a Constituição deriva do princípio do Estado Democrático de Direito; da aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais; da vinculação dos órgãos estatais aos princípios constitucionais; das cláusulas pétreas, que ressaltam a supremacia da Constituição; da previsão de um processo legislativo; do poder de qualquer julgador deixar de aplicar lei inconstitucional; do direito do cidadão de voltar-se contra lei inconstitucional.¹⁶ A nulidade do ato inconstitucional é considerada um princípio implícito no direito brasileiro,¹⁷ na medida em que a Constituição de 1988 não previu expressamente — como o fez a Constituição portuguesa¹⁸ — a

caso de inconstitucionalidade superveniente e de processo de inconstitucionalização (mutação), a nulidade do ato retroagirá apenas até o momento em que se manifestou a inconstitucionalidade, não alcançando os efeitos anteriores.

¹³ É curioso que tenha prevalecido o dogma da nulidade da lei inconstitucional, pois o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade não tem inspiração apenas norte-americana. Manter o dogma significa desconsiderar a evolução que os sistemas americano e austríaco experimentam (ÁVILA. *Determinação dos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: premissas para uma interpretação conforme a Constituição do art. 27 da Lei nº 9.868 de 1999*, p. 42-44).

¹⁴ “Se a Constituição é Lei Suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria uma negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação a aquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí porque a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato” (BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 16).

¹⁵ CLÈVE. Op. cit., p. 244.

¹⁶ MENDES. Op. cit., p. 325-326.

¹⁷ Tem-se que a nulidade (e não a anulabilidade) do ato inconstitucional é princípio constitucional implícito. Militam para isso os fatos: apenas a nulidade fundamenta (i) a recusa, pelo Poder Público, ao cumprimento de lei tida como inconstitucional, antes de qualquer pronunciamento judicial; (ii) a invalidação, pelo Executivo e Legislativo, de seus próprios atos considerados inconstitucionais (CLÈVE. Op. cit., p. 246).

¹⁸ O artigo 282 da Constituição portuguesa tem a seguinte redação: “1. A declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade com força obrigatória e geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. 3. Ficam ressalvados os

conseqüência da declaração de inconstitucionalidade.¹⁹

Apesar de majoritária a posição que defende a nulidade do ato inconstitucional, há importantes vozes discordantes. Isso porque “a nulidade não é uma conseqüência lógica e necessária da inconstitucionalidade, pois (...) a inconstitucionalidade é susceptível de várias sanções, diversamente configuradas pelo ordenamento jurídico.”²⁰

Regina Maria Macedo Nery Ferrari acolhe a posição de Hans Kelsen no sentido de que a norma jurídica não pode ser nula, e sim apenas anulada por um órgão competente para tanto, permanecendo válida e obrigatória até o momento de sua anulação.²¹ Assim, a norma inconstitucional deve ser considerada anulável e os atos praticados sob o império desta norma reputados válidos até decisão em contrário, tendo esta decisão natureza constitutiva²² e efeitos, de regra, *ex nunc*.²³

Não se pode ignorar que a norma inconstitucional vive, ainda que por tempo limitado. Considere-se a hipótese de uma lei editada há muitos anos, sob a égide da qual se consolidaram várias situações jurídicas.²⁴ Como a inconstitucionalidade é um vício insanável, a declaração de nulidade *ab initio* de tal lei acarretaria uma situação de no mínimo insegurança jurídica. Como exemplo, pode-se pensar na criação de Município por lei declarada inconstitucional vinte anos depois, sendo que foram instalados serviços públicos e a população já se consolidou no território. Outra hipótese é pensar na adoção de crianças realizada com base em lei posteriormente declarada inconstitucional. Certamente situações problemáticas que a borracha do direito não apaga.

Levando em conta justamente a segurança jurídica, a estabilidade do direito e sua própria finalidade, existe o posicionamento no sentido de que a decisão que declara a norma inconstitucional tem natureza constitutiva, produzindo efeitos de regra *ex nunc*. Como a lei foi editada regularmente, gozando de presunção de constitucionalidade, suas conseqüências não podem ser olvidadas.

casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido. 4. Quando a segurança jurídica, por razões de equidade ou excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que previsto nos 1 e 2”.

¹⁹ Conforme aponta Gilmar Ferreira Mendes, na Assembléia Constituinte de 1986-88, propôs-se a introdução de dispositivo que autorizava o Supremo Tribunal Federal a determinar se a lei que teve sua inconstitucionalidade declarada no controle abstrato haveria de perder eficácia *ex tunc* ou se a partir da decisão. O projeto foi rejeitado, mantendo-se o entendimento da nulidade *ipso jure* e *ex tunc* da lei inconstitucional (MENDES. Op. cit., p. 324-325).

²⁰ CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 839.

²¹ FERRARI. Op. cit., p. 159. Para Kelsen, uma lei inválida não é lei, porque não existe juridicamente. Dentro do ordenamento, não há nulidade desde o início; assim, uma norma que pertença a ele pode ser apenas anulável. Essa anulação pode ter efeitos para o futuro, em regra, ou retroativos.

²² *Ibidem*, p. 172-173.

²³ *Ibidem*, p. 163 e 175.

²⁴ CLÉVE. Op. cit., p. 251.

Também nesse sentido, Myrian Passos Santiago afirma que “o ato inconstitucional não é ‘nulo de pleno direito’. Há a necessidade de pronunciamento judicial ou prévia normatização no sentido de aplicar uma sanção ao ato inconstitucional.”²⁵ A aplicação irrestrita do dogma da nulidade da lei inconstitucional acabaria por ferir a separação dos poderes e a estabilidade das relações jurídicas e sociais. Santiago elabora uma proposta: “atenuação do dogma quando o benefício logrado com a restrição à eficácia retroativa da decisão compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse que seria integralmente prestigiado, caso a decisão surtisse seus naturais efeitos; bem como não houvesse solução menos gravosa para proteção do interesse.”²⁶

Na jurisprudência a tese da nulidade é festejada. Todavia, tornou-se célebre o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Leitão de Abreu,²⁷ proferido em 1977, buscando um temperamento ao dogma da retroatividade da decisão judicial em controle de constitucionalidade. Determinados casos concretos levavam a que se admitisse, excepcionalmente, o temperamento da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade, por razões de boa-fé, justiça e segurança jurídica, num verdadeiro exercício de ponderação. Embora não tenha prevalecido o entendimento do Ministro, o debate ganhou fôlego e conquistou adeptos.

No controle de constitucionalidade, como em qualquer outro tema jurídico, mostra-se imprescindível fugir do rigor técnico-jurídico, das posições absolutas e dos dogmas, e abrir os olhos para o mundo dos fatos. Em bela passagem, ressalta Clèmerson Merlin Clève o dinamismo da vida:

Não é demais lembrar que a vida é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias. E que, portanto, cumpre, sim, manter a coerência dos postulados teóricos e doutrinários, mas nem por isso está-se autorizado a desprezar as exigências e desafios que a experiência vai impondo às condutas humanas e às categorias jurídicas. Cabe à jurisprudência, e portanto ao Judiciário, a insubstituível tarefa de, observados os valores que o direito não pode descurar, atualizar o sentido dos preceitos legais e a utilidade das formulações teóricas, adaptando uns e outras aos renovados fatos que a vida oferece todos os dias.²⁸

Por estar implícita na Constituição e coadunar-se com a supremacia constitucional, cabe defender a tese da nulidade do ato inconstitucional. Contudo,

²⁵ SANTIAGO. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa julgada em matéria tributária. *Revista de Processo*, p. 119.

²⁶ *Ibidem*, p. 120.

²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário n. 93.356. Ministro Leitão de Abreu. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 97, p. 1369.

²⁸ CLÈVE. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, p. 290-291.

não se pode deixar de admitir temperamentos aos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade, justamente considerando o dinamismo das relações jurídicas e sociais, e a segurança jurídica. É indubitável que em certos casos “o dogma da nulidade absoluta deve sofrer certa dose de temperamento, sob pena de sustentar a injustiça e a violação do princípio da proteção da confiança.”²⁹

Tem-se que nem nulidade nem anulabilidade podem ser aceitas em termos radicais. Não se pode ignorar a existência de uma desconformidade entre um ato estatal e a lei fundamental do Estado e da sociedade. Entretanto, não se pode simplesmente declarar a nulidade da lei desde o seu surgimento, ignorando os efeitos produzidos no mundo da vida. A lei inconstitucional cria, durante a sua vigência, efeitos que merecem consideração. Logo,

a admissão da retroatividade *ex tunc* da sentença deve ser feita com reservas, pois não podemos esquecer que uma lei inconstitucional foi eficaz até consideração nesse sentido, e que ela pode ter tido conseqüências que não seria prudente ignorar, e isto principalmente em nosso sistema jurídico, que não determina um prazo para a arguição de tal invalidade, podendo a mesma ocorrer dez, vinte ou trinta anos após sua entrada em vigor.³⁰

Não se pode tomar como absoluta a posição de que a lei inconstitucional é nula de pleno direito e não pode produzir efeitos. Há diversos interesses em jogo, além da nulidade absoluta da lei inconstitucional: a supremacia da Constituição, a segurança jurídica, a coisa julgada, dentre outros. Afinal, “podem encontrar-se situações cujo desfazimento seja mais injusto que a própria manutenção dele, ainda que desconforme aos parâmetros a serem seguidos.”³¹ No caso de lei aplicada por muito tempo, sua nulidade pode afetar gravemente a paz social, por isso são legítimos temperamentos.

Resta claro que a teoria da nulidade não pode ser importada de seu berço — o direito privado — para o direito público sem mais. “Isso porque a sanção de nulidade tem no direito privado finalidade distinta, já que neste campo visa apenas a restaurar o equilíbrio individual. Já no ramo não privado, a finalidade é a proteção do interesse público, o que nos leva a considerar o tema com maior ou menor flexibilidade, conforme o exija o interesse a proteger.”³²

No plano concreto, pode ser necessária a manutenção de efeitos já produzidos pela norma inconstitucional, por razões de boa-fé, segurança, justiça e razoabilidade. A nulidade dos atos inconstitucionais é um princípio, e pode ceder

²⁹ CLÈVE. *A fiscalização abstrata...*, p. 251.

³⁰ FERRARI. *Op. cit.*, p. 290.

³¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991. p. 153.

³² FERRARI. *Op. cit.*, p. 152.

frente a outros interesses igualmente protegidos pelo ordenamento. E acolher a anulabilidade não significa retirar a supremacia da Constituição.

Ao expressar um sistema de controle de constitucionalidade, a Lei Maior conseqüentemente aceita que podem ser produzidas normas desconformes. No entender de Ana Paula de Oliveira Ávila, a supremacia constitucional não é um princípio no sentido próprio do termo, mas sim uma metanorma, “um postulado normativo que estrutura a aplicação de outras normas através da fixação de uma hierarquia e prescreve uma determinada forma de racionalidade, a de que a norma inferior não deve contrariar a norma superior.”³³ Nesse sentido, pode-se perfeitamente reconhecer efeitos a norma inconstitucional, quando disso resulte a sobrevalência de outra norma também constitucional.³⁴

Examinando as diferentes posições teóricas, pode-se concluir que a nulidade, apesar de coadunar-se com a noção de sistema jurídico que tem como norma fundamental a Constituição, não soluciona todos os problemas que podem decorrer da declaração de inconstitucionalidade. Muitas vezes a anulabilidade é a solução mais adequada para preservar os interesses envolvidos.³⁵ Afinal, a nulidade não é uma conseqüência lógica e inafastável da inconstitucionalidade.

Nulidade e a anulabilidade da norma inconstitucional são fortemente defensáveis, e talvez não seja adequado apoiar-se em apenas uma das possibilidades.³⁶

Até porque as distinções entre a nulidade e a anulabilidade não são claras. Ambas tratam de defeitos no ato jurídico, variando sua intensidade. Os critérios de intensidade ou visibilidade dos defeitos, legitimidade para a arguição, possibilidade de ser decretada de ofício pelo juiz, possibilidade de arguição principal ou incidental, produção ou não de efeitos são insuficientes para distinguir com clareza a nulidade da anulabilidade, pois transcendem o defeito em si. Na prática, é a lei que dirá o que é nulo ou anulável (sempre respeitando a Constituição), tendo pouca validade as referências doutrinárias.³⁷

³³ ÁVILA. Op. cit., p. 69.

³⁴ A autora exemplifica a tese: “A contraria a norma X da Constituição, mas a norma A gerou situações amparadas pelas normas Y e Z da Constituição; então, aplicar Y+Z para proteger tais situações promove *mais* a Constituição que aplicar somente X para invalidar A. Essa análise pode ser tanto quantitativa — mais normas apóiam a manutenção dos efeitos que o desfazimento —, quanto qualitativa — a norma que apóia a manutenção dos efeitos é fundamental, segundo a Constituição, e a norma cuja violação gerou a inconstitucionalidade, não” (Ibidem, p. 72).

³⁵ A declaração de nulidade não é a técnica mais adequada para muitas situações, como as omissões inconstitucionais; as técnicas de decisão do controle de constitucionalidade muitas vezes são insuficientes.

³⁶ Em verdade, pouca relevância tem a discussão sobre a nulidade ou anulabilidade da lei inconstitucional, pois as observações sobre a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade valem para qualquer hipótese. Se o ato for anulável e a decisão constitutiva, a sentença pode sim ter efeitos retroativos. E se for nulo e a decisão declaratória, a regra é que os efeitos retroagem. Mas essa retroatividade pode ser abrandada. Como os efeitos podem ser retroativos em ambos os casos, o debate torna-se secundário.

³⁷ Esclarece Ana Paula ÁVILA que “Não se devem confundir os efeitos de um ato com o próprio ato, até porque, como se sabe, trata-se de instâncias distintas. A análise baseada nesses critérios torna impossível o

Talvez por isso Regina Ferrari tenha motivado-se a escrever que “o que nos leva a afastar a dicotomia acima citada (nulidade e anulabilidade), por considerar que, no campo do direito constitucional, ela não pode vigorar — já que, uma vez identificada a não concordância da norma inferior com os ditames constitucionais, não haverá possibilidade de se fazer tal diferenciação de graduação entre uma nulidade absoluta e uma relativa, pois a norma, assim viciada, padece de um só nível de invalidade, isto é, de inconstitucionalidade.”³⁸

A conclusão é que importa menos o defeito que as repercussões por ele geradas. Como não há regime jurídico expresso para a inconstitucionalidade, importa verificar em cada caso o que mais se coaduna com a Constituição: se a supremacia constitucional ou a segurança jurídica, por exemplo. Assim, o sistema constitucional e as particularidades do caso concreto permitem o reconhecimento de efeitos do ato nulo. Isso porque “O nulo, embora torne o ato jurídico ineficaz, é, muitas vezes, um fato eficaz, do qual advêm direitos e deveres ou, pelo menos, expectativas legítimas de direitos, de tal modo que, em determinadas situações, é imperativo se reconhecerem os efeitos dele decorrentes.”³⁹

A superação do dogma da nulidade absoluta da lei inconstitucional ganhou assento normativo com o advento da Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal:

Art. 27 - Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.⁴⁰

reconhecimento do que é típico, intrínseco, ou próprio de cada tipo de invalidade. É dessa falta de tipicidade intrínseca, demonstrada pelas figuras de nulidade e anulabilidade, que resulta a não imposição, necessariamente, de uma forma típica e rígida para a fixação de efeitos num ou noutro caso, podendo haver flexibilidade na modulação desses efeitos no caso de desfazimento do ato, dependendo da liberdade de conformação do legislador. Em breve conclusão, reitera-se que nulidade e anulabilidade não apresentam diferença intrínseca: são defeitos de incidência, com maior ou menor potencialidade para desconstituir os efeitos do ato jurídico existente. É o legislador quem atribui a condição de nulidade ou anulabilidade para os defeitos que ele próprio descreve. O mesmo se diga em relação ao regime dos efeitos da invalidação do ato: é facultado ao legislador fixá-lo” (ÁVILA. Op. cit., p. 26-27).

³⁸ FERRARI. Op. cit., p. 157.

³⁹ ÁVILA. Op. cit., p. 29.

⁴⁰ Idêntico dispositivo encontra-se na Lei nº 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal: “Art. 11 - Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Então, passou-se a manipular ou modular os efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade no controle concentrado com apoio expresso no ordenamento. A relativização das teorias absolutas sempre vem em boa hora, porque é mesmo exigência de ordem prática.

O citado artigo 27 revela a evolução do sistema de controle de constitucionalidade, mesclando aspectos dos modelos norte-americano e austríaco, provocando uma interpenetração entre as teses da nulidade e da anulabilidade. Abriu-se mão de uma regra geral, para afirmar que a nulidade apenas é uma preferência no direito brasileiro.

Há quem exalte, quem repudie e quem veja com cautela a disposição normativa em comento. O fato é que se afirmou a nulidade do ato inconstitucional como regra no sistema brasileiro, podendo ser afastada apenas excepcionalmente, mediante *quorum* qualificado e robusta fundamentação, que ressalte a segurança jurídica ou outro motivo de relevante interesse social. Ou seja, da inconstitucionalidade não mais decorre necessariamente a nulidade. Quando o Supremo Tribunal Federal determinar um momento a partir do qual a norma perderá a eficácia, tem-se que os efeitos da declaração serão semelhantes ao da revogação — e não da anulação — da norma. O direito adequou-se à dinâmica da vida.

Não é o objetivo do presente artigo tratar das especificidades da manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Por isso, não serão estudados temas como os requisitos para a modulação e as críticas doutrinárias ao preceito legal. Cabe, por ora, tratar apenas dos limites para a alteração dos efeitos da decisão, pois o artigo 27, apesar de salutar para adequar o direito ao mundo da vida, não pode se tornar um “cheque em branco” para o Supremo Tribunal Federal, convertendo-se em instrumento de arbítrio no trato das questões de constitucionalidade.⁴¹ Por envolver conceitos jurídicos indeterminados e passíveis de caracterização altamente subjetiva, a Corte pode decidir (até) (a partir de) quando a norma tem validade, pode modelar o direito.

Introduziu-se o pensamento consequencialista no direito. Significa que, ao decidir, serão considerados os efeitos que a decisão causará:

Como escreve Bachof, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis conseqüências destas. É assim que eles verificam

⁴¹ Interessante ressaltar que há autores que defendem que a regra não ampliou e sim restringiu os poderes do STF. Nesse sentido, Octávio Campos Fischer, observando que “antes dessa norma (art. 27), o Supremo Tribunal Federal, poderia em tese manipular os efeitos, fundando-se em qualquer valor constitucional que fosse necessário e adequado para tal fim. Agora, porém, somente em caso de ‘segurança jurídica’ ou se ‘excepcional interesse social’, poderá o Supremo restringir os efeitos daquela declaração” (FISCHER. *A manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e alguns reflexos no direito tributário*, p. 169. Na mesma linha, BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...*, p. 187).

se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de proteção de cidadãos singulares.⁴²

Todavia, o conseqüencialismo pode ser perigoso, na medida em que justamente se pode moldar as decisões conforme os efeitos que se pretende produzir. Ou seja, toma-se determinada decisão não porque é a mais adequada, mas sim porque se almejam determinadas conseqüências. Como adverte Gustavo Binbenojm:

É fundamental, no entanto, que a Corte Suprema utilize com parcimônia — como, de resto, tem feito até aqui — o dispositivo legal, sem se deixar impressionar por argumentos conjunturais e *ad terrorem*, como aqueles fundados em considerações exclusivamente financeiras ou econômicas. Dado o seu caráter excepcional, qualquer limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade deve-se ater ao estritamente necessário para a salvaguarda dos valores albergados no art. 27 da Lei nº 9.868/99.⁴³

Gilmar Mendes adverte que não se poderia permitir que os julgadores adotassem “como ponto de partida o presumível resultado da sua decisão e passassem por cima da Constituição e da lei em atenção a um resultado desejado. Mas a verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer outra razão duvidoso, é também em regra — embora não sempre — um resultado juridicamente errado.”⁴⁴

Em país algum se conferiu tanta margem de deliberação à Corte Constitucional. A razoabilidade no exercício dessa competência é essencial para sua legitimidade. Ainda, é importante a fundamentação da opção realizada quanto à restrição, indicando o interesse que se pretende salvaguardar. Para a adequada e aceitável restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, há de se fazer uma ponderação dos interesses em jogo, chegando a uma resposta proporcional e razoável. A atividade jurisdicional deve se desenvolver considerando as normas positivas e as finalidades do direito, como o bem-estar social e a justiça. Nesse sentido, o alerta de Ana Paula Oliveira Ávila:

Há que se recorrer à argumentação jurídica e a seus limites institucionais para demonstrar que a determinação dos efeitos do controle abstrato deve assentar-se em considerações de ordem jurídica, necessariamente constitucional, e, não política, que obedeçam a uma hierarquia de valores dentro da Constituição e que levem na máxima conta, a partir de razões jurídica e constitucionalmente

⁴² MENDES. Op. cit., p. 329.

⁴³ BINENBOJM. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, p. 203.

⁴⁴ MENDES. Op. cit., p. 329.

plausíveis, as situações consolidadas no tempo, os direitos fundamentais, as expectativas e interesses de particulares afetados pelas normas controladas, bem como o próprio interesse público na preservação da segurança jurídica dos cidadãos.⁴⁵

Afirmou-se que a manipulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade deve obedecer a limites, visando à preservação de interesses constitucionalmente relevantes. A retroatividade da declaração de inconstitucionalidade pode não ser a solução mais adequada no caso concreto, tendo em vista a segurança jurídica.

Cabe afirmar que um dos limites materiais à retroatividade da declaração de inconstitucionalidade e à modulação dos efeitos da decisão é a coisa julgada. Quer-se dizer que a coisa julgada deve ser imune frente à possível retroatividade da decisão de inconstitucionalidade, por representar a segurança jurídica, conforme será visto a seguir.

2 A coisa julgada como limite à retroatividade da declaração de inconstitucionalidade

A segurança é, no Estado brasileiro, um princípio, um valor e um direito fundamental. A segurança (gênero) vem destacada no caput do artigo 5º da Constituição Federal,⁴⁶ e comporta várias subespécies. Uma delas é a segurança jurídica, “a garantia que o jurisdicionado dispõe de que uma determinada situação de direito não será alterada.”⁴⁷ É o mínimo de previsibilidade necessária sobre as normas de convivência social.

A segurança tem lugar na atividade jurisdicional. A atuação do Judiciário não teria autoridade caso suas decisões não se revestissem, em algum momento, de imutabilidade,⁴⁸ ou seja, se não se formasse a coisa julgada. Caso as decisões se sujeitassem à livre revogabilidade e modificabilidade, não se alcançaria a justiça, no sentido de “paz jurídica”.⁴⁹ Logo, a coisa julgada é instituto que serve para

⁴⁵ ÁVILA. Op. cit., p. 65.

⁴⁶ Constituição Federal de 1988: “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)” Grifamos.

⁴⁷ BARROS. Coisa julgada inconstitucional e limitação temporal para a propositura da ação rescisória. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 83.

⁴⁸ Importa ressaltar que “A atribuição da autoridade da coisa julgada decorre de opção política entre dois valores: a segurança, representada pela imutabilidade do pronunciamento, e o ideal de justiça, sempre passível de ser buscado enquanto se permita o reexame do ato” (TALAMINI. Op. cit., p. 47).

⁴⁹ Segundo Paulo Otero, a ordem jurídica formulou mecanismos para dotar de estabilidade as decisões jurisdicionais. São exemplos: a) proferida a decisão, preclui a competência do juiz, quer dizer, não cabe intervenção *ex officio* sobre o decidido; b) as decisões apenas podem ser impugnadas por meio de recursos, e por quem detenha legitimidade para propô-los; c) os recursos sujeitam-se a prazos, o que significa que, expirado esse prazo, não se poderá mais impugnar a decisão. Ainda, há atos jurisdicionais que são irrecorríveis (OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 37-40).

a segurança, que é mais do que uma noção jurídica, abrangendo a tranqüilidade e a certeza em aspectos sociais e políticos.

Para as partes, a segurança proporcionada pela coisa julgada significa que a sua situação é aquela definida na sentença. Ainda, a estabilidade das decisões é importante para a sociedade como um todo, “para que possam os jurisdicionados confiar na seriedade e na eficiência do funcionamento da máquina judicial.”⁵⁰ A solidez das decisões interessa também ao Estado, uma vez que à lide já decidida não cabe o dever de prestar jurisdição.

A Constituição menciona o instituto da coisa julgada⁵¹ no rol dos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, inciso XXXVI), demonstrando preocupação com a estabilidade das relações jurídicas e sociais: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Para entender o alcance da coisa julgada como garantia constitucional,⁵² Eduardo Talamini formula diretrizes. A primeira é que a coisa julgada tem relevância constitucional. “É impossível dar ao inciso XXXVI do art. 5º estrito significado de mecanismo meramente instrumental à garantia de irretroatividade das leis.”⁵³ As normas que dispõem sobre direitos e garantias fundamentais devem receber interpretação extensiva.

O autor entende, também, que a garantia da coisa julgada serve para que também o aplicador da lei (e não apenas o legislador) respeite o instituto. Assim, “o dispositivo consagra como garantia constitucional o próprio instituto da coisa julgada”,⁵⁴ que se constitui em cláusula pétrea. A coisa julgada é tanto uma garantia individual, pois confere ao jurisdicionado a estabilidade da tutela jurisdicional obtida, quanto uma garantia institucional, prestigiando a eficiência e a racionalidade da atuação estatal ao evitar a repetição da atividade sobre um mesmo objeto.⁵⁵

⁵⁰ MOREIRA. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *Revista Forense*, p. 50.

⁵¹ Não cabe nesse estudo pormenorizar a diferença entre coisa julgada formal e material, tendo em vista que são dois aspectos de um mesmo fenômeno. Ambas as modalidades conferem segurança às relações jurídicas por meio da imutabilidade. A “diferença entre a coisa julgada material e a formal é apenas de grau de um mesmo fenômeno. Ambas decorrem da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença”. Continuando a lição, “a coisa julgada formal decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recurso, quer porque a lei não mais os admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha renunciado a sua interposição. Já a coisa julgada material revelando a lei das partes, produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame da *res in iudicium deducta*, por já definitivamente apreciada e julgada” (THEODORO JUNIOR. *Curso de direito processual civil*, p. 474).

⁵² Segundo Carlos Valder do Nascimento, a coisa julgada não tem caráter substancial, é apenas uma situação jurídica. Por isso é erro grave afirmar que a coisa julgada configura-se como garantia do direito fundamental à segurança jurídica, pois a segurança advém do próprio ato jurisdicional, que é um comando normativo. A coisa julgada não é a panaceia para a insegurança social, apoiar-se nisso é hipócrita (NASCIMENTO. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*, p. 6-9).

⁵³ TALAMINI. Op. cit., p. 50.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 51.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 52.

A definição precisa da coisa julgada é tarefa do legislador infraconstitucional, sendo possível, assim, a remodelagem do instituto, desde que as novas regras apliquem-se apenas a pronunciamentos ainda não transitados em julgado. Ainda, o legislador não pode abolir integralmente a coisa julgada, visto ser cláusula pétrea. E apenas se pode deferir coisa julgada à decisão proveniente de processo em que foi respeitado o contraditório e em que houve cognição exauriente.

A Lei de Introdução do Código Civil traz uma definição de coisa julgada: “a decisão judicial de que já não caiba recurso.” Porém, é insatisfatória, na medida em que informa apenas quando se forma a coisa julgada, e não a essência do instituto.

Chiovenda e Liebman são os autores clássicos na temática da coisa julgada. O primeiro entendia que a coisa julgada é qualidade que se adiciona à sentença, tornando-a imutável. Assim, a coisa julgada é um atributo dos efeitos do julgado. Já Liebman afirmava que a coisa julgada era um efeito da sentença.

Para Nelson Nery Junior, coisa julgada material “é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso”.⁵⁶ A coisa julgada torna indiscutível a sentença, impedindo redescisão; torna obrigatório o comando consubstanciado na sentença; vincula as partes e julgadores de processos posteriores; impede a lide de ser questionada em ação posterior.

Conforme Araken de Assis, “a ‘coisa julgada’ é o atributo do provimento judicial que, julgando o mérito, nas hipóteses arroladas no art. 269, não se mostra mais suscetível de recurso, no processo em que há função de cognição preponderante.”⁵⁷ Esse atributo é a indiscutibilidade do mérito do pronunciamento, após o trânsito em julgado.

Barbosa Moreira⁵⁸ preocupa-se em distinguir a coisa julgada da sentença transitada em julgado e da imutabilidade da sentença: é a situação jurídica verificada após o trânsito em julgado (passagem, de uma sentença, da condição de mutável párea a de imutável), em que a sentença torna-se resistente a modificações em seu conteúdo. A coisa julgada é uma eficácia própria, e não uma eficácia da sentença.

Segundo Eduardo Talamini, a coisa julgada é a qualidade da imutabilidade do conteúdo do comando da sentença de cognição exauriente de mérito transitada em julgado.⁵⁹ A relação entre trânsito em julgado e coisa julgada (conceitos

⁵⁶ NERY JUNIOR. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JR., (Coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*, p. 188.

⁵⁷ ASSIS. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Dialética de Direito Processual*, p. 10.

⁵⁸ MOREIRA. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, p. 9-17.

⁵⁹ TALAMINI. Op. cit., p. 30.

distintos) é de causa e efeito: “O primeiro concerne ao aspecto cronológico do esgotamento dos meios internos de revisão da sentença; o segundo diz respeito à autoridade que se estabelece, impositiva da reabertura do processo.”⁶⁰

Talamini explica que a coisa julgada é tema de direito processual, mas que repercute no direito material. “É a proibição de que se emita novo comando jurisdicional sobre o mesmo objeto processual e, ainda, a determinação de que se adote o comando anterior como premissa inafastável nos pronunciamentos jurisdicionais proferidos nos processo subseqüentes para os quais o objeto do processo anterior funcione como questão prejudicial.”⁶¹ “Contudo, não há como ignorar que o instituto situa-se no limite entre o direito material e o processo, quando incide sobre as sentenças de mérito; perpetua-se um ato de poder jurisdicional que *incidiu sobre a esfera jurídico-material, sobre a vida do jurisdicionado*.”⁶²

Não é o objetivo do presente estudo debruçar-se sobre o instituto da coisa julgada. Interessa apenas a noção do instituto, e a reafirmação de que ele expressa a segurança e a certeza imanentes à ordem jurídica.

É por essas razões, para preservar a decisão atribuída a um determinado caso concreto, que posterior declaração de inconstitucionalidade de lei que fundamentou um julgado não pode atingir a coisa julgada.

Em Portugal, a decisão de inconstitucionalidade tem, via de regra, efeitos *ex tunc*. Todavia, o artigo 282, n.º 3, 1.ª parte, da Constituição portuguesa, expressa que a declaração de inconstitucionalidade não atinge os casos julgados. Pode-se afirmar, então, que a regra geral naquele sistema jurídico é de imodificabilidade do caso julgado fundado em norma inconstitucional. Haverá modificação, contudo, caso a decisão do Tribunal diga respeito a norma penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social, com conteúdo menos favorável ao argüido. Logo, há autorização constitucional para que o ordenamento conviva com uma sentença transitada em julgado que contrarie os preceitos fundamentais.

No Brasil não há qualquer menção constitucional ou legislativa sobre o tema; apenas a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, como tratado anteriormente. Assim, cabe à doutrina organizar a defesa da coisa julgada.

Como bem ressalta Leonardo Greco,⁶³ a decisão do Supremo Tribunal Federal que declara *erga omnes* a (in)constitucionalidade da lei não tem força de

⁶⁰ Ibidem, p. 32. “Com o trânsito em julgado, constitui-se situação jurídica de indiscutibilidade judicial do comando contido na sentença” (Ibidem, p. 45).

⁶¹ Ibidem, p. 45-46.

⁶² Ibidem, p. 46.

⁶³ GRECO. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: ROCHA (Coord.). *Problemas de processo judicial tributário*, p. 195-207.

coisa julgada, no sentido de que não implica julgamento coletivo de todas as causas em que o ato tenha sido aplicado. A força vinculante decorrente do controle concentrado não se sobrepõe ao julgamento do caso concreto. Assim, não se desfaz a coisa julgada anterior. Admite-se essa limitação à retroação da declaração de inconstitucionalidade para preservar um direito fundamental, sendo que a função do controle de constitucionalidade num Estado Democrático de Direito é servir aos direitos fundamentais.

Vê-se, portanto, que o controle de constitucionalidade das decisões judiciais difere do das leis:

A diferença pode ser explicada pelo fato da *cisão* que a coisa julgada produz (*supra*, nº 3) entre a *norma abstrata* em que se baseou o juiz e a *norma concreta* resultante da aplicação daquela. A partir do trânsito em julgado, a norma concreta contida na sentença adquire, por assim dizer, *vida própria* e não é atingida pelas vicissitudes capazes de atingir a norma abstrata: nem é outra a razão pela qual, ainda que surta efeitos *ex tunc*, a declaração da inconstitucionalidade da lei não afeta a *auctoritas rei judicatae* da sentença que a tenha aplicado.⁶⁴

Clève explica que “os efeitos produzidos pela decisão no controle abstrato residem no plano normativo. Por isso, os atos singulares praticados com fundamento direto na lei reputada inconstitucional não são *automaticamente* desconstituídos pela decisão do STF. Os efeitos da decisão, reiterem-se, repousam no plano da norma e não no plano normado (fato constituído pelo ato singular ou concreto praticado com fundamento da norma).”⁶⁵

Importante ressaltar que o controle abstrato de constitucionalidade não considera precipuamente as questões concretas advindas da incidência da lei. Assim, por desconsiderar os efeitos concretos produzidos e as relações firmadas, ou seja, limitar-se ao plano da norma, a decisão de inconstitucionalidade não pode desconstituir automaticamente as situações consolidadas (plano normado).

Luiz Guilherme Marinoni é contundente ao afirmar que a coisa julgada não se sujeita aos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade. O efeito retroativo alcança a lei desde o seu nascimento, mas a decisão judicial não é lei, “mas sim o resultado da interpretação judicial que se fez autônoma ao se desprender do texto legal, dando origem à norma jurídica do caso concreto.”⁶⁶

No direito brasileiro, afirma Gilmar Mendes, nunca se aceitou a idéia de que a nulidade da lei importa a nulidade de todos os atos com base nela praticados.

⁶⁴ MOREIRA. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material...*, p. 54.

⁶⁵ CLÈVE. *A fiscalização abstrata...*, p. 253.

⁶⁶ MARINONI. *Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*, p. 10. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/principal/home/?sistema=conteudos|artigos&cod_categoria=artigos> Acesso em: 20 nov. 2007.

Ainda que sem disposição expressa, protege-se o ato singular, considerando os efeitos da decisão no plano normativo e no plano do ato singular. “De qualquer sorte, os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade.”⁶⁷ Isso porque há a preclusão.

Ainda, ressalte-se que a coisa julgada torna indiscutível e imutável o conteúdo da decisão, independente da constitucionalidade desse conteúdo. Isso porque ao lado das eficácias constitutiva e declaratória,

há uma terceira categoria, em que a nova situação jurídica *independe da conformidade ou desconformidade* com a anterior; e aí se tem a eficácia *preclusiva*. Nas situações dotadas desse terceiro tipo de eficácia, abstrai-se por completo do que ficou para trás: nada importa se haja ou não divergido da situação preexistente; faz-se tábua rasa dessa situação; todo e qualquer efeito que haja de ser produzido emanará *da nova situação*.⁶⁸

Nessa classe de situações situa-se a coisa julgada material, tornando irrelevante qualquer indagação sobre a situação anterior. Pode acontecer de a decisão ter sido errada ou injusta, e para isso o ordenamento previu a ação rescisória, como se verá a seguir. Mas deve haver “um momento em que à preocupação de fazer justiça se sobrepõe a de não deixar que o litígio se eternize”;⁶⁹ essa é a função da coisa julgada, que deve ser respeitada.

Mas se a coisa julgada for inconstitucional, deverá também ser protegida? As noções de certeza e segurança jurídica impedem que a inconstitucionalidade, por si só, seja fundamento para destruir o caso julgado. Todavia, pelo princípio da supremacia da Constituição, todo ato desconforme com a Constituição deve ser extirpado do ordenamento. Há também, o valor justiça, a finalidade do direito. Tem-se um jogo de valores a ser equilibrado.

3 E se a “coisa julgada” for inconstitucional?

Afirmou-se que a coisa julgada é um dos limites para a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade de uma lei. Significa que a coisa julgada deve ser respeitada, ainda que a decisão que transitou em julgado tenha por fundamento lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato. Isso porque o instituto da coisa julgada serve para garantir a segurança jurídica, valor importante em um Estado Democrático de Direito. Ainda, a decisão derivada do controle abstrato de

⁶⁷ MENDES. Op. cit., p. 334.

⁶⁸ MOREIRA. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material...*, p. 47.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 48.

constitucionalidade é justamente fruto de considerações abstratas. Ou seja, o controle de constitucionalidade é da lei, e não das decisões proferidas com base nessa lei.

Todavia, o fato é que, ainda que deva ser respeitada a coisa julgada, estar-se-á, na hipótese, diante de ato inconstitucional. A doutrina debruça-se sobre a temática, questionando a convivência da coisa julgada inconstitucional em um sistema jurídico que tem a Constituição como norma fundamental, e empenhando-se em descobrir meios de “relativizar” a coisa julgada nessas hipóteses, visando à salvaguarda da Constituição.

A expressão “coisa julgada inconstitucional” serve para pôr em relevo a problemática de, por um lado, garantir a coisa julgada e, por outro, conservar a estabilidade de um pronunciamento incompatível com valores e normas constitucionais. Ainda, suscita que a quebra da coisa julgada deve ser compreendida no sistema constitucional.

Inicialmente, cabe salientar que a expressão coisa julgada inconstitucional é inapropriada, pois a contrariedade à Constituição localiza-se na sentença, e não na sua imutabilidade. Nesse sentido, a lição de Talamini: tendo em vista que a coisa julgada é a “qualidade de imutabilidade que recai sobre o comando contido na sentença”,⁷⁰ quando se fala em coisa julgada inconstitucional refere-se a uma sentença inconstitucional revestida de coisa julgada. No caso da sentença, sua “função de expressão (concreta) das normas faz com que ela não possa ser considerada exclusivamente como mero ‘efeito’ (ou fato gerador de efeitos) das normas: a sentença inclusive se pronuncia sobre tais efeitos. Nessa perspectiva, justifica-se *convencionar* a atribuição do qualificativo *inconstitucional* às sentenças.”⁷¹

Paulo Otero,⁷² estudioso português do tema da coisa julgada inconstitucional, delimita três hipóteses em que é possível falar em sentença inconstitucional e, mais especificamente, em coisa julgada inconstitucional. A primeira é a decisão judicial cujo conteúdo viola direta e imediatamente um preceito constitucional, que pode ocorrer quando a decisão i.a) viola normas constitucionais relacionadas a direitos, liberdades e garantias fundamentais, ou i.b) qualquer outra norma constitucional.

A segunda hipótese é da decisão judicial que aplica uma norma inconstitucional. Essa situação pode ocorrer quando: ii.a) a norma aplicada já havia sido objeto de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral; ou ii.b) a norma aplicada ainda não havia sido objeto de declaração de

⁷⁰ TALAMINI. Op. cit., p. 404.

⁷¹ Ibidem, p. 405.

⁷² OTERO. Op. cit., p. 65.

inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Em ii.a, caso não haja mais possibilidade de recurso, formar-se-á coisa julgada inconstitucional. Em ii.b, caso haja posterior declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, resta saber se os casos julgados serão mantidos.

A terceira possibilidade é uma decisão judicial que recusa aplicar uma norma com o fundamento de que é inconstitucional, sem que se verifique inconstitucionalidade na norma. Caso a norma aplicada em seu lugar seja constitucional, será válida a coisa julgada. Todavia, caso a norma aplicada seja inconstitucional, cabem as considerações já tecidas.

Na doutrina nacional sobre as sentenças inconstitucionais, cogita-se, primeiramente, da sentença proferida com base em determinada lei que é declarada inconstitucional.⁷³ Dentro desta situação, delimitam-se três hipóteses: i) uma norma que já foi antes declarada inconstitucional em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou que teve a eficácia suspensa por resolução do Senado Federal; ii) norma que posteriormente vem a ser declarada inconstitucional em controle abstrato de constitucionalidade; iii) norma cuja inconstitucionalidade ainda não foi averiguada em controle direto pelo Supremo.⁷⁴

Outra situação aventada é a da decisão que não aplica determinado texto legal por considerá-lo inconstitucional e posteriormente sobrevém decisão do Supremo Tribunal Federal considerando o referido texto como constitucional (não aplicação de norma constitucional).⁷⁵

Também se arrola a hipótese de sentença amparada em interpretação incompatível com a Constituição.⁷⁶ Isto se dá nas seguintes hipóteses: i) antes de ser proferida a sentença já houve pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato indicando que outra é a interpretação compatível com a Constituição; ii) o pronunciamento Supremo sobre a interpretação compatível é posterior a sentença; iii) o juiz interpreta a disposição infraconstitucional de modo desconforme à Constituição, embora não exista pronunciamento do Supremo a respeito.⁷⁷

Outro caso é o da sentença amparada na violação direta de normas constitucionais ou cujo dispositivo viola diretamente normas constitucionais. Nesta situação, enquadra-se a sentença que nega um direito assegurado pela Constituição em norma auto-aplicável.⁷⁸

⁷³ WAMBIER. Op. cit., p. 39.

⁷⁴ TALAMINI. Op. cit., p. 406.

⁷⁵ WAMBIER. Op. cit., p. 54.

⁷⁶ TALAMINI. Op. cit., p. 408.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 408.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 411.

Por fim, menciona-se a sentença que estabelece ou declara uma situação diretamente incompatível com os valores fundamentais da ordem constitucional. Aqui se enquadra a sentença que incorretamente afirma ou nega uma relação de filiação porque na época em que foi proferida não existia ou não se disponibilizava o exame de DNA. Neste caso, a violação constitucional é um reflexo da decisão e o resultado desta sentença é incompatível com a dignidade humana.⁷⁹

Sintetizando o que se entende por sentença inconstitucional:

... a ‘sentença inconstitucional’ é aquela cujo comando pressupõe, veicula ou gera uma afronta à Constituição, nos termos acima delineados. O princípio geral é o da existência jurídica de tal sentença. Ressalvados os casos em que a inconstitucionalidade afete diretamente os próprios pressupostos de existência da relação processual, a sentença de mérito fará coisa julgada material. Aliás, é precisamente por isso que se põe o problema da ‘coisa julgada inconstitucional’. Afinal, se procedesse a tese daqueles que preconizam indiscriminadamente a inexistência jurídica ou a ‘nulidade absoluta’ (‘transrescisória’) da ‘sentença inconstitucional’, o tema da ‘coisa julgada inconstitucional’ seria um *falso problema*, e a expressão não faria sentido: simplesmente não haveria coisa julgada.⁸⁰

Essas sentenças inconstitucionais em algum momento transitarão em julgado.⁸¹ É possível desconstituir a coisa julgada nessas hipóteses? Ou o defeito sobrepõe-se ao princípio da constitucionalidade? Na análise do tema não deve ser considerado o direito apenas como fenômeno normativo, isolado e abstrato, mas sim em conexão com valores, interesses e considerando sua função instrumental. O tema da coisa julgada inconstitucional requer uma solução que concilie os ideais de justiça e de segurança.

Examinem-se os meios processuais para desconstituir a coisa julgada de sentença inconstitucional.

Na hipótese da decisão transitada em julgado contrariar decisão anterior do Supremo Tribunal Federal, poder-se-ia defender o cabimento da reclamação constitucional. O tribunal mudou seu entendimento para admitir a reclamação visando assegurar o cumprimento das decisões proferidas em controle concentrado.⁸² O cabimento da reclamação está condicionado aos seguintes pressupostos: i) que o descumprimento da sentença decorra de ato a ela superveniente

⁷⁹ Ibidem, p. 414. O autor expressamente ressalva a situação do exame de DNA ser possível, mas não realizado. Neste caso, a não-realização do exame pode configurar violação das regras atinentes ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

⁸⁰ Ibidem, p. 422.

⁸¹ Cabe observar que são raras as sentenças inconstitucionais transitadas em julgado, pois a questão normalmente terá sido suscitada em algum momento da relação processual.

⁸² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação n. 397-MC-QO. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 147, p. 31.

praticado por pessoa, órgão ou entidade vinculada ao processo de controle concentrado ou à criação da norma que lhe serve de objeto e ii) que a reclamação seja proposta por ente legitimado a ajuizar a ação.⁸³

Portanto, as hipóteses de cabimento são limitadas. Ademais, há que se atentar para a súmula 734 do STF: “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.”

O meio por excelência para a desconstituição da coisa julgada é a ação rescisória, que vem estampada no artigo 485 do Código de Processo Civil. Trata-se verdadeiramente de uma ação, intentada perante um tribunal, com a finalidade de rescindir uma sentença de mérito transitada em julgado, caso verificada alguma das hipóteses taxativamente previstas no ordenamento. É o reconhecimento de que algumas sentenças podem não ter avaliado corretamente o direito da parte, contendo um vício tão grave que justifica a quebra da segurança nas relações operada pela coisa julgada, em prol da garantia da justiça e de outros valores de importância para a sociedade. Vislumbra-se na ação rescisória uma exceção à coisa julgada.

A ação rescisória pode ser exercida no prazo de até dois anos do trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir, por quem esteja legitimado pelo artigo 487 do CPC (partes ou seus sucessores, terceiro juridicamente interessado, Ministério Público).

Assim, é pacífico que uma decisão inconstitucional que transitou em julgado pode ser desconstituída por meio de ação rescisória com fundamento no artigo 485, inciso V, pois se trata de violação de literal disposição de lei. Lei, aqui, entendida em um sentido amplo, englobando a Constituição, as leis complementares, ordinárias e delegadas, os decretos, os princípios, e demais espécies normativas.

Questão importante referente à ação rescisória reside na interpretação da expressão “violar literal disposição de lei” e na aplicação da súmula 343 do STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa literal a disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais.”

É correto sustentar que a violação literal não se refere à violação da literalidade do texto, nem à evidência da violação, mas sim que a afronta à ordem jurídica seja verificável pelo mero exame de questões jurídicas, considerando-se os fatos já decididos como premissas.⁸⁴

⁸³ ZAVASCKI. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, p. 58.

⁸⁴ TALAMINI. *Op. cit.*, p. 161.

A referida súmula é alvo de muitas críticas em sede doutrinária. Teresa Arruda Alvim Wambier e José Garcia Medina reputam a súmula inconstitucional por violar o princípio da isonomia e da legalidade.⁸⁵ No âmbito dos Tribunais, a súmula tem sido afastada quando se trata de questão constitucional.⁸⁶

Posição divergente, no sentido de ser descabida a ação rescisória para atacar a sentença inconstitucional transitada em julgado, é sustentada por Luiz Guilherme Marinoni. Acredita o autor que a coisa julgada não pode ser desconstituída nessa hipótese. Em interessante ponto de vista, afirma que se cada vez que houvesse declaração de inconstitucionalidade coubesse ação rescisória para desconstituir o julgado, a ação rescisória seria uma espécie de mecanismo de uniformização da interpretação da Constituição voltado ao passado. Assim, se o surgimento de interpretação divergente configurar que o entendimento anterior violou literal disposição de lei, para fins de utilização de ação rescisória, estará se desconsiderando a estabilidade da decisão jurisdicional e a segurança do cidadão.⁸⁷

Admitindo-se o emprego da ação rescisória, sustentável que após o prazo decadencial para o exercício da rescisão não cabe mais qualquer espécie de controle sobre a decisão inconstitucional transitada em julgado. Neste sentido, ponderam Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Pinto que “findo o prazo bienal decadencial para o exercício da ação rescisória, as decisões nulas deixarão de sê-lo ou, pelo menos, deixarão de ser vulneráveis, ainda que ontologicamente nulas. Serão, então, invulneráveis porque do único meio para desconstituí-las, a parte não mais se poderá valer”.⁸⁸

Como lembra Nelson Nery Junior, “À sentença transitada em julgado que eventualmente padeça do vício da inconstitucionalidade não pode ser dado o mesmo tratamento da lei ou ato normativo inconstitucional. Este último é norma de caráter geral, editado de forma *objetiva* e no interesse geral. A sentença é *lei* (norma) de caráter privado, editada de forma *subjetiva* e no interesse particular.”⁸⁹ Para o autor, “O risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave do que o risco político de instaurar-se a insegurança geral com a relativização (*rectius*: desconsideração) da coisa julgada.”⁹⁰

⁸⁵ WAMBIER. Op. cit., p. 61. Em sentido oposto, defendendo a aplicação da súmula para proteger a coisa julgada: MARINONI; ARENHART. *Manual do processo de conhecimento*: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento, p. 725.

⁸⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário n. 103.880. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 114, p. 361; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário n. 89.108. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 101, p. 207; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário n. 101.114. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 108, p. 1369.

⁸⁷ MARINONI. *Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material...*

⁸⁸ ALVIM; PINTO. *Ação rescisória*: repertório de jurisprudência e doutrina, p. 22.

⁸⁹ NERY JUNIOR. Op. cit., p. 196.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 194.

Araken de Assis⁹¹ afirma ser possível desfazer a qualquer tempo a eficácia da decisão mesmo após seu trânsito em julgado, devido à força da declaração de inconstitucionalidade. Há, ainda, quem afirme que o prazo decadencial para propositura da ação rescisória deve ser contado a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, quando superveniente. Para Evandro Silva Barros,⁹² a coisa julgada não é absoluta, e jamais deve ser considerada inatingível quando eivada de inconstitucionalidade. Portanto, o prazo legal para o exercício da ação rescisória deve ser flexibilizado quando se tratar de decisão inconstitucional, transcorrendo a partir da publicação da decisão do STF no controle de constitucionalidade. É o princípio da supremacia constitucional que impõe tal reflexão.

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria⁹³ entendem que a ação rescisória, quando se tratar de decisão inconstitucional, não deve se submeter ao prazo decadencial de propositura, pois do contrário se equipararia a lesão à Constituição à violação de uma lei. E sendo a inconstitucionalidade uma causa de nulidade, não se sujeita a prazo prescricional ou decadencial.⁹⁴ A segurança e a certeza, para os autores, não podem conviver com uma decisão seriamente injusta.⁹⁵

Esse posicionamento, contudo, gera um estado de insegurança, pois as decisões poderão ser controladas a qualquer tempo. Nesse sentido, Octávio Fischer refere-se à sensação de estar num jogo de espelhos, "onde todos os atos seriam passíveis de controle, a qualquer tempo e sem um ponto final, contrariando, assim também, um princípio constitucional: o da segurança jurídica, matriz da coisa julgada."⁹⁶ Ora, toda discussão judicial precisa de um fim.

Por isso que Clèmerson Clève defende que, "decorrido *in albis* o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória, a superveniência da declaração de inconstitucionalidade já não mais logra afetar, de qualquer modo, a decisão judicial."⁹⁷ Assim, a coisa julgada limita a eficácia retroativa da decisão.

⁹¹ ASSIS. Op. cit., p. 24.

⁹² BARROS. Op. cit., p. 58.

⁹³ THEODORO JUNIOR. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle...*, p. 152.

⁹⁴ Sustentando idêntico entendimento: VARGAS. *Coisa julgada inconstitucional e a aplicabilidade da ação rescisória*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 220-224.

⁹⁵ Nota-se nesta posição doutrinária, uma identidade entre injustiça e inconstitucionalidade. Não seriam termos com significados próprios e distintos? Sobre o tema, afirma Juarez Freitas: "toda norma injusta, por contrariar os princípios de justiça, esculpido no corpo do ordenamento jurídico, é, substancial e manifestamente, inconstitucional" (FREITAS. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*, p. 107). Seria possível uma norma injusta mas constitucional? Cremos que não, ao menos em tese. Seria possível uma norma justa inconstitucional? Parece que sim, pensando-se no caso, por exemplo, de norma com conteúdo que realiza justiça mas desobedece aos requisitos formais do processo legislativo.

⁹⁶ FISCHER. *Coisa julgada inconstitucional em matéria tributária*. In: ROCHA (Coord.). *Problemas de processo judicial tributário*, p. 264.

⁹⁷ CLÈVE. *Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide...*, p. 290. Excetuando as sentenças penais baseadas em norma geral desfavorável, que podem ser revistas a qualquer tempo.

Considerando esses aspectos, Alexandre Câmara faz uma proposta de tratamento legislativo do emprego da ação rescisória em face de sentença inconstitucional transitada em julgado. No conflito entre a segurança proporcionada pela coisa julgada e a justiça (considerada como respeito à Constituição), deve-se privilegiar este último valor. Não se desconhece que a relativização da coisa julgada pode gerar instabilidade; para garantir um equilíbrio no sistema, revela-se adequado o tratamento legislativo do tema, e o autor apresenta sugestões. Deveria ser acrescentado novo inciso ao artigo 485 do CPC, permitindo a rescisão em caso de sentença inconstitucional. E um novo parágrafo, estabelecendo que

a sentença de mérito transitada em julgado que ofende a Constituição só deixa de produzir efeitos após rescindida na forma prevista neste Capítulo, permitida a concessão, pelo relator, de medida liminar que suspenda temporariamente seus efeitos se houver o risco de que sua imediata eficácia gere dano grave, de difícil ou impossível reparação, sendo relevante a fundamentação da demanda rescisória.⁹⁸

Também o artigo 495 receberia um parágrafo, dispondo que “sendo a ‘ação rescisória’ fundada em violação de norma constitucional, o direito à rescisão pode ser exercido a qualquer tempo, não ficando sujeito ao prazo decadencial previsto neste artigo.”⁹⁹ A ação rescisória seria o único meio de reparar a decisão inconstitucional transitada em julgado. E o parágrafo único do artigo 741 teria que ser revogado, por incompatibilidade com as novas regras. Com o modelo proposto, ainda, a coisa julgada somente pode ser desconstituída pelo próprio Tribunal que proferiu a decisão, para evitar situações desarrazoadas.

Parte da doutrina supera a incidência da ação rescisória em relação a sentença inconstitucional transitada em julgado, para utilizar meios mais amplos de desconstituição da decisão. Afinal, afirma Maria Garcia, como a coisa julgada emana da Constituição, não poderá sobrepor-se a ela.¹⁰⁰

Para Alexandre Freitas Câmara,¹⁰¹ como a inconstitucionalidade é o vício mais grave que pode atingir um ato, sendo insanável, a sentença transitada em julgado pode ser rescindida pela a ação rescisória, com base em violação a literal disposição de lei (lei entendida como todo o direito em tese). Após o prazo decadencial para propositura da ação, pode-se empregar: embargos do devedor na execução de título judicial; exceção de pré-executividade; *querela nullitatis*;

⁹⁸ CÂMARA. Relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JR. *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*, p. 27.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 27-28.

¹⁰⁰ GARCIA. A inconstitucionalidade da coisa julgada. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 53-54.

¹⁰¹ CÂMARA. *Op. cit.*, p. 3-29.

apreciação da inconstitucionalidade da sentença como questão prévia em outra demanda, no controle difuso de constitucionalidade; qualquer meio idôneo.

Carlos Valder do Nascimento é totalmente favorável à desconstituição da coisa julgada inconstitucional. Todavia, tal desconstituição não pode ser combatida com a ação rescisória, pois se restringe às hipóteses taxativamente previstas e ao prazo decadencial estabelecido em lei. É necessária uma ação autônoma, cuja causa de pedir seja a desconstituição da coisa julgada inconstitucional.¹⁰²

Como a sentença inconstitucional é nula, contra ela não cabe ação rescisória. “Na espécie, pode-se valer, sem observância de lapso temporal, da ação declaratória de nulidade da sentença, tendo presente que ela não perfaz a relação processual, em face de grave vício que a contaminou, inviabilizando, assim, seu trânsito em julgado.”¹⁰³ Para tanto, o autor se vale da *actio querela nulitatis*, que ainda tem espaço no direito brasileiro. Isso porque a decisão deve ser “verdadeira”. Quando uma decisão causar prejuízo e consumir injustiça, deve ser revertida. Não se pode sacrificar o justo por rigor processual.

Conforme Teresa Wambier e José Garcia Medina, a sentença inconstitucional não transita em julgado, pois lhe falta uma das condições da ação — a possibilidade jurídica do pedido — uma vez que a acolhida de pedido inconstitucional equivale à acolhida de pedido impossível. Sendo inexistente a sentença, os autores propõem o manejo da ação declaratória de inexistência, que não se sujeita a prazo decadencial. Também pensam no uso da ação rescisória por falta de fundamento da sentença (arts. 485, V, c/c 458, CPC), uma vez que a lei declarada inconstitucional nunca existiu para o sistema.¹⁰⁴

Os autores cogitam sobre a decisão que não aplicou determinado texto legal por considerá-lo inconstitucional e, posteriormente, sobrevém decisão do STF afirmando a constitucionalidade da norma. Nesse caso, caberia ação rescisória para a desconstituição da coisa julgada. Trata-se de negativa de vigência à lei federal, que é a mais grave ofensa a uma lei.¹⁰⁵

Em semelhante posição, José Alexandre Manzano Oliani¹⁰⁶ considera inexistente a sentença baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional e afirma, portanto, que ela não transita em julgado. Contém vício muito grave, que é a ausência de uma das condições da ação — a possibilidade jurídica do

¹⁰² NASCIMENTO. Op. cit., p. 9-18.

¹⁰³ Ibidem, p. 166.

¹⁰⁴ WAMBIER. Op. cit., p. 43.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 54.

¹⁰⁶ OLIANI. Impugnação de sentença transitada materialmente em julgado, baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional em controle concentrado pelo STF: ação rescisória ou declaratória de inexistência? *Revista de Processo*, p. 221-239.

pedido. Tal carência de ação impede a formação da coisa julgada material. Como a sentença inconstitucional é inexistente, deve ser atacada por ação declaratória de inexistência ou *querella nulitatis*. Não se trata de relativizar a coisa julgada, eis que nessa hipótese coisa julgada não se formou.

Marinoni e Arenhart descartam a possibilidade de emprego da *actio nullitatis* ou *querela nulitatis*, que se presta à impugnação das sentenças inexistentes.¹⁰⁷ A princípio, a sentença que ofende a Constituição preenche os requisitos essenciais para a configuração como sentença, sendo mais uma questão de validade.

Outro mecanismo que pode servir para impugnar a coisa julgada inconstitucional é a argüição de descumprimento de preceito fundamental. A Lei nº 9.882/99 estabeleceu que argüição terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público.

Dada a amplitude da expressão “ato do poder público”, a doutrina defende o cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental inclusive em face de atos jurisdicionais,¹⁰⁸ prestando-se, assim, ao combate da coisa julgada inconstitucional.

Entretanto, a argüição de descumprimento de preceito fundamental tem algumas características que restringem o seu âmbito de aplicação em face da coisa julgada inconstitucional. A argüição de descumprimento de preceito fundamental é um mecanismo subsidiário, o que limita seu cabimento. Ainda, a argüição tem parametricidade específica — os preceitos fundamentais¹⁰⁹ — e não a Constituição na sua integralidade. Apenas os legitimados previstos no artigo 2º, I da Lei nº 9.882/99 (os mesmos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade)¹¹⁰ é que podem manejar a argüição, o que limita seu uso. Tais contornos tornam difícil o emprego, na prática, do instrumento processual.

Pode-se cogitar do cabimento de mandado de segurança e *habeas corpus* contra ato jurisdicional. Quanto ao *habeas corpus*, devido à essencialidade do bem protegido, aceita-se pacificamente o seu emprego em face de atos jurisdicionais que já transitaram em julgado. No âmbito civil, é cabível em face de decisões

¹⁰⁷ MARINONI. *Manual do processo de conhecimento...*, p. 706.

¹⁰⁸ Neste sentido: SARMENTO. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES; ROTHENBURG. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei n. 9882/99*, p. 91; BARROSO. *O controle...*, p. 241.

¹⁰⁹ Não há entendimento pacífico sobre o que caracteriza preceito fundamental, havendo um certo consenso doutrinário em identificar como tal os princípios fundamentais do Título I da Constituição Federal, os direitos e garantias fundamentais, os princípios constitucionais sensíveis e as cláusulas pétreas (CUNHA JUNIOR. *Op. cit.*, p. 571).

¹¹⁰ Devido ao veto ao inciso II artigo 2º da Lei nº 9882/99 que previa a possibilidade de “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público” propor argüição de descumprimento de preceito fundamental, restam como legitimados para propositura os mesmos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade. Em doutrina, afirma-se que o veto praticamente esvaziou a argüição (Ibidem, p. 611).

inconstitucionais que impõem a prisão civil,¹¹¹ o que restringe de forma significativa seu campo de aplicação.

No tocante ao mandado de segurança contra atos jurisdicionais, entende-se cabível, porém é necessária prova pré-constituída da ilegalidade, o respeito ao prazo decadencial, e existência de interesse processual.¹¹²

Tratando-se de sentença condenatória, a coisa julgada poderá ser combatida alegando-se, na fase de cumprimento da sentença, inexigibilidade do título. Mas, ressalte-se, trata-se de hipótese específica, não se constituindo numa solução integral para todos os casos de coisa julgada inconstitucional.¹¹³

O parágrafo único do artigo 741 do CPC, que permite que a nulidade da coisa julgada inconstitucional seja reconhecida a qualquer tempo, inclusive na fase executória, independentemente de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, mediante embargos à execução.¹¹⁴

Ainda, a Lei nº 11.232/05 alterou o Código de Processo Civil prevendo que a execução da sentença condenatória a pagamento de quantia se dê no mesmo processo (cumprimento da sentença). Desta forma, a alegação de inexigibilidade do título deverá ser feita em impugnação, mantendo-se a possibilidade de questionar a coisa julgada inconstitucional (artigo 475-L, §1º do Código de Processo Civil).

Também a exceção de pré-executividade revela-se útil para impedir eficácia à coisa julgada inconstitucional. Interpretando o parágrafo único do artigo 741 do CPC, Nascimento conclui que o título inconstitucional é nulo, e a nulidade do título poder ser alegada na exceção de pré-executividade.¹¹⁵ Ademais, há o direito de petição e o princípio da inafastabilidade da jurisdição; uma questão importante, como a inconstitucionalidade, deve ser apreciada pelo Judiciário. A exceção se mostra instrumento interessante para impedir uma injustiça quando não há condições de segurar o juízo.

Rigorosamente, estes são os instrumentos existentes no direito processual civil brasileiro que se prestam à impugnação da coisa julgada inconstitucional. Não sendo cabível nenhum destes instrumentos típicos e existindo uma decisão inconstitucional extremamente grave, pode-se cogitar de uma ação para quebra atípica da coisa julgada, amparada no artigo 5º, XXXV da Constituição.¹¹⁶

Considere-se que relativização da coisa julgada material revela sempre uma tensão entre a justiça e a segurança dos atos jurisdicionais. A ampliação desmedida

¹¹¹ TALAMINI. Op. cit., p. 512.

¹¹² TALAMINI. Op. cit., p. 524.

¹¹³ TALAMINI. Op. cit., p.485.

¹¹⁴ NASCIMENTO. Op. cit., p. 177-181.

¹¹⁵ NASCIMENTO. Op. cit., p. 182-186.

¹¹⁶ TALAMINI. Op. cit, p. 648.

das hipóteses de relativização, ou mesmo a desconsideração “livre”, pode conduzir a um estado de incerteza e mesmo injustiça. Isso porque a relativização da coisa julgada não é garantia de que a nova decisão seja justa e correta. Aliás, o apelo sensacionalista pela relativização faz crer que os julgadores não se preocupam com a justiça das decisões. Ainda, a relativização clama pela justiça sem dizer o que entende por justiça.

Os argumentos comumente suscitados para rever as sentenças transitadas em julgado fora das hipóteses de cabimento da ação rescisória são: instrumentalidade (o processo, como instrumento, deve ser justo e adequado à realidade), legalidade (não se pode proteger como coisa julgada sentença contrária ao direito positivo) e proporcionalidade (a coisa julgada é apenas um dos valores constitucionalmente protegidos; assim, pode ceder diante de outro bem).¹¹⁷

Obviamente o sistema ideal seria aquele em que todas as decisões fossem justas. Todavia, como isto é impossível (ao menos por enquanto), deve-se manter a concepção de coisa julgada material, pois sem ela certamente haverá injustiça.

Relativizar pressupor que algo seja absoluto, e a coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro não é absoluta. Basta pensar na possibilidade de ação rescisória. O que a doutrina pretende é ampliar as hipóteses de relativização. E muitas vezes fundá-las em conceitos imprecisos, o que leva à aniquilação do instituto da coisa julgada. Em interessante dito, Barbosa Moreira expõe que “Aberta que seja a porteira, por onde passa um boi poderá passar uma boiada.”¹¹⁸

Considerações finais

Considerando as posições doutrinárias colhidas, pode-se concluir que o mais adequado para lidar com a inconstitucionalidade é considerá-la uma invalidade. A preocupação em rotular essa invalidade como nulidade ou anulabilidade não contribui para o debate. Importa os efeitos produzidos pelo ato, que a borracha do direito muitas vezes não é capaz de apagar. Assim, na declaração de inconstitucionalidade, a desconsideração retroativa dos efeitos do ato inconstitucional deve ser aplicada com parcimônia, visando à preservação de situações jurídicas e sociais que se consolidaram durante a vigência da norma (que gozava da presunção de constitucionalidade, inclusive).

A evolução do direito constitucional pede o abandono de posições absolutas para acompanhar a dinâmica social. Nesse sentido, no controle de constitucionalidade, propõe-se a interpenetração das teses da nulidade e da anulabilidade

¹¹⁷ MARINONI. *Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material...*

¹¹⁸ MOREIRA. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material...*, p. 60.

da lei inconstitucional, por ambas serem insuficientes na prática. Com a possibilidade de limitar a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, surge a oportunidade de preservar efeitos do ato inconstitucional sem, todavia, desprezar a supremacia e a eficácia da Constituição. É a própria Constituição que agasalha essa necessária consideração de todos os valores em jogo.

A segurança jurídica é interesse especialmente relevante para um Estado Democrático de Direito, pois traz certeza, estabilidade e confiança para os cidadãos em relação às normas de convivência. A coisa julgada é a manifestação dessa segurança no campo da atividade jurisdicional. As discussões judiciais precisam de um ponto final, para que os cidadãos tenham alguma certeza quanto ao modo pelo qual devem se comportar. A coisa julgada estabiliza a decisão proferida em um determinado caso concreto.

Sobrevindo declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato da lei em que se fundamentou uma decisão que já transitou em julgado, não se entende possível que a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade desconstitua automaticamente a coisa julgada. Isso porque o controle da norma opera no plano normativo, em abstrato. Já a coisa julgada ocorre no plano normado. A decisão judicial desprende-se da lei em tese para se tornar uma norma autônoma. É ato singular que não precisa necessariamente ser anulado com a anulação da lei em que se fundamentou. Assim, a coisa julgada serve de importante limite à retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, pois caso fosse desconstituída sempre, instalaria um verdadeiro estado de insegurança jurídica (considerando que a inconstitucionalidade de uma norma pode ser argüida a qualquer tempo).

Na hipótese de a coisa julgada ser inconstitucional, ou, na expressão correta, tratar-se de uma sentença inconstitucional transitada em julgado, é de grande importância saber se deve ser preservada em nome da segurança jurídica, mesmo que isso signifique consolidar uma decisão injusta.

O ordenamento jurídico prevê meios de desconstituir uma decisão transitada em julgado que seja contrária à Constituição. Cogita-se da ação rescisória fundada na violação à literal disposição de lei (sendo discutível a existência ou não de prazo decadencial para sua propositura), ação declaratória de nulidade, embargos à execução fundada em título judicial, exceção de pré-executividade, argüição de descumprimento de preceito fundamental, mandado de segurança e *habeas corpus*.

Destes meios, questionável é a ação rescisória, tendo em vista que a aplicação de uma lei que no momento não era declarada inconstitucional não significa necessariamente “violação a literal dispositivo de lei”; basta lembrar da presunção

de constitucionalidade dos atos estatais. Partilha-se da opinião de que a ação rescisória não pode ser um instrumento para uniformizar as decisões passadas. Caso tenha sido aplicada uma lei já declarada inconstitucional, nesse caso sim terá havido uma violação à Constituição e, conseqüentemente, poderá ser manejada a ação rescisória.

Caso cabível o instrumento, pensa-se que o mais adequado é alterar a legislação para que o prazo decadencial tenha início com a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Também a ação declaratória de nulidade ou *querella nulitatis* é de aceitação parcimoniosa, ainda que se entenda adequada para desconstituir sentença inválida — como é a sentença inconstitucional — não se submete a prazo para sua propositura, o que pode contribuir para perpetuar um estado de insegurança jurídica.

Nessa seara, contudo, pode-se questionar, considerando a teoria do direito, a legitimidade do juiz que decidirá a ação anulatória ou rescisória. Por que este juiz decidiria melhor que os juízes que analisaram anteriormente a questão? A verdade não é algo que se descobre repentinamente, de que o magistrado repentinamente se imbuíu para reapreciar a questão. Assim, por que a nova decisão, desconstituindo a coisa julgada, terá maior peso argumentativo, o que garante sua correção? A teoria do discurso e da argumentação jurídica tem muito a contribuir nessa discussão.

Logo, mesmo em se tratando de decisão inconstitucional, há de se ter limites. Em nome de uma justiça que não se sabe direito o que é, não se pode permitir a alteração *ad eternum* de uma decisão proferida. A segurança é valor inerente ao direito, estando constitucionalmente tutelada. Não se afirma que a segurança ou a coisa julgada são absolutas, mas sim que devem prevalecer num juízo ponderado e razoável. A supremacia da Constituição não significa exclusivamente que todos os atos estatais devem estar em conformidade com a Carta; mas, principalmente, que sobressaiam os valores caros à sociedade em qualquer análise jurídica. Assim, a preservação de uma decisão inconstitucional pode justamente ser, por mais contraditório que pareça, a solução que mais respeita a Constituição.

Abstract: This study states about the effects (over the time) of the declaration of unconstitutionality, by the abstract control. It argues about the thesis that considers null an unconstitutional law, considering that the decision is a declaratory judgment and has effects before the demand itself. Justice do not have an eraser to put aside the reflexes that exist by the law. Therefore, the decision that declares a rule null has to be used with wisdom, and has to seek the maintenance all situations solidified during the shadow cast by

law. There are constitutional interests at stake, like the ‘stare decisis’. The ‘res judicata’, that stand for the stare and stable owned right, holds and bares the time effects of a posterior declaration of unconstitutionality of the norm that gave birth to the right that has to be protected. If any deed is avoidable during the rule of a Law that is declared against constitutional stand, the order and liability of the Law, giving place to social and juridical insecurity.

Keywords: Unconstitutional law. Effects of the declaration of unconstitutionality. *Res judicata*. Unconstitutional *res judicata*.

Referências

ALVIM, Arruda; PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Ação rescisória: repertório de jurisprudência e doutrina*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ASSIS, Araken. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 4, p. 9-28, jul. 2003.

ÁVILA, Ana Paula de Oliveira. *Determinação dos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: premissas para uma interpretação conforme a Constituição do art. 27 da Lei n. 9.868 de 1999*. Porto Alegre, 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1999.

BARROS, Evandro Silva. Coisa julgada inconstitucional e limitação temporal para a propositura da ação rescisória. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 12, n. 47, p. 55-98, abr./jun. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5. ed. Brasília: UnB, 1994.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JR., Fredie. *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: Juspodivm, 2004. p. 03-29.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 5, n. 19, p. 279-307, abr./jun. 1997.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FISCHER, Octávio Campos. *A manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e alguns reflexos no direito tributário*. Curitiba, 2002. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2002.

FISCHER, Octávio Campos. Coisa julgada inconstitucional em matéria tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Problemas de processo judicial tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. v. 5. p. 259-279.

FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Petrópolis: Vozes; Porto Alegre: EDIPUCRS, 1989.

GARCIA, Maria. A inconstitucionalidade da coisa julgada. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 12, n. 47, p. 48-54, abr./jun. 2004.

GONÇALVES, Nicole Pilagalho da Silva Mader. *A manipulação dos efeitos temporais das decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade por ação*. Curitiba, 2006. 168 f. Monografia (Graduação em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas – UFPR, 2006.

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Problemas de processo judicial tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. v. 5. p. 195-207.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/principal/home/?sistema=c_onteados|artigos&cod_categoria=artigos>. Acesso em: 20 nov. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983. t. 2.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. 4.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 59, v. 416, p. 9-17, jun. 1970.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 377, p. 46-61, separata.

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

NERY JUNIOR, Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: Juspodivm, 2004. p. 187-211.

OLIANI, José Alexandre Manzano. Impugnação de sentença transitada materialmente em julgado, baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional em controle concentrado pelo STF: ação rescisória ou declaratória de inexistência? *Revista de Processo*, São Paulo, ano 28, n. 112, p. 221-239, out./dez. 2003.

- OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.
- REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991.
- SANTIAGO, Myrian Passos. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa julgada em matéria tributária. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 24, n. 94, p. 109-129, abr./jun. 1999.
- SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei n. 9882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 85-108.
- SILVA, Ovídio Baptista da. Coisa julgada relativa? In: DIDIER JR., Fredie. *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: Juspodivm, 2004. p. 213-228.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação n. 397-MC-QO. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 147.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário n. 101.114. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 108.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário n. 103.880. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 114.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário n. 89.108. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 101.
- TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.
- THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- VARGAS, Ângelo Miguel de Souza. Coisa julgada inconstitucional e a aplicabilidade da ação rescisória. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 13, n. 52, p. 197-226, jul./set. 2005.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

HONÓRIO, Cláudia. A coisa julgada como limite à retroatividade da declaração de inconstitucionalidade: mas e se a coisa julgada for inconstitucional?. *A&C- Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, p. 73-106, out./dez. 2008.