

ano 12 - n. 47 | janeiro/março - 2012  
Belo Horizonte | p. 1-272 | ISSN 1516-3210  
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

---

Revista de Direito  
Administrativo & Constitucional

A&C

---

# A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional

**IPDA**

Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO  
ROMEUFELIPE  
**BACELLAR**

© 2012 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 por meio 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).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários  
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil  
Tel.: 0800 704 3737  
Internet: [www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br)  
e-mail: [editoraforum@editoraforum.com.br](mailto:editoraforum@editoraforum.com.br)

**Coordenação editorial:** Olga M. A. Sousa

**Revisão:** Lourdes Nascimento

Luiz Fernando de Andrada Pacheco

Patrícia Falcão

**Bibliotecários responsáveis:** Izabel Antonina A. Miranda - CRB 2904 - 6ª Região

Lissandra Ruas Lima - CRB 2851 - 6ª Região

Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região

Impressa no Brasil / Printed in Brazil

Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

**Capa:** Igor Fernandes Jamur Vieira

**Projeto gráfico:** Virginia Loureiro

**Diagramação:** Karine Rocha

A246	A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342      CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

**Diretor-Geral**

Romeu Felipe Bacellar Filho

**Diretor Editorial**

Paulo Roberto Ferreira Motta

**Editores Acadêmicos Responsáveis**

Ana Cláudia Finger

Daniel Wunder Hachem

**Conselho Editorial**

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

**Homenagem Especial**

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)  
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)  
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)  
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)  
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)  
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

# Coisa julgada *versus* fiscalização de constitucionalidade – Apontamentos para compreensão dos artigos 475-L, II, §1º, e 741, II, parágrafo único, do CPC\*

**Edilson Pereira Nobre Júnior**

Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Professor da Universidade Federal de Pernambuco. Desembargador Federal.

---

**Resumo:** Aborda a relação entre coisa julgada e declaração de inconstitucionalidade de lei, enfrentando os questionamentos acerca da aplicação dos arts. 475-L, II, §1º, e 741, II, parágrafo único, do CPC, nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da fiscalização concreta da constitucionalidade. Igualmente, é tratado o questionamento sobre a aplicação de ditos artigos quando se tratar de coisa julgada formada antes da decisão do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** Coisa julgada. Constitucionalidade. Código de Processo Civil.

**Sumário:** I A exposição do problema – II Os artigos 475-L, II, §1º, e 741, II, parágrafo único, do CPC, e as decisões proferidas pelo STF na fiscalização concreta – III Os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e o dilema das coisas julgadas anteriores – IV Síntese conclusiva – Referências

---

## I A exposição do problema

A paulatina coexistência, desde a Emenda Constitucional nº 16/65 à Constituição de 1946, entre o modelo concreto e o abstrato de fiscalização de constitucionalidade<sup>1</sup> tem propiciado, na práxis, o surgimento de conflitos

---

\* Este escrito constituiu, inicialmente, paper apresentado para fins de aproveitamento no Seminário “A Constituição de 1988 em seus 20 anos”, realizado pela ESMAFE/5ª Região – Núcleo Rio Grande do Norte. Dos acréscimos realizados posteriormente resultou seu formato em artigo.

<sup>1</sup> Abstive-me do emprego das terminologias difuso e concentrado. Isto porque, nos países que seguem o modelo europeu continental, prevendo em suas Constituições a existência e a

entre interpretações produzidas pelos diversos juízos e tribunais frente ao adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

O confronto ganha maior relevo diante de dois fatores incontestáveis e consequentes, quais sejam a existência de Lei Fundamental de notável e inexcedível extensão, a forçar massificação pulverizada de litígios de natureza constitucional, aliada à demora, ao depois de passagem por vários graus de jurisdição, no pronunciamento do Pretório Excelso<sup>2</sup> sobre tais questões. Isto faz com que, diante da multiplicidade de feitos, haja a formação de coisas julgadas antes do pronunciamento daquele órgão jurisdicional.<sup>3</sup>

O tema, cujo alvorecer se deu com a promulgação da Constituição vigente, teve sua importância elevada inicialmente com a edição da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, posteriormente, pela Lei nº 11.232, de 22.02.2005, a qual, submetida à *vacatio legis* de seis meses, legou ao art. 741, II, e parágrafo único, do CPC, a seguinte redação:

---

estruturação de tribunal constitucional, não deixa de haver uma atribuição disseminada entre os vários juízos e tribunais na aferição da compatibilidade dos atos normativos com a Constituição. Basta ver que, no direito espanhol (Ley Orgánica 2, de 03 de outubro de 1979, art. 35 e seguintes) e no italiano (Legge 87, de 11 de março de 1953, art. 23 e seguintes), todo e qualquer juiz pode, antes de sentenciar, de maneira fundada, ativar o tribunal ou corte constitucional, suscitando questão de ilegitimidade constitucional, contanto que seja relevante para o desate do litígio individual. Assim laborando, o magistrado, no dizer de Pablo Perez Tremps (Tribunal constitucional y poder judicial. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 126-144), cumpre dever fundado no interesse público, que é o de não aplicar lei inconstitucional, de modo que estão presentes dois processos distintos, sendo o primeiro o que conhece o juiz ordinário, e no curso do qual propõe a questão de constitucionalidade, e o instaurado perante o tribunal constitucional, no qual se delibera sobre a constitucionalidade da lei sem o conhecimento do processo no qual a dúvida foi ensejada. Sobre a relevância da atividade do juiz ordinário, acentua o autor: "Do ponto de vista constitucional importante é o juízo que a autoridade jurisdicional faz, constatada a relevância da lei para a resolução do caso, da adequação desta à Constituição. Este juízo supõe um pre-cognitio da constitucionalidade da lei que lhe chegou a qualificar-se como «indagação substancial da questão de constitucionalidade»" (PÉREZ TREMPES, op. cit., p. 138-139, tradução nossa de versão em língua espanhola). O que não possuímos diversos magistrados, em tais sistemas, é a competência para rejeitar a norma inconstitucional, o que se insere em monopólio do tribunal constitucional. Trata-se do chamado monopólio de rejeição.

<sup>2</sup> Entre vários, um exemplo é de ser ressaltado. Não obstante a Lei nº 9.430, cujo art. 56 revogou isenção concedida pelo art. 6º, II, da Lei Complementar nº 70/91, recuar a dezembro de 1996, a decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, definindo sua constitucionalidade, somente adveio em 17.09.2008 (RE nº 377.457-PR, mv, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 241, 19 dez. 2008), tempo demasiado suficiente para que, sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça tivesse editado em sentido contrário a Súmula nº 276 (DJ, 02 jun. 2003).

<sup>3</sup> O estado de perplexidade diante da divergência entre os julgamentos do Supremo Tribunal Federal e dos demais juízos e tribunais sobre interpretação constitucional, antes das inovações da legislação processual civil codificada que iremos reportar, foi focado por Francisco Barros Dias (Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional. Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br/html/doutrina.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2009).

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: (...) II – inexigibilidade do título; (...)

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

Idêntico dispositivo sobreveio no particular do novel instituto do cumprimento de sentença, havendo o art. 475-L, II, §1º, do CPC, também acrescido por força da Lei nº 11.232/2005, ao tratar da impugnação, reproduzido o dispositivo cuja transcrição acima foi realizada.<sup>4</sup>

Cônsco de que a incidência de tais dispositivos pode levar a inúmeras consequências, em boa parte de acentuada inconveniência, assoma interessante seja procedida sua análise em cotejo com os princípios assentes, de há muito, na teoria geral do direito, ostentem ou não lastro constitucional. Idem com particularidades do nosso constitucionalismo.

Dessa agitada confrontação, envolvendo os citados dispositivos legais com os princípios (e também com as regras) do nosso sistema jurídico, é de aflorarem, sem sombra de dúvidas, inúmeras controvérsias. Duas delas, pelo menos, nos limites deste escrito, terão o satisfatório desenvolvimento de sua abordagem tentado.

## II Os artigos 475-L, II, §1º, e 741, II, parágrafo único, do CPC, e as decisões proferidas pelo STF na fiscalização concreta

Interessante questionamento que se afigura é o condizente ao âmbito de incidência do preceito legal, em decorrência de o sistema jurídico brasileiro, no interregno de 1891 até os dias atuais, vir passando por notável evolução no particular da fiscalização judicial da constitucionalidade, através da atual tentativa de harmonização dos modelos concreto e abstrato, conforme antes enunciado.

De indagar-se, então, se a interpretação da Lei Máxima, por parte do Supremo Tribunal Federal na qualidade de sentinela-mor, engloba, indistintamente, aquelas realizadas no deslinde dos litígios que lhes são submetidos, ou

<sup>4</sup> Com isso, o legislador remete o tema da força vinculante da Constituição, que antes parecia restrito às lides entre o Estado e o cidadão, à ribalta dos liames jurídicos entre particulares.

somente as proferidas em ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A doutrina superveniente à edição do preceito legislativo em comento, em sua grande maioria, mostra-se a prestigiar aplicação ampla e indistinta dos dispositivos legais em foco, defendendo a inexigibilidade do título judicial tanto nas hipóteses de existente deliberação do Supremo Tribunal Federal na fiscalização abstrata, ou através da solução de caso concreto.

Neste diapasão, para Teori Albino Zavascki<sup>5</sup> é indiferente que o precedente tenha sido elaborado em controle concentrado ou difuso, ou em que, nesta situação, tenha sido editada resolução do Senado Federal, suspendendo execução de norma declarada inconstitucional, porquanto: a) a distinção não está contemplada no texto constitucional, não sendo cabível exigir-se a superveniência de resolução do Senado Federal quando houve declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto ou interpretação conforme à Constituição; b) a exegese restritiva é incompatível com a evidente intenção do legislador de valorizar a autoridade dos precedentes do órgão judiciário guardião da Constituição, os quais não podem ser hierarquizados em função do procedimento nos quais são adotados; c) está ganhando corpo, nos planos legislativo e jurisprudencial, entendimento no sentido de que a eficácia *erga omnes* das sentenças que reconhecem inconstitucionalidade, ainda que incidentalmente, deve ser considerada efeito natural da sentença, tanto que, em ação rescisória, versando matéria constitucional, a importância dos precedentes do Supremo Tribunal Federal não é diferenciada; d) é digna de aplauso a aproximação, cada vez mais evidente, entre os sistemas difuso e concentrado, generalizada noutros países, a conduzir, no plano infraconstitucional, ao reconhecimento da identidade de forças entre as decisões do Pretório Excelso, não sendo por outra razão que vozes abalizadas se erguem para sustentar o simples efeito de publicidade às resoluções do Senado.

No mesmo diapasão, Humberto Theodoro Júnior,<sup>6</sup> Paulo Henrique dos Santos Lucon<sup>7</sup> e Gustavo Bregalda.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. Revista de Processo, São Paulo, ano 30, n. 125, p. 87-88, jul. 2005.

<sup>6</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (Código de Processo Civil, artigo 741, parágrafo único). Revista dos Tribunais, ano 94, v. 841, p. 73-74, nov. 2005.

<sup>7</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa Julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública (ex vi art. 741, parágrafo único, do CPC). Revista de Processo, São Paulo, ano 31, n. 141, p. 45, nov. 2006.

<sup>8</sup> BREGALDA, Gustavo. Artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil: efeitos do controle de constitucionalidade na execução de sentença contra a Fazenda Pública. In: CONRADO, Paulo

Por sua vez, prestigiando a ausência de efeitos da sentença que invista contra posicionamento do Supremo Tribunal Federal, mas sem distinguir quais as espécies de decisões nas quais tal poderia ocorrer, alinham-se Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti e Roberta Lúcia Costa Ferreira Dias dos Santos.<sup>9</sup>

Diferentemente, Ivo Dantas<sup>10</sup> aparenta restringir o alcance dos dispositivos legais analisados às decisões proferidas em sede de controle abstrato, ao afirmar que ação rescisória fundada em deliberação objeto de recurso extraordinário somente será cabível após a suspensão, por parte do Senado Federal, da lei declarada inconstitucional.

Já a jurisprudência, visualizada nos anais do Superior Tribunal de Justiça, retrata dissensão, podendo-se constatar posicionamento que restringe o alcance do art. 741, II, parágrafo único, do CPC, à contrariedade da decisão exequenda com pronunciamento do Supremo Tribunal Federal somente em processos inerentes ao controle abstrato,<sup>11</sup> bem como precedente no sentido de que, para os fins do mencionado preceito legal, não podem ser desconsideradas as decisões do Pretório Excelso quando proferidas por seu órgão pleno na solução de casos concretos.<sup>12</sup>

De referir, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça, ao se defrontar com o desafio inerente à aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC, visualizou norma excepcional, por representar ressalva à coisa julgada, motivo pelo qual deveria comportar exegese restrita e não ampla. Assim, não estaria inserta no seu campo de incidência decisão que, contrariamente ao entendimento do Pretório Excelso, reconheceu direito adquirido à correção do FGTS pelos percentuais dos Planos Bresser, Collor I e II, porquanto não existiu pronunciamento com base em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal nem que emprestasse aos dispositivos legais analisados interpretação colidente com a Lei Magna.<sup>13</sup>

---

César; BENÍCIO, Sérgio Gonini. Temas controvertidos de processo civil e tributário. São Paulo: Editora Federal, 2006. p. 87.

<sup>9</sup> CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra; SANTOS, Roberta Lúcia Costa Ferreira Dias dos. Da competência dos presidentes dos tribunais em sede de precatórios judiciais fundados em títulos inconstitucionais para preservação da autoridade do STF: a flexibilização da coisa julgada. Revista Dialética de Direito Processual, n. 41, p. 29-52, ago. 2006.

<sup>10</sup> DANTAS, Ivo. Constituição & processo. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 603.

<sup>11</sup> 1ª T., v.u., rel. Min. Luiz Fux, DJU, 13 fev. 2006.

<sup>12</sup> 1ª T., v.u., rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU, 19 jun. 2006.

<sup>13</sup> Conferir o RESP nº 730.395-SC (1ª T., v.u., rel. Min. José Delgado, DJU, 30 maio 2005) e 791.754-DF (1ª T., v.u., rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU, 06 fev. 2006).

Este ponto de vista é assaz recomendável, pois as inovações legislativas traçam gravosas restrições a direito fundamental. Daí segue que, em havendo a decisão judicial se mostrado desconforme com interpretação do Pretório Excelso que, direta e imediatamente, teve por objeto regra ou princípio constitucional, não seria possível aplicar-se o art. 475-L, II, §1º, e o art. 741, II, parágrafo único, ambos do Código de Ritos.

No particular do Supremo Tribunal Federal, o assunto ainda não alcançou madura discussão. Há apenas afirmações, nalguns julgados,<sup>14</sup> no sentido de que, em sendo o pronunciamento proferido em ação direta, a eficácia vinculativa daquele conduz o juiz da execução a assentar a inexigibilidade do título judicial, com lastro no art. 741, parágrafo único, do CPC.

Tomando partido na discussão, manifesto-me por pensar que as inovações da legislação processual civil não poderão abranger as decisões de controvérsias entre partes. Nestas, onde a discussão constitucional não é o objeto principal do julgamento, sempre se entendeu que a eficácia da decisão é *inter partes*, somente alcançando eficácia geral com a intervenção do Senado Federal (art. 52, X, CF).

Antes da reforma processual, sempre foi esse o posicionamento da doutrina, seja aquela que pode ser reputada como clássica, seja igualmente a que se tem por apontada como a mais moderna. Para tanto, reputo imprescindível retrospectiva tripartida nas seguintes fases, quais sejam a que se inicia com a Constituição de 1891 até a promulgação da Constituição de 1934, a que oscila entre esta e a Lei Maior de 1969 e, finalmente, a posterior à chamada Constituição cidadã de 1988.

É sabido que a primeira Constituição republicana trouxe para nosso sistema jurídico modelo assentado pela Suprema Corte norte-americana no célebre julgado *Marbury v. Madison* (1803), admitindo ser possível, diante dos casos concretos, o Judiciário controlar a constitucionalidade de atos legislativos, tendo legado ao Supremo Tribunal Federal papel máximo nessa tarefa, competindo-lhe julgar, em grau de recurso, decisões dos juízes federais (art. 59.2), bem assim as das justiças dos Estados, em última instância, quando se

<sup>14</sup> Ag. Reg. no AI nº 481.990-1-SP (1ª T., v.u., rel. Min. Eros Grau, DJU, 08 abr. 2005) e Ag. Rg. nº 533.669-SP (1ª T., v.u., rel. Min. Eros Grau, DJU, 18 abr. 2006). Não olvidar que o Supremo Tribunal Federal (Ag. Reg. no RE nº 554.008-1-MG, 2ª T., v.u., rel. Min. Eros Grau, DJe, 06 jun. 2008) não poupou esforços para entender, em lide na qual se controvertia sobre os índices de atualização das contas vinculadas do FGTS, que, na esteira de sua jurisprudência consolidada, o exame, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de ofensa a direito adquirido, ato jurídico perfeito, ou coisa julgada, situa-se no plano infraconstitucional, não ensejando, por isto, aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC.

contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição (art. 59.3, §1º, alínea b).

Não obstante a incorporação do controle de constitucionalidade a estas plagas tenha-se sucedido sob inspiração norte-americana, cujo sistema judicial homenageia a regra da obrigatoriedade dos precedentes, com a consideração da superioridade daqueles emanados da Suprema Corte, não impediu que, por ocasião de sua recepção, Rui Barbosa<sup>15</sup> alvitrasse, entre as condições necessárias ao exercício da função judicial no exame da inconstitucionalidade dos atos do Congresso ou do governo, ponderação assim exposta:

5. Que a decisão se circunscreva ao caso em litígio, não decretando em tese a nulificação do ato increpado, mas subtraindo simplesmente à sua autoridade a espécie em questão. 6. Que o julgado não seja exequendo senão entre as partes, dependendo os casos análogos, enquanto o ato não for revogado pelo poder respectivo, de novas ações, processadas cada uma nos termos normais.

O mesmo se extrai de Pedro Lessa,<sup>16</sup> para quem, nas pegadas de Willoughby, a Suprema Corte Federal jamais julga nula a lei censurada, apenas julgando o feito sem considerar o comando daquela, o que se justifica porque aquele órgão judicial não possui supremacia perante o Poder Legislativo. Sem destoar, Amaro Cavalcanti<sup>17</sup> afirma que a decisão judicial, ao reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato administrativo, torna-os inválidos ou nulos para o caso sob julgamento, esclarecendo que, se portarem o caráter de generalidade, não ficarão, por isto, revogados.

Esse posicionamento não foi, de forma contundente, superado pelos doutrinadores que se defrontaram sobre o tema no intervalo compreendido entre a Constituição de 1934, a qual conferiu ao Senado Federal (art. 91, IV) o apanágio de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional pelo Judiciário, e a Emenda Constitucional nº 16/65 à Lei Maior de 1946, que teve o mérito de instituir a representação de inconstitucionalidade.

Nessa linha, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>18</sup> vislumbrou no art. 91, IV, da Constituição de 1934, atribuição ao Senado Federal de função complementar

<sup>15</sup> BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2. ed. Campinas: Russel, 2004. p. 102.

<sup>16</sup> LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 138.

<sup>17</sup> CAVALCANTI, Amaro. *Regime federativo e a República brasileira*. Brasília: Ed. UnB, 1983. p. 207.

<sup>18</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das Constituições rígidas*. São Paulo: José Bushatsky, 1980. p. 167-168.

da atividade judicial de controle da constitucionalidade, ao suspender os atos declarados írritos, no caso concreto julgado, delimitando sua finalidade na passagem seguinte:

O maior alcance dessa atribuição conferida ao Senado federal visara reduzir o trabalho do Judiciário, evitando tivesse de pronunciar-se, repetidas vezes, em cada caso que fosse chamado a julgar, por estar o texto, a seu ver, inquinado de vício de inconstitucionalidade, portanto, sem eficácia.

No mesmo diapasão, Themístocles Brandão Cavalcanti<sup>19</sup> que, visualizando o alcance do então art. 64 da Constituição de 1946, asseverou que a ineficácia absoluta da lei inconstitucional só vem a lume com a sua suspensão pelo Senado, porque, até este instante, persistirá sua existência material.

É certo que, projetando sua opinião em direção oposta, Lúcio Bittencourt<sup>20</sup> evidencia, já agora diante do art. 45, IV, da Constituição de 1946, que eventual omissão do Senado Federal poderia afetar a eficácia da deliberação do Supremo Tribunal Federal, ressaltando que o objetivo do dispositivo magno é o de legar publicidade à decisão da corte, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Adianta constituir impropriedade técnica dizer que o Senado pode suspender a execução do ato inconstitucional, pois o que é inexistente ou ineficaz não pode ter sua exequibilidade suspensa.

Não se pode desconhecer que o autor, em momento anterior, parece sustentar contradição, ao mencionar que a deliberação do tribunal, uma vez transitada em julgado, é, para o caso concreto, vinculativa para as partes e à Administração.

Durante a vigência da Constituição pretérita, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>21</sup> estruturou a eficácia das decisões que apreciam a inconstitucionalidade de lei mediante as seguintes balizas: a) o controle de constitucionalidade por via de exceção, mesmo quando exercido pelo Supremo Tribunal Federal, opera seus efeitos exclusivamente *inter partes*; b) o modelo adotado entre nós gera grave inconveniente, uma vez, diante duma multiplicidade de casos, haver

<sup>19</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do controle da constitucionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 183.

<sup>20</sup> BITTENCOURT, C. A. Lúcio. Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 145.

<sup>21</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 233-235.

risco de decisões conflitantes, criando-se um ambiente de dúvidas e de possibilidade de injustiças; c) as deliberações do Pretório Excelso, embora possuam inegável influência sobre os juízos dos diversos graus, não se afiguram vinculativas; d) visando solucionar o inconveniente oriundo da possibilidade de decisões em sentidos diferentes, uma das soluções está justamente na competência do Senado Federal (art. 42, VII), a qual resultará na retirada da eficácia da lei ou ato inconstitucional, que não mais poderá ser aplicado nem o seu cumprimento poderá ser exigido de nenhum sujeito de direito.

Saliente-se que o autor não poupou crítica a Lúcio Bittencourt, por este haver frisado que o fim da suspensão do ato normativo inconstitucional pelo Senado Federal é o de apenas dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal, consistindo impropriedade a solução expressada constitucionalmente de suspensão de execução, haja vista que algo que é inexistente ou ineficaz não é suscetível de ser suspenso.

Em contrapartida, Manoel Gonçalves Ferreira Filho lança crítica ao mestre, porquanto este, embora tenha percebido a incoerência, não entreviu a solução, uma vez o ato inconstitucional não ser nulo ou írrito, mas sim anulável, invocando, para tanto, ensinamento de Kelsen. Em assim sendo, o ato inconstitucional pode ser anulado com efeitos para o futuro, o que se mostra perfeitamente compatível com a suspensão da execução da lei ou do ato normativo, significando a suspensão da execução na retirada da eficácia da norma, como se tivesse sido alvo de revogação.

Antes, o mesmo entendimento também já viera exposto por Pontes de Miranda,<sup>22</sup> ressaltando que, no direito brasileiro, o critério adotado é o simples julgamento, no caso concreto, da inconstitucionalidade, de modo que, ao depois da intervenção do Senado Federal, é que se torna a lei ineficaz.

Ainda sob a vigência da Constituição anterior, o Supremo Tribunal Federal, sopesando as possíveis implicações que a implantação, entre nós, do controle abstrato poderia acarretar, pôs a questão nos seus devidos termos. Aprovou, então, nos autos do Processo Administrativo nº 4.477-2, mudança regimental, a fim de circunscrever a comunicação ao Senado Federal, para fins de suspensão da execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional, às hipóteses onde a declaração for proferida em razão de julgamento de

---

<sup>22</sup> PONTESDE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1, de 1969. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 88-89. t. III.

litígios, porquanto, nestas situações, a eficácia da decisão não transpassa o âmbito das partes envolvidas.<sup>23</sup>

O ponto de vista se manteve inalterado ao depois da promulgação da Constituição de 1988. No seio doutrinário, afigura-se importante conferir os escólios de Celso Ribeiro Bastos,<sup>24</sup> José Afonso da Silva,<sup>25</sup> Paulo Napoleão Nogueira da Silva,<sup>26</sup> Elival da Silva Ramos,<sup>27</sup> Clèmerson Merlin Clève,<sup>28</sup> Ronaldo Poletti,<sup>29</sup> Nagib Slaibi Filho,<sup>30</sup> Regina Maria Macedo Nery Ferrari<sup>31</sup> e André Dias Fernandes.<sup>32</sup>

Além desse primeiro argumento, louvado em forte tradição interpretativa de nossa doutrina, no sentido de que as decisões de controvérsias entre partes só poderiam ter eficácia geral com a intervenção do Senado Federal, outro emerge através da observação de modelo semelhante.

<sup>23</sup> Oriunda do Min. Moreira Alves, a proposição mereceu do Min. Rodrigues Alckmin o pronunciamento seguinte: "Assim, como a função jurisdicional, no caso concreto, não pode estender a eficácia da declaração de inconstitucionalidade à generalidade dos casos, limitada que está à espécie em apreciação, o Supremo Tribunal Federal comunica o julgado ao Senado Federal que, nos termos do art. 42, VII, da Constituição Federal, suspende a execução da lei ou decreto declarados inconstitucionais. 2. Já nos casos de ação direta, a função jurisdicional, apreciando a Representação, se estende à decretação da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese. Não vejo, pois, seja necessária a intervenção do Senado, cabível somente quando, por ser a inconstitucionalidade, reconhecida no julgamento de caso concreto, a decisão judicial não possa exercer seus efeitos fora da demanda em que proferida. Aqui, sim, a manifestação do Senado Federal é indispensável para dar eficácia geral ao julgamento da inconstitucionalidade, além da espécie apreciada no julgamento. No caso de Representação por inconstitucionalidade, porém, o julgamento se refere à Lei ou ato normativo, em tese, e decisão que o tem como inconstitucional, encerra, em si mesma, o efeito de excluir-lhes a eficácia" (DJU, 16 maio 1977, p. 3124).

<sup>24</sup> O autor aponta como traço diferencial entre os controles por via de defesa (exceção) e de ação o fato de, na primeira, pretender o interessado apenas ser subtraído da incidência da norma ou ato inconstitucional, através da solução de questão prévia, permanecendo aqueles válidos no que se refere à sua força obrigatória quanto a terceiros. Por sua vez, a via de ação, retratando impugnação direta contra a lei ou ato inconstitucional, tem por dom expulsá-los do sistema jurídico (BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 376-377).

<sup>25</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 54.

<sup>26</sup> SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 88.

<sup>27</sup> RAMOS, Elival da Silva. A inconstitucionalidade das leis. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 121-122.

<sup>28</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 87-90.

<sup>29</sup> POLETTI, Ronaldo. Constituições brasileiras. Brasília: Senado Federal, 2001. v. 3, p. 148.

<sup>30</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. Direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 237.

<sup>31</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 205.

<sup>32</sup> FERNANDES, André Dias. Eficácia das decisões do STF em ADIn e ADC. Salvador: Juspodium, 2009. p. 137.

Invoque-se, para tanto, o modelo lusitano que, igualmente ao nosso, consagra a coexistência, pacífica, aliás, entre a fiscalização abstrata e concreta, esta estando prevista desde a Constituição de 1933.

É que as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional quando a questão de constitucionalidade for invocada à guisa de pressuposto para a solução de um litígio entre partes somente a estas dizem respeito.

A força obrigatória geral, eficácia própria e peculiar à fiscalização abstrata, somente garante as decisões proferidas perante a fiscalização concreta na ocorrência da previsão do art. 281º, nº 3º, a proclamar:

Artigo 281.º (Fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade)

(...)

3. O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.

De forma alguma desconheço que, recentemente, viceja entendimento, capitaneado por Gilmar Mendes,<sup>33</sup> expresso em trabalho de doutrina, no qual se conclui:

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*.

Com o devido respeito, penso não ser tal posicionamento, ainda em fase embrionária na doutrina, o mais satisfatório para ser seguido no questionamento em comento. A uma, porque no Supremo Tribunal Federal há dúvidas

<sup>33</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 162, p. 162, abr./jun. 2004.

sobre o assunto, conforme se pode ver da Reclamação nº 4.335, pendente de julgamento, contando com os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau em prol da tese da desnecessidade da intervenção do Senado Federal para a extensão *erga omnes* da eficácia da decisão do plenário daquele, enquanto que convicção oposta foi adotada pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa. O desate do feito se acha suspenso por pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski, conforme se pode notar do Informativo STF nº 463. É, pois, prematura, qualquer deliberação a esse respeito no âmbito da jurisdição ordinária.

De outro ponto, não se pode olvidar que a mutação constitucional, como instrumento de mudança do texto magno pela via informal, de natureza interpretativa, não está isenta de limites. Entre estes, como afirma Hesse,<sup>34</sup> está, justamente, aquele que “resulta inadmissível uma interpretação diferente dos enunciados constitucionais em aberta contradição com seu texto”.<sup>35</sup>

É justamente o que sucede na espécie. Ora, o art. 52, IX, da Constituição, é demasiado expresso em atribuir ao Senado Federal missão de maior relevância do que a de propiciar a mera publicidade da decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. Utilizou-se o constituinte da expressão “suspender a execução” que denota, claramente, o sentido de privar os efeitos da lei, ou dispositivos desta, declarados inconstitucionais pelo Pretório Excelso.

Tal consequência, como se viu linhas retro, é respaldada por ponderável doutrina, a apontar que o significado do art. 52, IX, da CF, não só por força de sua amplitude literal, não é outro senão o de estender a eficácia da inconstitucionalidade pronunciada.

Isso mostra a impossibilidade, no particular, de recorrer-se à mutação constitucional. A lição de Hesse, acima citada, é indicativa da necessidade de modificação do texto constitucional através de emenda.

Além disso, a melhor compreensão do art. 52, IX, da CF, é de ser extraída do confronto com a Constituição como um todo.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> HESSE, Konrad. Manual de derecho constitucional. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 10. Constitución y Derecho Constitucional.

<sup>35</sup> “resulta inadmisibile una interpretación diferente de los enunciados constitucionales en abierta contradicción con su texto” (tradução nossa).

<sup>36</sup> Trata-se do recurso à interpretação sistemática, sobre a importância da qual disse Perlingieri: “A norma nunca está sozinha, mas existe e exerce a sua função unida ao ordenamento e o seu significado muda com o dinamismo do ordenamento ao qual pertence” (PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 72). Não desconsiderar o aqui afirmado, décadas antes, em tom incensurável por Carlos Maximiliano (MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 128): “Não

Como o direito escrito não contém palavras ou expressões inúteis, tem-se, no nosso ordenamento, preceito constitucional específico se referindo à eficácia vinculativa das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na fiscalização concreta ou incidental. É o caso do art. 103-A da Lei Fundamental, cujo ingresso na órbita jurídica adveio da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004.

O cuidado para que as mudanças legislativas, que hoje se apresentam com multiplicidade descomunal, não acarretem a perda de coerência que deve orientar o sistema jurídico, não passou despercebido por Paulo Roberto de Oliveira Lima,<sup>37</sup> pioneiro por atentar para uma maior relativização da coisa julgada, quando advogava, na hipótese de vingar a obrigatoriedade do precedente, o que sucedeu com a EC nº 45/2004, ser imperiosa a introdução, entre os casos de rescisão da sentença, de um relativo à violação literal do precedente, cristalizado em súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores.

É, portanto, demasiado óbvio que, se as decisões do Pretório Excelso em matéria constitucional albergassem projeção além dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, seria totalmente desnecessária a instituição da súmula vinculante. Do contrário, carecerá o sistema jurídico do atributo da coerência.

### III Os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e o dilema das coisas julgadas anteriores

Outro ponto é o de perquirir se a coisa julgada, anteriormente formada, pode ser atingida por interpretação do Supremo Tribunal Federal proferida no âmbito da fiscalização abstrata.

A indagação tem sua *ratio essendi* no fato de que a tensão entre a coisa julgada e o ponto de vista assumido pelo Supremo Tribunal Federal revigora o debate acerca da já frequente antinomia entre o princípio da legalidade

---

se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos. Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço.”

<sup>37</sup> LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Contribuição à teoria da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 121.

(*rectius*, juridicidade), que é decorrência da uniformidade interpretativa da Constituição, e o da segurança jurídica.

Há algumas manifestações sobre como resolver possível problema que aguça nossa realidade judiciária. Para Ivo Dantas,<sup>38</sup> em virtude dos efeitos *erga omnes* e *ex tunc* que notabilizam as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, os mesmos devem alcançar não só as ações a serem julgadas, mas, igualmente, aquelas já decididas por sentença passada em julgado, posicionamento que, ao que parece, assemelha-se com o anteriormente exposto por Francisco Barros Dias.<sup>39</sup>

Antes daqueles, Paulo Roberto de Oliveira Lima<sup>40</sup> já parecia concordar com o entendimento acima, ao explicitar, mesmo sem referência peremptória, o cabimento da ação revisional de coisa julgada, cuja sugestão *de lege ferenda* condensa as conclusões do seu escrito, para as hipóteses nas quais, no futuro, a jurisprudência venha a se fixar de forma contrária ao decidido pela sentença irrecurável, incluindo-se a hipótese de mudança de rumo jurisprudencial.

De destacar ainda que o autor não foi omissivo quanto à proteção da segurança jurídica, alvitando a prescrição da demanda, a se verificar com o término do prazo prescricional destinado para o exercício do próprio direito subjetivo.

Contudo, quando da redação da proposição legislativa, cogita de contrariedade à súmula dos tribunais superiores como situação autorizadora da ação de revisão de coisa julgada material, sem esclarecer se a jurisprudência majoritária deveria ou não ser posterior à sentença a ser impugnada.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça alvitra orientação que, não obstante já se encontrar pacífica entre seus diversos órgãos, não resolve a questão a contento. Trata-se, pura e simplesmente, de entender inaplicável o art. 741, II, parágrafo único, do CPC, às sentenças que transitaram em julgado antes da introdução da disciplina legal no sistema jurídico, o que se deu com a promulgação da MP nº 2.180/2001.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> DANTAS, Ivo. Constituição e processo. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 600.

<sup>39</sup> DIAS, Francisco Barros. Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional. Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br/htm/doutrina.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2009.

<sup>40</sup> LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Contribuição à teoria da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 115.

<sup>41</sup> AgRg no RESP nº 734.426-MG (2ª T., v.u., rel. Min. Castro Meira, DJU, 1º.02.2006), Embargos de Declaração no RESP nº 748.743-SC (5ª T., v.u., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU, 05.12.2005), AgRg no RESP nº 901.984-AL (6ª T., v.u., rel. Min. Paulo Gallotti, DJU, 18.06.2007), RESP nº 883.338-AL (6ª T., v.u., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJU, 01.10.2007), AgRg no RESP nº 795.687-SE (6ª T., v.u., rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU, 14.08.2006) e RESP nº 970.816-RS (5ª T., v.u., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJU, 22.10.2007).

Com o devido respeito, tais conclusões não são suficientes para o questionamento em exame. Para solucioná-lo a contento, surge como primordial a busca do tema no direito alienígena, mais precisamente naqueles ordenamentos que, com anterioridade à Constituição de 1988, já exercitavam a fiscalização abstrata da constitucionalidade através de tribunais ou cortes constitucionais, aos quais se defere o monopólio de rejeitar norma legal contrária à Lei Básica.

Por apego à concisão, bem assim pela similitude de disciplina, é de serem invocados os modelos alemão, italiano, espanhol e português.

Em relação às listadas experiências europeias, a fórmula lusitana apresenta uma singularidade, qual seja a circunstância de disciplinar o assunto no texto constitucional.

Com efeito, a Constituição da República Portuguesa, ao tratar da garantia contra a irretroatividade, restringiu-se à matéria penal (art. 29.º).

Sincronizado a tal opção, o constituinte, ao cuidar dos efeitos das decisões do Tribunal Constitucional, dispôs, no seu art. 282.º, §3º:

Artigo 282.º (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade)

(...)

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

Por aí se vê, estreme de dúvidas, que, além do tratamento da matéria em debate haver sido levado a cabo pelo próprio legislador constituinte, este, às explícitas, afastou a incidência retro-operante da declaração de inconstitucionalidade, aparelhada com força obrigatória geral, proferida pelo Tribunal Constitucional.

A isolada ressalva, constante no dispositivo mencionado, refere-se às decisões tomadas nos âmbitos penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social que repute inválidas normas menos favoráveis ao acusado e, mesmo assim, quando aludido sodalício assim entender. Trata-se de vassalagem do postulado da retroatividade da *lex mitior*, de imensa valia na província sancionadora.

O legislador, portanto, não tem margem de discricção para reger a matéria.

Versando sobre o assunto, Jorge Miranda<sup>42</sup> é bastante claro em demonstrar que a decisão do Tribunal Constitucional, quando declaratória de inconstitucionalidade, não abala, de forma alguma, as sentenças judiciais que, anteriormente, passaram em julgado adotando exegese contrária. Com isso, é demonstrado respeito à separação de poderes, uma vez não se desconhecer o papel dos tribunais como órgãos de soberania.<sup>43</sup>

Quanto aos sistemas italiano, germânico e espanhol, observa-se, diversamente, omissão no texto constitucional quanto à disciplina das relações entre coisa julgada e declaração de inconstitucionalidade pelo tribunal ou corte constitucional, salientando-se que, no particular dos dois últimos, as respectivas Constituições transferem ao legislador a tarefa de disciplinar os efeitos de suas deliberações.

Assim, a *Legge* 87, de 11 de março de 1953, a qual dispõe sobre a organização e o funcionamento da Corte Constitucional italiana, prevê, no seu art. 30.3, não poder a norma declarada inconstitucional ter aplicação no dia sucessivo ao da publicação da correspondente decisão. No parágrafo seguinte, dispõe que, se em função da aplicação de dita norma foi proferida sentença irrecorrível de condenação, cessam a execução e todos os efeitos penais.

Livio Paladin,<sup>44</sup> apreciando o problema, aponta que as sentenças de acolhimento da inconstitucionalidade são operativas *ex tunc*, mas não sem limites importantes, os quais valem para excluir tendência à retroatividade incondicionada, apresentando-se necessário distinguir entre as relações pendentes, sempre suscetíveis de serem postas em discussão, e as relações exauridas, não mais modificáveis ao instante em que a corte efetua seu pronunciamento.

<sup>42</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. t. VI, p. 258.

<sup>43</sup> Eis as palavras do mestre: "I – A declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral de qualquer norma não afecta os casos julgados. Quer dizer: não modifica, nem revoga a decisão de qualquer tribunal transitada em julgado que tenha aplicado, nem constitui fundamento da sua nulidade ou de recurso extraordinário de revisão. Garante-se, assim, a autoridade própria dos tribunais como órgãos de soberania aos quais compete «administrar a justiça em nome do povo» (art. 202.º, nº 1); garante-se o seu poder de apreciação da constitucionalidade e da legalidade (art. 204.º); e garante-se, reflexamente, o direito dos cidadãos a uma decisão jurisdicional em prazo razoável (art. 20.º, nº 4, da Constituição e art. 6.º da Convenção Europeia). O fundamento último da regra não se encontra, porém ou não se encontra só num princípio de separação de poderes. Decorre de um princípio material — a exigência de segurança jurídica. A estabilidade do direito tornado certo pela sentença insusceptível de recurso ordinário é, igualmente, a dos direitos e interesses que declara".

<sup>44</sup> PALADIN, Livio. Diritto costituzionale. 3ª ed. Padova: Cedam, 1998.

Sem embargo de salientar que o *discrímen* entre tais situações não depende apenas do direito constitucional, mas também da solução ditada pelas normas legislativas, a partir daquelas de natureza processual, sustém:

De modo particular, é indiscutível que o esgotamento de uma relação jurídica deriva, antes de tudo, da *coisa julgada*, isto é, da sentença não mais sujeita a alguma impugnação: com a só exceção das «sentenças irrecorríveis de condenação», as quais não podem ter «execução» nem produzir «efeitos penais» uma vez declarada ilegítimas as normas com base nas quais se basearam, dado o fundamento do princípio do *favor rei*, sancionado pelo art. 2º, segundo parágrafo, do Cód. Pen.” (PALADIN, 1998, p. 771, tradução nossa).<sup>45</sup>

Reforça tal opinião Stefano Maria Cicconetti,<sup>46</sup> para quem, muito embora hoje esteja pacificado que as sentenças de acolhimento possuam efeito retro-operante, há a exceção das relações jurídicas ditas exauridas, quais sejam aquelas definitivamente encerradas sob o ponto de vista jurídico. Não obstante considerar difícil traçar o elenco completo de tais situações, sustenta:

Tal é, certamente, uma relação decidida com *sentenza passata in giudicato*, recolhendo-se tal conceito quando, uma vez que tenham sido percorridos todos os graus de jurisdição, a sentença tenha sido adotada por um juiz de último grau (Corte de cassação; Conselho de Estado); ou quando a sentença de um juiz não de último grau de jurisdição seja tornada definitiva pelo término do prazo de apelação ou recurso. (*loc. cit.*, p. 76).<sup>47</sup>

Em seguida, o autor faz duas observações: a) verifica-se relação jurídica exaurida quando não mais subsiste o exercício de um direito ou faculdade, em

<sup>45</sup> “In particolare modo, è indiscusso che l’esaurimento di un rapporto derivi anzitutto dalla cosa giudicata, cioè dalle sentenze non soggette ad alcuna impugnazione: con la sola eccezione delle «sentenze irrevocabili di condanna», che non possono avere «esecuzione» né produrre «effetti penali» una volta dichiarate illegittime e nulle sulle quali si basavano, dato il fondamentale principio del *favor rei*, sancito dall’art. 2 secondo comma Cod. pen.”.

<sup>46</sup> CICCONETTI, Stefano Maria. *Lezioni di giustizia costituzionale*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2006. p. 76-77.

<sup>47</sup> “Tale è, certamente, un rapporto deciso con **sentenza passata in giudicato**, ricorrendo tale concetto quando, una volta che siano stati percorsi tutti i gradi di giudizio, la sentenza di un giudice sia stata adottata da un giudice di ultimo grado (Corte di cassazione; Consiglio di Stato); oppure quando la sentenza di un giudice non di ultimo grado sia divenuta definitiva per scadenza dei termini di appello o di ricorso”.

face do transcurso de prazo de caducidade ou de prescrição; b) há exceção da exceção em matéria penal, pois em havendo a declaração da inconstitucionalidade de normas penais que embasaram condenação, agravando a situação do condenado, é de ser aplicado o princípio do *favor rei*, cessando os efeitos penais oriundos da lei ilegítima.

Por aí se vê que, quanto à coisa julgada verificada em feitos não penais, não há nenhuma previsão de sua mutação, permanecendo válida.

Na Espanha, a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (*Ley Orgánica 2*, de 03 de outubro de 1979), no seu art. 40.1, é demasiado específica quanto ao ponto discutido:

As sentenças declaratórias da inconstitucionalidade de Leis, disposições, ou atos com força de lei, não permitirão sejam revistos os processos terminados com sentença transitada em julgado, nos quais se haja feito aplicação das Leis, disposições ou atos inconstitucionais, salvo no caso dos processos penais, ou contenciosos-administrativos, referentes a um procedimento sancionador no qual, como consequência da nulidade da norma aplicada, resulte uma redução da pena ou da sanção, ou uma exclusão, isenção, ou limitação da responsabilidade.<sup>48</sup>

Em comentário ao disposto no art. 164 da Constituição de 1978, Ignacio Torres Murro aborda o assunto, expressando que, no atual modelo hispânico de justiça constitucional,

os efeitos *erga omnes* que derivam de um julgamento que declara a inconstitucionalidade de uma norma não estão dotados de caráter retroativo nem conduzem à revisão das situações consolidadas que se produziram ao amparo da lei que agora se entende que é inconstitucional. A única exceção que persiste é o caso previsto para as situações de normas de caráter sancionador no art. 40.1 LOTC – que, como consequência da nulidade da norma aplicada, resulte uma redução da pena, ou da sanção, ou uma exclusão, isenção ou limitação da responsabilidade.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> Tradução nossa a partir de versão em espanhol disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 02 fev. 2009.

<sup>49</sup> Tradução de texto constante em Sinopsis artículo 164 – Constitución Española. Disponível em: <[narros.congreso.es](http://www.narros.congreso.es)>. Acesso em: 02 fev. 2009.

Mais uma vez, o regramento da afetação da coisa julgada pelas posteriores declarações de inconstitucionalidade se circunscreve à província sancionadora, criminal e administrativa.

No sistema jurídico alemão, o §79 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal, que versa acerca do procedimento no controle abstrato de normas, prevê a retroatividade das decisões declaratórias de inconstitucionalidade no que toca às sentenças penais de condenação, louvadas em dispositivos tidos por inconstitucionais.

No plano civil, o mesmo dispositivo — que talvez tenha inspirado o legislador pátrio — consagra modelo que preserva apenas as coisas julgadas cuja execução ou cumprimento já se operou. Respeita, apenas, os fatos já consumados ou exauridos. Entretanto, elimina a validade da *res judicata* quando o seu dispositivo ainda não foi realizado. Despe-lhe do apanágio da exequibilidade futura.<sup>50</sup>

No sistema germânico, a exemplo do espanhol e pelo italiano, afigura-se indiscutível a possibilidade do legislador desincumbir-se, com discricionariedade, do tratamento do tema. Isto porque, em todos eles, as correspondentes Constituições não garantem a autoridade da coisa julgada. Nem mesmo homenageia um princípio de segurança jurídica. Limitam-se, quando muito, a preservar a franquia da irretroatividade das leis no plano criminal.<sup>51</sup>

No sistema brasileiro, a situação é assaz diversa. A par de se prever expressamente o efeito vinculativo inerente à ação declaratória de constitucionalidade, atualmente extensivo à ação direta de inconstitucionalidade, sempre se

<sup>50</sup> Interessante a transcrição do teor do dispositivo, a qual se obtém através de tradução levada a efeito por Luís Afonso Heck: “§79 [Efeito da decisão] (1) Contra uma sentença penal transitada em julgado, que está baseada em uma norma declarada incompatível com a Lei Fundamental ou em uma norma declarada nula, consoante o §78, ou na interpretação de uma norma que foi declarada incompatível com a Lei Fundamental pelo Tribunal Constitucional, é admissível a reabertura do procedimento, de acordo com as prescrições do Código de Processo Penal. (2) De resto, salvo a prescrição do §95, alínea 2, ou de uma regulação legal especial, ficam intatas as decisões que não podem mais ser impugnadas, as quais estão baseadas numa norma declarada nula, consoante com o §78. A execução de uma tal decisão é inadmissível. Na medida em que a execução forçada, consoante às prescrições do Código de Processo Civil, deve ser realizada, vale por analogia a prescrição do §767 do Código de Processo Civil. Pretensões devido a enriquecimento sem justa causa estão excluídas”. Há versão em inglês disponível em: <<http://www.iuscomp.org>>.

<sup>51</sup> Duas observações marginais são necessárias. Em primeiro lugar, as Constituições alemã (art. 94.2) e espanhola (art. 165) estatuem que, através de lei (lei orgânica na Espanha), regular-se-á o funcionamento, procedimento e os efeitos das decisões dos correspondentes tribunais constitucionais. Noutro passo, não se pode negar que as Constituições da Itália (art. 25.2), Alemanha (art. 103.2) e da Espanha (art. 9.3), somente consagram a franquia da irretroatividade da lei no âmbito criminal, valendo salientar que a última emprega vocábulo mais amplo, aludindo a normas sancionadoras.

procurou, desde as raízes mais remotas de nosso constitucionalismo, a proteção da coisa julgada.

Portanto, não poderia o legislador ordinário instituir a perda de eficácia de sentença irrecorrível em confronto com posterior decisão do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional.

Além do mais, é pacífico que o sistema jurídico pátrio propendeu, dentro do confronto entre a juridicidade e a segurança jurídica, à eleição desta na qualidade de valor prevalecente.

Basta notar o seguinte: a fiscalização abstrata de constitucionalidade, na prática, interfere sensivelmente na regra da continuidade das leis, constante do art. 2º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Prova disso é que, no julgamento de procedência de ação direta de inconstitucionalidade, tem-se a retirada da norma impugnada do sistema jurídico, o que ocorre com a só publicação do acórdão no Diário da Justiça da União. Se a norma questionada foi aplicada por anterior decisão transitada em julgado, o afastamento da eficácia desta, em prol da interpretação constitucional do Pretório Excelso, implica dizer que a sua retirada da órbita jurídica faz com que a disciplina legal precedente volte a ter lugar, disciplinando determinada relação jurídica.<sup>52</sup> Equivale, a bem da verdade, a uma revogação com efeitos a substituir o regramento numa situação fática.

Já na hipótese de se reputar constitucional determinada norma, o édito de sua procedência tem o condão de afirmar sua legitimidade como revogadora da disciplina anterior. Se a validade desta constituiu a motivação de sentença irrecorrível, a posterior incidência da interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal fará com que a relação jurídica material passe a ser regida pela lei posterior.

Em ambos os casos, lei diversa afetará comando judicial já não mais objeto de recurso, havendo, portanto, violação, ao art. 5º, XXXVI, da Constituição, a proclamar: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

De acrescentar-se ainda que o legislador constituinte não disciplinou quais os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade frente ao instituto da coisa julgada. Igualmente, não delegou competência para que o legislador o fizesse, como nos exemplos alemão e espanhol.

---

<sup>52</sup> Ver ADI nº 2.242-3-DF (Pleno, v.u., rel. Min. Moreira Alves, DJU, 19 dez. 2003).

Pelo contrário, percebe-se do nosso sistema jurídico, a nível legislativo, tendência a que a eficácia vinculativa das decisões do Supremo Tribunal Federal não afete as sentenças transitadas em julgado. Tal é o art. 4º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, a preceituar:

Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Igualmente, a Lei nº 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (LADPF), explicitamente ressaltou as decisões já transitadas em julgado dos efeitos da liminar que determine a suspensão do ato impugnado. Eis o teor do dispositivo legal:

Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

(...)

§3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, *salvo se decorrentes da coisa julgada*. (grifos acrescidos)

O Supremo Tribunal Federal não vem se afastando desse preceptivo legal, consoante se colhe do julgamento proferido na ADPF nº 79-3/PE.<sup>53</sup>

No mencionado julgado, ao deferir liminar suspendendo os efeitos de processos e sentenças, nos quais havia sido assegurado o direito à elevação de vencimentos de servidores públicos, com base no princípio da isonomia,

<sup>53</sup> Eis, no primordial, os fundamentos do julgado através de parcela de sua ementa: “AÇÃO OU ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADPF. Liminar concedida. Suspensão de processos e efeitos de sentenças. Servidor Público. Professores do Estado de Pernambuco. Elevação de vencimentos com base no princípio da isonomia. Casos recobertos por coisa julgada material ou convalidados por lei superveniente. Exclusão da eficácia liminar. Agravo provido em parte e referendo parcial, para esse fim. Aplicação do art. 5º, §3º, in fine, da Lei federal n. 9.882/99. Não podem ser alcançados pela eficácia suspensiva de liminar concedida em ação de descumprimento de preceito fundamental, os efeitos de sentenças transitadas em julgado ou convalidados por lei superveniente.” (STF, Pleno, v.m., rel. Min. Cezar Peluso, DJ, 17 ago. 2007).

ressalvou a Excelsa Corte a eficácia da liminar quanto aos casos recobertos pelo manto da coisa julgada material, ou convalidados por lei superveniente, de modo a deixar claro o respeito às decisões soberanamente julgadas.

Não se poderia deixar de arguir, ainda, que a Lei nº 9.784/99, ao regular o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, destaca, entre os princípios que deverão ser observados, o do respeito à segurança jurídica, conforme se extrai do seu art. 2º, parágrafo único, XIII, parte final, nestes termos:

Art. 2º – A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, *segurança jurídica*, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garante o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. (grifos acrescentados)

Por outro lado, a circunstância de, entre nós, por influência das lições norte-americanas, reconhecer que a eficácia das decisões proferidas na fiscalização abstrata se manifesta *ex tunc*, não impediu, em momento algum, que fosse adotada, também em se seguindo as pegadas da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos,<sup>54</sup> posicionamentos onde a preservação de relações jurídicas consolidadas se impunha, acarretando, assim, que tais efeitos fossem protraídos para o futuro.

Nestas plagas, mais uma vez a ensinança norte-americana produziu bons frutos, tanto que o Supremo Tribunal Federal, ainda à época da Constituição anterior, atentou à imprescindibilidade de tutela de situações consolidadas antes das decisões que reputaram os atos normativos que as respaldaram inconstitucionais.<sup>55</sup>

Tanto é assim que ao legislador não escapou amenizar o rigor das declarações de inconstitucionalidade nas ações diretas de inconstitucionalidade,

<sup>54</sup> Conferir: *Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank*, de 1940 (308 U.S. 371) e *Linkletter v. Walker*, de 1965 (381 U.S. 618).

<sup>55</sup> Consultar: RMS nº 17.976-SP (3ª T., v.u., rel. Min. Moacyr Amaral Santos, Aud. De Publ. De 24.09.69) e RE nº 79.343-BA (2ª T., v.u., rel. Min. Leitão de Abreu, DJU, 02.09.77).

prevendo no art. 27 da Lei nº 9.868/99 que, tendo em vista razões de segurança jurídica, ou de excepcional interesse social, o Supremo Tribunal Federal poderá restringir, por dois terços de seus membros, os efeitos da declaração de incompatibilidade vertical, a fim de que esta produza seus efeitos a partir do trânsito em julgado da decisão, ou de outro momento.<sup>56</sup>

Não olvidar que, uma vez admitida possibilidade de orientação posterior do Supremo Tribunal Federal na fiscalização abstrata revolver o que foi soberanamente decidido, com base nos dispositivos legais ora examinados, significa a estes atribuir retroatividade máxima, eficácia que nem mesmo a norma constitucional originária possui por via de regra, mas só excepcionalmente, com a exigência de previsão expressa a respeito.<sup>57</sup>

Mais uma vez com a devida licença, também não partilho do entender segundo o qual as decisões proferidas durante a fiscalização abstrata teriam o condão de atingir as coisas julgadas antecedentes, por o laivo de contrariedade entre tais decisões produzir a inexistência destas últimas.

Penso, qualquer que seja a opção mais adequada, que o problema deva ser resolvido no plano da validade, contanto que a coisa julgada tenha emanado de processo com instauração e desenvolvimento regular.

Isso porque, não obstante tratar-se de tema inçado de fortes controvérsias, preferimos reservar para a categoria dos atos inexistentes aqueles aos quais, no dizer de Antônio Junqueira de Azevedo,<sup>58</sup> faltar um dos elementos próprios ou essenciais. Esta se aparenta a linha de entendimento de Guillermo Borda,<sup>59</sup> ao relatar que, enquanto a nulidade pressupõe um *substractum real*, a fim de ser declarado inválido, o que não existe não pode ser anulado. Por isto, decisão que resulta do devido processo legal, mas que, posteriormente, veio a se pôr em contrariedade com futuro entendimento do Supremo Tribunal Federal, não poderá ser reputada como inexistente.

<sup>56</sup> Prova incontestável do enorme prestígio que a segurança jurídica granjeia está no fato de que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal tornou incidente o comando do art. 27 da Lei nº 9.868/99 também para as decisões que profere no controle concreto, conforme se vislumbra do RE nº 442.683-8-RS (2ª T., v.u., rel. Min. Carlos Velloso, DJU, 24 mar. 2006).

<sup>57</sup> Cf. AgRgem AI nº 258.337-6-MG (1ª T., v.u., rel. Min. Moreira Alves, DJU, 04.08.2000), RE nº 143.807-SP (1ª T., v.u., rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU, 14.04.2000, p. 00052), RE nº 140.499-GO (1ª T., v.u., rel. Min. Moreira Alves, DJU, 09.09.94, p. 23444).

<sup>58</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 61.

<sup>59</sup> BORDA, Guillermo A. *Manual de derecho civil: parte general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 544.

Certo que se poderá redarguir que tais definições se confinam ao campo dos negócios e atos jurídicos do direito privado, não se aplicando à cidadela do direito público.

Ledo engano. Procedendo-se à leitura de Marcelo Rebelo de Sousa,<sup>60</sup> a definição de inexistência não se afigura deveras diversa, centrando-se na ausência de identificação mínima do ato considerado, a qual se dá nas hipóteses de inconstitucionalidade orgânica e formal.<sup>61</sup> Tem-se a falta de identificação orgânica mínima de um ato político do Estado quando: a) não existir órgão autor do ato, ou não se verificar sua suscetibilidade de agir constitucionalmente; b) se dito órgão usurpar funções estatais que lhe são alheias; c) se, num e noutro caso, o vício for manifesto e evidente, a afetar o traçado próprio do ato. Já o ato inexistente por impossibilidade formal de sua identificação mínima sucede quando falte uma formalidade essencial ou um requisito de forma em sentido estrito também reputado essencial, como é o caso, *verbi gratia*, de ausência de promulgação, assinatura ou referenda.

Não se pense que a inexistência é privativa das inconstitucionalidades formais e orgânicas. Nestas é a seara nas quais se faz presente com frequência, o que não exclui sua adequação da inexistência a vícios de ordem material. Afirma o autor que, excepcionalmente, tal será possível e se dá quando o ato do poder político esteja desconforme à Constituição em seus traços essenciais, servindo de exemplo aquele que viola o conteúdo dos direitos fundamentais de tal forma que atinja seu núcleo essencial, ou aqueles que, por exemplo, transformem Portugal num Estado sem soberania, partilhem o seu território, consagrem a monarquia, adotem uma religião oficial, entre outros semelhantes.<sup>62</sup>

No particular dos atos jurisdicionais, remata o autor que a qualificação depreciativa mais intensa inerente à inexistência ocorre nas mesmas circunstâncias nas quais vêm a se manifestar quanto aos demais atos do poder político.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de. O valor jurídico do acto inconstitucional. Lisboa: Gráfica Portuguesa, 1988. p. 159, 164-165, 171-172.

<sup>61</sup> Indispensável anunciar que, no entendimento do autor (SOUSA, op. cit., p. 139-140), além da inconstitucionalidade material, poder-se-á cogitar da inconstitucionalidade formal e da inconstitucionalidade orgânica, resultando esta de bipartição da segunda categoria. A inconstitucionalidade orgânica consiste naquela que diz respeito à generalidade das situações de incompetência do órgão que praticou o ato, ou que traduz a sua ausência.

<sup>62</sup> Lista o autor (SOUSA, op. cit., p. 177-178) outros possíveis atos inexistentes por inconstitucionalidade material.

<sup>63</sup> Consoante o autor (SOUSA, op. cit., p. 324), seguem-se elencos consistentes nas seguintes aparências de atos jurisdicionais que: a) são emanadas de entidade que não é órgão do Estado ou mediante consulta popular; b) provêm de outro órgão do poder político do Estado que

Dessa maneira, não se pode reputar inexistente, por contrária à Constituição, decisão judicial que, pura e simplesmente, posteriormente ao seu trânsito em julgado, venha a colidir com o pensar do Supremo Tribunal Federal, como aquelas que culminaram, no julgamento da juridicidade de planos econômicos, por reconhecer direito adquirido em favor de servidores públicos, ou correntistas de FGTS, cujo desfazimento de tais situações foi o objetivo precípuo da introdução no sistema dos arts. 475-L, II, parágrafo único, e 741, II, parágrafo único, ambos do CPC.

Tampouco se alegue que o legislador, aparelhado pelos sortilégios da promulgação, invalida, ou transforma em inexistente, a coisa julgada, mas tão só lhe acarreta a ineficácia.

Sei que a ineficácia é fenômeno que, além de não coincidente, afigura-se mais amplo do que a nulidade, abrangendo as hipóteses nas quais, por um motivo qualquer, interno ou externo ao ato jurídico, faz com que este não produza os efeitos que lhe são conaturais.

Isto é um ponto que não se contesta. O que não se concebe, de maneira alguma, é a constatação de que o fato que confere a tão decantada ineficácia seja posterior à consolidação no mundo jurídico do ato que se pretende tisonar de ineficaz.

Por isso, somos de que, em casos que tais, não há que se cogitar da ineficácia da coisa julgada, a qual somente poderá sucumbir mediante o ajuizamento, a tempo e modo, da ação rescisória.

Não desconheço, ainda, que, debruçando-se sobre o assunto, Paulo Otero<sup>64</sup> se inclina pela interpretação restritiva do art. 282.º, nº 3º, primeira parte, da Constituição da República Portuguesa, defendendo que a previsão de indenidade dos casos julgados diante de posterior decisão declaratória de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, por parte do Tribunal Constitucional, não deve ser tomada como princípio geral contra a retroatividade de tais deliberações, de modo que somente atinge as situações nas quais foi aplicado dispositivo de lei posteriormente tido como inconstitucional.

---

não participe do desempenho da função jurisdicional; c) são praticados sob coação física, coação moral e estado de necessidade, sendo estes dois últimos manifestos e evidentes; d) não preencham minimamente a definição como ato jurisdicional, tais como aquelas que possuem destinatários pessoas fictícias ou imaginárias e as que não contêm uma verdadeira decisão, ou ainda contêm uma decisão incapaz de produzir qualquer efeito jurídico; e) violem os direitos absolutos, o conteúdo essencial dos demais direitos fundamentais e a essência dos outros princípios integrantes da Constituição material.

<sup>64</sup> OTERO, Paulo. Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional. Lisboa: LEX Edições Jurídicas, 1993. p. 82-85.

Com base nisso, diz o autor que, supondo-se, por exemplo, o atrito do julgado direta e imediatamente com preceito da Constituição, cuja prevalência foi posteriormente assentada pelo Tribunal Constitucional, aquele não poderia subsistir. Quer dizer: a incidência da intangibilidade do caso julgado, prevista no art. 282.º, n.º 3º, primeira parte, somente alcançaria situação onde a sentença aplicou lei declarada inconstitucional posteriormente ao instante no qual o julgado se tornou irrecurível. Não se mostraria apta para abranger, desse modo, outras modalidades de coisa julgada formada ao arrepio da ordem constitucional.<sup>65</sup>

Três motivos, a meu ver, são suficientes para afastar o entendimento acima. Num primeiro aspecto, é de notar-se, conforme se evidenciou linhas atrás, que, em nosso sistema jurídico, a segurança jurídica, seja no âmbito penal ou cível, constitui princípio nuclear.

Noutro passo, o próprio Paulo Otero, cujos ensinamentos não são aceitos com facilidade em solo lusitano,<sup>66</sup> em ponto avançado de sua teorização, deixa patente que o poder legislativo não pode substituir-se ao poder judicial, através do exercício de sua competência para modificar o conteúdo de quaisquer decisões judiciais.

Por isso, acentua que “a inconstitucionalidade do caso julgado não habilita o poder legislativo a emanar uma lei que produza alterações directas sobre decisões individuais ou normativas de qualquer tribunal”, acrescentando ainda que “o legislador também não pode revogar ou suspender uma decisão judicial, mesmo que esta última seja desconforme com a Constituição”.

---

<sup>65</sup> Preciso notar, para fácil percepção, que o autor (OTERO, *op. cit.*, p. 65-75) enumerava várias hipóteses de verificação do caso julgado inconstitucional.

<sup>66</sup> O Tribunal Constitucional português, mediante o Acórdão n.º 310/2005 (1ª Secção, v.u., rel. Cons. Rui Moura Ramos. Íntegra disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 15 mar. 2007), ocasião na qual se discutia, perante o direito constitucional à defesa, constante no art. 20.º da Constituição da República Portuguesa, a constitucionalidade do art. 772.º, n.º 2º, do CPC, ao fixar o prazo de cinco anos para a interposição de recurso de revisão — que, *in casu*, dirigia-se à invalidação de sentença homologatória de partilha — assentou que a total intangibilidade do caso julgado somente poderia ser aferida em ponderação de interesses relativa a confronto de princípios constitucionais. Na situação em comento, deliberou-se pelo não julgamento de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal. Já José de Oliveira Ascensão (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 538), com arrimo no art. 5º, XXXVI, da Constituição vigente, rejeita, categoricamente, a tese da coisa julgada inconstitucional, dizendo: “Deriva daqui um princípio geral do respeito pela coisa julgada. Com efeito, se mesma a coisa julgada formada por acatamento a uma lei que comporte o vício mais grave de todos, a inconstitucionalidade, deve ser respeitada, mais o deverá ser o que se formar de harmonia com qualquer outra lei, viciada ou não. Não pode por isso a lei posterior pôr em causa a coisa julgada”.

Esse remate somente reforça o ponto de vista consoante o qual, por força dos artifícios legislativos em foco, aparenta-se não admissível afastar a eficácia de sentença irrecorrível pelo só fato do Supremo Tribunal Federal, no desempenho da fiscalização abstrata da constitucionalidade, vir a firmar juízo em sentido contrário.

O pensamento do autor, com a merecida reverência, subverte a lógica e a tradição jurídica. Isto em face da interpretação restritiva constituir método aplicável às normas que limitam direitos, máxime fundamentais. Desse modo, configura manifesta impropriedade seu emprego para coarctar a autoridade do caso julgado. Contrariamente, seria a garantia da segurança jurídica que deve ser considerada hábil para justificar possível amplitude do mencionado art. 282.º, nº 3º, da Constituição da República Portuguesa.

Ainda em torno das fontes lusitanas, não poderia olvidar referência a Jorge Barcelar Gouveia,<sup>67</sup> em escrito no qual se dedica ao exame do valor positivo dos atos inconstitucionais<sup>68</sup> do poder político, ao enfatizar que tal fenômeno, o qual, demais de ter sua solução de conformidade com as normas de cada ordenamento, estende-se aos confins das sentenças, desde que: a) estejam em contradição com a Lei Maior; b) não colocar em perigo a identificação do núcleo essencial da Constituição, nos termos enunciados por Marcelo Rebelo de Sousa há pouco mencionados; c) relacione-se a requisitos de perfeição, o que ocorre com decisão judicial que transita em julgado após seguir o devido processo legal.

Noutra passagem, mais à frente, o autor desbarata, com golpe pungente, a possibilidade de ineficácia de decisão judicial em face de posterior entendimento do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, ao asseverar que, em casos que tais, somente há que se cogitar de inconstitucionalidade originária, devendo prevalecer o princípio do *tempus regit actum*, afastando-se a inconstitucionalidade superveniente, porque esta conduz à alteração do padrão aferidor da incompatibilidade vertical. Daí, com as devidas adaptações, ser preciso que a ineficácia, decorrente de suposta inconstitucionalidade de decisão transitada em julgado decorra de atrito com orientação anteriormente sufragada pelo Pretório Excelso e não daquelas que, posteriormente, venham

---

<sup>67</sup> GOUVEIA, Jorge Barcelar. O valor positivo do ato inconstitucional. Reimpressão. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1992. p. 20, 41-42, 69.

<sup>68</sup> O valor positivo de ato inconstitucional traduz justamente a ausência de consequências negativas de uma inconstitucionalidade de ato do poder político do Estado. Diz respeito à ineficácia, caracterizada por privar o ato jurídico de sua eficácia própria ou específica.

a ser firmadas por este. O parâmetro há de ser suscetível de verificação no presente.

A *vexata quaestio*, que se encontra pendente de resposta perante o Pretório Excelso no RE nº 586.068-0-PR,<sup>69</sup> cuja repercussão geral foi admitida, teve seu desenlace, na forma aqui proposta, pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 745.862-RS.<sup>70</sup>

Resta-nos, com ansiedade, aguardar o desfecho do dilema, que se aguarda propenda pelo respeito à segurança das relações jurídicas não somente com base na teorização dos juriconsultos, mas pela sabedoria dos prudentes, pois, como certa feita disse Ariano Suassuna,<sup>71</sup> em trabalho originalmente escrito em 2000, a propósito de reforma ortográfica: “De outra parte, escrevo sempre com y os nomes de Sylvio Romero ou Euclides da Cunha: a meu ver, as reformas só podem atingir, assim mesmo com as reservas apontadas, o presente e o futuro: o passado nunca”.

#### IV Síntese conclusiva

Expostas tais considerações, sugere-se a formulação dos seguintes re-mates:

a) a paulatina junção entre o modelo concreto e o abstrato de controle de constitucionalidade, aliada à multiplicidade de conflitos de interesses surgidos com base no nosso amplíssimo texto magno, vem produzindo, pela demora da resolução das questões constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, fenômeno consistente na contrariedade, cada vez mais presente, entre as orientações daquele e as dos demais juízos e tribunais, o que levou

<sup>69</sup> Mv, rel. Min. Ellen Gracie, DJe, 21.08.2008.

<sup>70</sup> É de transcrever trecho significativo da ementa: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO APÓS O ADVENTO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 741 DO CPC PELA MP Nº 2.180-35/2001, MAS ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RE Nº 313.382/SC, JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NÃO APLICABILIDADE DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL À ESPÉCIE. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. 1. Não obstante as normas processuais deverem incidir imediatamente, inclusive, nos processos pendentes de julgamento, todavia, as situações jurídicas consolidadas na vigência de lei anterior devem ser respeitadas, em observância ao instituto da coisa julgada. 2. In casu, tendo o decisum, que reconheceu o direito do beneficiário, transitado em julgado após a edição da Medida Provisória que acrescentou o parágrafo único ao art. 741 do CPC, mas antes da publicação da decisão do STF no julgamento do RE 313.382/SC, que declarou a constitucionalidade do termo “nominal” contido no inciso I do art. 20 da Lei nº 8.880/94, convalidando, assim, a forma de cálculo adotada pelo INSS, há de ser assegurada a execução do título judicial, sob pena de violação ao instituto da coisa julgada. Precedentes da Sexta Turma desta Corte. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ, 6ª T., rel. Min. Carlos Fernando Mathias, DJ 10.12.2007, p. 454).

<sup>71</sup> SUASSUNA, Ariano. Almanaque armorial. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008. p. 279.

o legislador, na pretensão de equacionar o problema, a promulgar os arts. 475-L, II, e 741, II, parágrafo único, ambos do CPC;

b) não obstante a maioria dos posicionamentos doutrinários, o disposto nos arts. 475-L, II, e 741, II, parágrafo único, ambos do CPC, não abrangem as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas no âmbito da fiscalização concreta, o que se justifica em face da quase totalidade da doutrina pátria sobre o assunto vislumbrar, desde 1891 até a Constituição de 1988, que tais deliberações somente atingem o caso julgado, dependendo sua extensão *erga omnes*, a partir de 1934, à intervenção do Senado Federal; reforça este entendimento seja o recurso à interpretação sistemática, pois, em se concluindo diferentemente, equivaleria tornar sem efeito o instituto da súmula vinculante, seja porque eventual mutação constitucional encontra o estorvo da aberta contradição com o próprio texto constitucional;

c) ditas inovações legais são inaplicáveis quando a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato, vir a lume posteriormente à formação regular da coisa julgada, porquanto, no particular, o nosso sistema, a exemplo de outros ordenamentos, prestigiou como valor preponderante a segurança jurídica, a qual se mantém hígida mesmo diante do efeito vinculativo da decisão do Pretório Excelso; demonstração insofismável disto está, além do art. 5º, XXXVI, da Lei Maior, no relevo que o legislador infraconstitucional vem ofertando à preservação de situações consolidadas (art. 4º, Lei nº 11.417/2006; art. 5º, §3º, Lei nº 9.882/99; art. 27, Lei nº 9.868/99; art. 2º, parágrafo único, II, da Lei nº 9.784/99), sem contar, neste aspecto, tradicional jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal que, a despeito da nulidade *ex tunc* do ato inconstitucional, projeta exceções significativas.

---

**Res Judicata Versus Supervision of Constitutionality – Notes for Understanding the Articles 475-L, II, §1º, and 741, II, Sole Paragraph of the CPC**

**Abstract:** Approaches the relationship between *res judicata* and declaration of unconstitutionality of law, facing the questions about the application of arts. 475-L, II, §1º, and 741, II, sole paragraph, of the CPC, the judgments handed down by the Supreme Federal Court within the scope of the supervision on constitutionality. Also, it is treated the questioning about the application of those articles in the case of *res judicata* formed prior to the decision of the Supreme Federal Court.

**Key words:** *Res judicata*. Constitutionality. Code of Civil Procedure.

---

## Referências

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2. ed. Campinas: Russel, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- BORDA, Guillermo A. *Manual de derecho civil: parte general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.
- BREGALDA, Gustavo. Artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil: efeitos do controle de constitucionalidade na execução de sentença contra a Fazenda Pública. In: CONRADO, Paulo César; BENÍCIO, Sérgio Gonini. *Temas controvertidos de processo civil e tributário*. São Paulo: Editora Federal, 2006.
- CAVALCANTI, Amaro. *Regime federativo e a república brasileira*. Brasília: Ed. UnB, 1983.
- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra; SANTOS, Roberta Lúcia Costa Ferreira Dias dos. Da competência dos presidentes dos tribunais em sede de precatórios judiciais fundados em títulos inconstitucionais para preservação da autoridade do STF: a flexibilização da coisa julgada. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 41, ago. 2006.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- CICCONETTI, Stefano Maria. *Lezioni di giustizia costituzionale*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2006.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- DANTAS, Ivo. *Constituição e processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.
- DIAS, Francisco Barros. Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional. Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br/htm/doutrina.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2009.
- FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*. Salvador: JusPodivm, 2009.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- GOUVEIA, Jorge Barcelar. *O valor positivo do acto inconstitucional*. Reimpressão. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.
- HESSE, Konrad. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996. Constitución y Derecho Constitucional.
- LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Brasília: Senado Federal, 2003.
- LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa Julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública (ex vi art. 741, parágrafo único, do CPC). *Revista de Processo*, São Paulo, ano 31, n. 141, nov. 2006.

- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das Constituições rígidas*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. t. VI.
- OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: LEX Edições Jurídicas, 1993.
- PALADIN, Livio. *Diritto costituzionale*. 3ª ed. Padova: Cedam, 1998.
- PÉREZ TREMPES, Pablo. *Tribunal constitucional y poder judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 2001. v. 3.
- PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1, de 1969. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. t. III.
- RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Gráfica Portuguesa, 1988.
- SUASSUNA, Ariano. *Almanaque armorial*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional: Código de Processo Civil, artigo 741, parágrafo único. *Revista dos Tribunais*, ano 94, v. 841, nov. 2005.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 125, jul. 2005.

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

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Coisa julgada versus fiscalização de constitucionalidade: apontamentos para compreensão dos artigos 475-L, II, §1º, e 741, II, parágrafo único, do CPC. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 151-181, jan./mar. 2012.

Recebido em: 17.11.11

Aprovado em: 15.03.12