
AÇÃO RESCISÓRIA COMO MEIO DE CONTROLE DE DECISÃO FUNDADA EM LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF

Fabiano Carvalho*

1. Inconstitucionalidade e seu controle

O vocábulo *inconstitucional* significa algo inconciliável com a Constituição.

A inconstitucionalidade é um fenômeno suscetível de ser descrito ao investigar-se a relação existente entre a *Constituição* e determinado *comportamento*.

De acordo com sólida doutrina constitucionalista, “constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, ou seja, a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não em seu sentido” (MIRANDA, 2008, p. 9; MIRANDA, 2007, p. 11).

O sistema constitucional identifica precisamente os “comportamentos” incompatíveis com a Constituição e impõe o controle de constitucionalidade, que, de acordo com a competência de cada órgão, poderá ser exercido pelos três Poderes da República: Executivo (art. 66, § 1º, da Constituição Federal – CF), Legislativo (art. 52, X, da CF) e Judiciário (arts. 97, 102, I, *a e p*, 102, III, *a, b e c*, e 103, da CF).

Especificamente sobre o modelo de controle da constitucionalidade judicial, também denominado de *repressivo*, o mesmo pode ser classificado segundo o número de órgãos exercitantes e o modo de exercício.

Com relação ao número de órgãos, o controle de constitucionalidade poderá ser *difuso*, realizado por todos os órgãos da jurisdição, ou *concentrado*, exercido por um órgão judicial (Supremo Tribunal Federal – STF, art. 102, I, da CF).

No que toca ao modo de exercício, o controle de constitucionalidade poderá ser *incidental* ou *principal*. Incidental, pela via da exceção, no qual a questão de inconstitucionalidade é fundamento da causa de pedir e a decisão produz efeitos *inter*

* FABIANO CARVALHO é Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). É Professor do Curso de Especialização em Direito Processual Civil na PUC/SP, Professor Adjunto da Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP) e Advogado.

partes. Principal, via de ação direta, na qual a questão da inconstitucionalidade é suscitada como pedido, cuja decisão possui eficácia *erga omnes*.

Para o presente trabalho, interessa examinar com mais atenção o controle de constitucionalidade concentrado e principal.

A Constituição qualificou o STF como guarda da Constituição. Por esse motivo, reservou-lhe, com exclusividade, a competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, da CF), porquanto esse órgão é o intérprete maior da Constituição e constitui centro da jurisdição constitucional (SILVA, 2005, p. 536).

O objeto da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade é o pedido de pronunciamento do STF a respeito da interpretação da lei (*lato sensu*) em relação à Constituição. Cumpre ao tribunal “manifestar-se especificamente acerca da validade de uma lei e, conseqüentemente, sobre sua permanência ou não no sistema” (BARROSO, 2006, p. 134).

Aqui, coloca-se em discussão um problema bastante comum: se a decisão de mérito, transitada em julgado, fundar-se em norma declarada inconstitucional, ou em interpretação tida como incompatível com a Constituição, pela via da ação direta de inconstitucionalidade, poderá ser impugnada pela ação rescisória?

2. Questão terminológica: coisa julgada “inconstitucional”

Antes de expor os fundamentos para a solução do problema, convém pôr em relevo uma observação de ordem terminológica.

A decisão de mérito transitada em julgado que está assentada em norma declarada inconstitucional pelo STF na via do controle abstrato não *produz* “coisa julgada inconstitucional”, como indicam respeitabilíssimos setores da doutrina¹, com eco na jurisprudência².

A coisa julgada, elevada a garantia constitucional (art. 5º, XXXVI, da CF), é qualidade que torna indiscutível e imutável o comando da parte dispositiva da decisão de mérito não mais sujeita a recurso (art. 467 do Código de Processo Civil – CPC) nem a reexame necessário (art. 475 do CPC)³. Se inconstitucional significa *inconciliável* ou

¹ É o que se verifica no título da obra coletiva (*Coisa julgada inconstitucional*) organizada por Carlos Valder do Nascimento e José Augusto Delgado (2006).

² STJ, AgRg na Pet 1844/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 23/6/2008; REsp 883.338/AL, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 1/10/2007.

³ Ver, por todos, Barbosa Moreira (1984, p. 107-108).

incompatível, não parece ser adequado atribuir ao instituto da coisa julgada a qualificação de “inconstitucional”. Afigura-se ser inconciliável com a Constituição a decisão de mérito fundada em norma declarada inconstitucional, ou em interpretação tida como incompatível com a Constituição. A coisa julgada é apenas o fenômeno que reveste a referida decisão, tornando-a estável.

Com propriedade, Barbosa Moreira diz: “o que se concebe seja incompatível com a Constituição é a sentença (*lato sensu*): nela própria, e não na sua imutabilidade (ou na de seus efeitos, ou de uma e outros), é que se poderia descobrir contrariedade a alguma norma constitucional” (BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 236-237).

Ultrapassada a questão de nomenclatura, a decisão fundada em norma declarada inconstitucional ou incompatível com a Constituição pode ser objeto de impugnação. Antes do trânsito em julgado, compete à parte, ao Ministério Público ou ao terceiro interessado interpor o recurso cabível, de acordo com o pronunciamento impugnado.

No entanto, depois do trânsito em julgado, sobretudo se a decisão for revestida pela autoridade da coisa julgada material, o problema ganha contornos mais complexos. Mais especificamente, questiona-se se tal decisão fica ou não sujeita ao controle da ação rescisória (art. 485 do CPC).

3. Decisão inconstitucional e decisão inexistente

À primeira vista, a expressão “decisão inexistente” parece contradizer-se em seus próprios termos. *Decisão* concebe a ideia de um *ato processual*, resultante de uma atividade cognitiva desenvolvida pelo órgão jurisdicional sobre o pedido e as mais diversas questões que despontam no curso do procedimento.

Decisão é algo que existe.

Prender o termo “decisão” ao termo “inexistente” encerraria verdadeira contradição. Por fundamento lógico, seria difícil admitir a categoria “decisão inexistente” na teoria das nulidades processuais, porquanto os vícios somente alcançariam decisões existentes.

Essa divisão lógica levou alguns doutrinadores a negarem a categoria de *ato processual inexistente*⁴.

⁴ V. Francesco Carnelutti (1955, p. 209). Em outra obra, Carnelutti (1938, p. 489) sustentou posicionamento diverso.

Modernamente, a doutrina admite, com certa tranquilidade, a existência dessa categoria, dentre eles a *decisão inexistente*⁵.

O que se quer manifestar com a locução *decisão inexistente* é um ato processual que não tem substância jurídica e que “não se formou para o Direito” (GOMES, 1995, p. 469).

A justificativa dessa classe liga-se ao interesse teórico e, sobretudo, ao proveito prático⁶.

No âmbito da teoria das nulidades dos atos processuais, a doutrina considera a inexistência como “vício” que se manifesta com maior intensidade (MONIZ DE ARAGÃO, 1998, p. 260; MONTELEONE, 2001, p. 150-151). A inexistência mostra-se como o “grau máximo da *ineficácia*” (VELOSO, 2005, p. 135). É o “não ser” do ato processual (COUTURE, 1997, p. 377).

O ato inexistente caracteriza-se pela falta de qualquer elemento essencial à sua constituição e existência no plano jurídico. Se juridicamente inexistente, nesse plano, o ato é ineficaz, insuscetível de produzir efeitos substanciais e processuais. A inexistência de um ato processual opera por si mesma ineficácia.

Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p. 283 e ss.) desenvolveu o tema com profundidade e concluiu pela existência das decisões juridicamente inexistentes. Segundo a renomada processualista, a inexistência decorre de um comprometimento da natureza do ato decisório (v.g., decisão proferida por quem não exerce função jurisdicional) ou porque o ato decisório está comprometido por defeitos graves ocorridos no curso do procedimento (v.g., petição inicial sem assinatura do advogado).

Naturalmente, concebe-se que o ato inexistente não é alcançado pela preclusão ou pela coisa julgada, e também não pode ser convalidado⁷.

Diz-se que o ato inexistente é um *não-ato* ou um *não-provimento*⁸.

⁵ Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p. 284 e ss.); Calmon de Passos (2002, p. 89 e ss.); Roque Komatsu (1991, p. 157 e ss.); Aroldo Plínio Gonçalves (2000, p. 70 e ss.); Eduardo Talamini (2005, p. 284 e ss.). No direito estrangeiro: Chiara Besso (1996, p. 158 e ss.); Comoglio-Ferri-Taruffo (1998, p. 356-359); Marcelo J. López Mesa (1998, p. 285 e ss.).

⁶ V. Giuseppe Chiovenda (1969, p. 324); Calmon de Passos (2002, p. 91); Roque Komatsu (1991, p. 159). Aroldo Plínio Gonçalves escreveu que “no processo, o ato inexistente adquire relevância pelas consequências jurídicas que podem advir de sua ocorrência, na cadeia do procedimento (GONÇALVES, 2000, p. 71).

⁷ Na jurisprudência: a “sentença juridicamente inexistente não é apta à formação da coisa julgada e, portanto, não fica acobertada por tal autoridade” (STJ, REsp 156.483/AL, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 12/2/2007. Equivocada a decisão ao considerar que os “defeitos processuais das decisões judiciais são corrigidos por via da ação rescisória, mas os defeitos da base fática que retiram da sentença a sua sedimentação, tornando-a nula de pleno direito ou inexistente, podem ser corrigidos, como os demais atos jurídicos, pela relatividade da coisa julgada nula ou inexistente” (RF 382/313). Não há falar-se em “relativização” de coisa julgada quando se tratar de ato inexistente.

⁸ V. Calmon de Passos (2002, p. 103). Na doutrina estrangeira: Comoglio-Ferri-Taruffo (1998, p. 357).

Em razão de ter aparência de um ato processual, no plano fático, reconhece-se a possibilidade de o ato inexistente produzir efeitos. Cabe registrar, entretanto, que o resultado ou o produto originado do ato inexistente não tem capacidade de transformá-lo em um ato existente e eficaz no plano jurídico.

Sustenta-se que a decisão de mérito, proferida com base em lei e posterior ação declaratória de inconstitucionalidade julgada procedente, rigorosamente, não necessitaria ser objeto de ação rescisória, “já que a decisão que seria alvo de impugnação seria juridicamente inexistente, pois que baseada em ‘lei’ que não é lei (‘lei’ inexistente)”. Segundo essa prestimosa doutrina, “a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art. 495 do CPC, intentar ação declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação” (WAMBIER, 2007; WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 43).

Esse posicionamento, nada obstante tenha sido exposto por uma das grandes autoridades do processo civil e com valiosos fundamentos, merece algumas ponderações.

A decisão alcançada por um vício de inconstitucionalidade não representa necessariamente a aparência de ato jurídico.

Não é, contudo, tal discrepância, por si só, que a persistência desse vício permitiria concluir que a decisão estivesse desprovida de elementos estruturais mínimos para enquadrar-se no campo da (in)existência dos atos jurisdicionais. Acrescente-se, ainda, que a decisão inconstitucional produz efeitos fáticos e jurídicos e, em razão disso, está submetida a controle por mecanismos previstos na Constituição.

Naturalmente se concebe que “apenas as decisões judiciais com o mínimo de identificabilidade são passíveis de um juízo de inconstitucionalidade” (OTERO, 1993, p. 64). Com isso, juridicamente, não é possível falar em *decisão inconstitucional inexistente*.

Destaque-se, ainda, outro argumento que afasta, de maneira decisiva, a tese da inexistência. O art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, que confere poderes ao STF para, por maioria de dois terços de seus membros (*quorum* qualificado), restringir os efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou, ainda, de outro momento que venha a ser fixado, mediante a utilização de critérios para adequar os efeitos da inconstitucionalidade às mais diversas situações.

A prevalecer a tese da “inexistência”, em algumas situações a decisão tomada em sede de controle abstrato de constitucionalidade assumiria o *status* de verdadeira cláusula condicional para a existência de determinados atos jurisdicionais, fato que traria consequências gravosas aos princípios da segurança e da estabilidade das relações jurídicas.

Conclui-se que a decisão fundada em lei declarada inconstitucional, pela via da ação direta de inconstitucionalidade, não configura ato inexistente⁹.

4. Ação rescisória contra decisão inconstitucional

A decisão fundada em norma inconstitucional é decisão juridicamente existente. Resta saber se ela é ou não rescindível.

Do exame do objeto do juízo rescindente, é possível afirmar que, se a decisão for de mérito, qualquer que seja ela, independentemente do fundamento, sujeita-se, na generalidade dos casos, à rescisão¹⁰.

O problema da rescindibilidade da decisão de mérito fundada em norma declarada inconstitucional pelo STF é questão que se insere nos motivos rescisórios, e não no objeto da rescisão.

Não se afigura correta, ao menos em tese, afirmar que o efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade do preceito infraconstitucional é causa motivadora para ajuizar a ação rescisória. Esses casos, na realidade, comportam ação rescisória fundada na violação a literal disposição de lei (Constituição Federal)¹¹.

⁹ V. Barbosa Moreira (2007, p. 238); Theodoro Júnior e Cordeiro de Faria (2002, p. 148). Com escopo no direito português, no mesmo sentido do texto: Paulo Otero (1993, p. 63-65). Marcelo Rebelo de Sousa admite que a inconstitucionalidade da decisão judicial poderá gerar um ato nulo ou inexistente. Segundo essa doutrina, são qualificáveis como atos inexistentes “as aparências de actos jurisdicionais que violem os direitos absolutos, o objecto ou conteúdo dos demais direitos fundamentais e a essência dos outros princípios integrantes da Constituição material” (SOUZA, 1988, p. 325).

¹⁰ É assentada a jurisprudência do STF sobre a eficácia *ex tunc* de decisão proferida em controle concentrado e que, como tal, legitima a ação rescisória de sentença que a contrarie, ainda que anterior (STF, AgReg na Recl. 2.600/SE, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 14/9/2006). No mesmo sentido: “Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão. Não se pode diminuir a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal com a manutenção de decisões divergentes. Assim, se somente por meio do controle difuso de constitucionalidade, portanto, anos após as questões terem sido decididas pelos Tribunais ordinários, é que o Supremo Tribunal Federal veio a apreciá-las, é a ação rescisória, com fundamento em violação de literal disposição de lei, instrumento adequado para a superação de decisão divergente” (STJ, RE 328.812/AM, Rel. Gilmar Mendes, DJ de 11/4/2003).

¹¹ V. Alfredo Buzaid (1958, p. 138); Angelina Mariz de Oliveira (2005, p. 143); Izabelle Albuquerque Costa Maia (2005, p. 214). Oswaldo Luiz Palu assenta que “há que se lembrar que a inconstitucionalidade de uma lei declarada pelo Supremo implica que o vício existia desde a origem; a sanção, entretanto, pode não ser a nulidade *ex tunc*, e o mesmo diga-se da posição que firma a constitucionalidade: desde o início a lei estava escoreta de vícios. Não há prazo para a ação que

É importante registrar que a decisão de declaração de inconstitucionalidade não tem efeito rescindente, isto é, não desconstitui a coisa julgada que revestiu a decisão de mérito fundada no ato declarado inconstitucional. Nesse aspecto, a Constituição portuguesa é específica ao estabelecer que “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”¹².

A declaração de inconstitucionalidade da lei não impede que decisão, transitada em julgado, seja revestida pela autoridade da coisa julgada material. A ocorrência dessa situação permite, na generalidade dos casos, o ajuizamento da ação rescisória para dissolver a coisa julgada e rescindir a decisão assentada na norma declarada inconstitucional.

Seja-nos permitido, a essa altura, certa digressão para assentar a inaplicabilidade da Súmula 343 do STF. Segundo esse Verbete, não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

Essencialmente, diferentemente da súmula vinculante compreende-se que a Súmula 343 do STF tem natureza persuasiva¹³, portanto, com força *relativa*, e não impede o ajuizamento da ação, muito menos veda seja julgado o mérito da causa (WAMBIER, 2008, p. 521).

No caso de ação rescisória fundada em violação a literal disposição da CF, pois, caso contrário, seria circunstância afrontosa à força normativa da CF e, também, ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional, aplicar a Súmula 343 do STF. Admitir a aplicação da orientação contida no aludido verbete em matéria de interpretação constitucional significaria fortalecer as decisões das instâncias ordinárias em detrimento das decisões do STF.

objetiva a declaração de inconstitucionalidade, mas há prazo para que se proponha a ação rescisória contra o julgado inferior, prazo esse que deve ser observado” (PALU, 2001, p. 238). Na jurisprudência, no mesmo sentido do texto: STF, RMS 17.976/SP, Rel. Min. Amaral Santos, DJ de 13/9/1968. No voto, para a hipótese, consignou-se ser impossível a utilização do mandado de segurança. Celso Ribeiro Bastos parece admitir que a ação rescisória não seria o único meio ao sustentar que “a coisa julgada há de ceder, toda vez que contra ela sobrelevem razões mais altas e princípios de maior alcance” (BASTOS, 2002, p. 220-221).

¹² Ao comentar o dispositivo constitucional português, Jorge Miranda ensina que “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” (MIRANDA, 2008, p. 290).

¹³ Sobre a súmula persuasiva, v. Fabiano Carvalho (2008, p. 105 e ss.).

O próprio STF já admitiu que “tal prática afigura-se tanto mais grave se se considerar que no sistema geral de controle de constitucionalidade das leis a voz do STF somente será ouvida depois de anos de interpretação controvertida, para manutenção de julgado desenvolvido contra a orientação da Corte constitucional, significa afrontar a efetividade da Constituição”¹⁴⁻¹⁵.

As razões que explicam esse tratamento diferenciado centram-se na

supremacia jurídica da Constituição, cuja interpretação não pode ficar sujeita à perplexidade, e a especial gravidade de que se reveste o descumprimento das normas constitucionais, mormente o vício da inconstitucionalidade das leis. O exame desta orientação em face das súmulas revela duas preocupações fundamentais da Corte Suprema: a primeira, a de preservar, em qualquer circunstância, a supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários; a segunda, a de preservar a sua autoridade de guardião da Constituição, de órgão com legitimidade constitucional para dar a palavra definitiva em temas relacionados com a interpretação e a aplicação da Carta Magna (ZAVASCKI, 2001, p. 132, 133).

Por necessidade de coerência do ordenamento jurídico, a decisão de mérito, assentada no ato declarado inconstitucional e transitada em julgado, pode ser objeto de

¹⁴ STF, RE 328.812/AM, Rel. Gilmar Mendes, DJ de 11/4/2003. Na doutrina: Teori Albino Zavascki (2001, p. 128-136). Com interpretação mais ampla, Teresa Arruda Alvim Wambier (2002, p. 521-543).

¹⁵ Em recentíssimo julgamento, por meio do primoroso voto do Min. Teori Albino Zavascki, proferido no REsp 1.026.234/DF, DJ de 11/6/2008, o STJ decidiu que: “A súmula 343/STF, editada antes da Constituição de 1988, tem origem na doutrina (largamente adotada à época, inspiradora também da súmula 400/STF) da legitimidade de interpretação razoável da norma, ainda que não a melhor, permitindo assim que a respeito de um mesmo preceito normativo possa existir mais de uma interpretação e, portanto, mais de um modo de aplicação. Ao criar o STJ e lhe dar a função essencial de guardião e intérprete oficial da legislação federal, a Constituição impôs ao Tribunal o dever de manter a integridade do sistema normativo, a uniformidade de sua interpretação e a isonomia na sua aplicação. O exercício dessa função se mostra particularmente necessário quando a norma federal enseja divergência interpretativa. Mesmo que sejam razoáveis as interpretações divergentes atribuídas por outros tribunais, cumpre ao STJ intervir no sentido de dirimir a divergência, fazendo prevalecer a sua própria interpretação. Admitir interpretação razoável, mas contrária à sua própria, significaria, por parte do Tribunal, renúncia à condição de intérprete institucional da lei federal e de guardião da sua observância. Por outro lado, a força normativa do princípio constitucional da isonomia impõe ao Judiciário, e ao STJ particularmente, o dever de dar tratamento jurisdicional igual para situações iguais. Embora possa não atingir a dimensão de gravidade que teria se decorresse da aplicação anti-isonômica da norma constitucional, é certo que o descaso à isonomia em face da lei federal não deixa de ser um fenômeno também muito grave e igualmente ofensivo à Constituição. Os efeitos da ofensa ao princípio da igualdade se manifestam de modo especialmente nocivo em sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado: considerada a eficácia prospectiva inerente a essas sentenças, em lugar da igualdade, é a desigualdade que, em casos tais, assume caráter de estabilidade e de continuidade, criando situações discriminatórias permanentes, absolutamente intoleráveis inclusive sob o aspecto social e econômico. Ora, a súmula 343 e a doutrina da tolerância da interpretação razoável nela consagrada têm como resultado necessário a convivência simultânea de duas (ou até mais) interpretações diferentes para o mesmo preceito normativo e, portanto, a cristalização de tratamento diferente para situações iguais. Ela impõe que o Judiciário abra mão, em nome do princípio da segurança, do princípio constitucional da isonomia, bem como que o STJ, em nome daquele princípio, também abra mão de sua função nomofilática e uniformizadora e permita que, objetivamente, fique comprometido o princípio constitucional da igualdade. É relevante considerar também que a doutrina da tolerância da interpretação razoável, mas contrária à orientação do STJ, está na contramão do movimento evolutivo do direito brasileiro, que caminha no sentido de realçar cada vez mais a força vinculante dos precedentes dos Tribunais Superiores”.

rescisão pela via da ação rescisória, porque esse ato jurisdicional coloca em risco a própria força jurídica suprema da CF, tendente a desencadear uma série de efeitos negativos¹⁶.

É preciso asseverar que o CPC estabelece prazo decadencial de dois anos (art. 495 do CPC) para propor ação rescisória. Isso vale também para a ação rescisória que tenha por objeto decisão fundada em norma declarada inconstitucional, não ajuizada ao tempo previsto em lei. Aqui é importante não confundir gravidade do vício rescisório com o prazo para o exercício do meio jurídico destinado a rescindir a decisão fundada em lei declarada inconstitucional pelo STF.

5. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e ação rescisória

A decisão de inconstitucionalidade de lei pode constituir fator de incerteza e de insegurança jurídica, colidir com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos ou apresentar-se como uma solução politicamente inoportuna (MEDEIROS, 1999, p. 673).

A estabilidade das relações jurídicas diante da fiscalização abstrata da constitucionalidade exercida pelo STF torna-se assunto de mais alta complexidade por envolver dois princípios nucleares do sistema jurídico: O princípio da segurança jurídica e o princípio da certeza do direito¹⁷.

Por desempenhar função política, o STF, no julgamento das ações de controle abstrato da constitucionalidade, não se limita à prática de mero exercício de subsunção.

Em casos efetivamente excepcionais, o art. 27 da Lei nº 9.869, de 1999, confere ao STF poderes para limitar a eficácia temporal da decisão declaratória de

¹⁶ Walter Piva Rodrigues também admite que essa decisão é rescindível, o que está de acordo com o texto. Entretanto, não pode ser aceita a proposta feita pelo emérito professor da Universidade de São Paulo que, ao analisar a coisa julgada no aspecto tributário, indica termo inicial para a propositura da ação rescisória a partir do trânsito em julgado da ação direta de inconstitucionalidade (RODRIGUES, 2008, p. 117). Recusa-se o entendimento pelos seguintes motivos: o prazo para a propositura da ação rescisória é estabelecido pela lei. Trata-se de prazo decadencial, que, segundo a linha do sistema de direito brasileiro, como regra, não está sujeito a interrupção ou suspensão (art. 207 do Código Civil). Além disso, a decisão proferida em sede de controle abstrato não será o objeto de rescisão e, conseqüentemente, não é determinante para a contagem do prazo para o ajuizamento da ação rescisória. O termo inicial para a propositura da ação rescisória conta-se a partir do trânsito em julgado da decisão rescindível ou, como se tem entendido, do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo (cf., por todos, Athos Gusmão Carneiro, 2004), embora com certa divergência (cf. Barbosa Moreira, 2007, p. 168-177).

¹⁷ Nesse sentido, mas com ênfase no direito tributário, v. Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 263-264).

inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, para preservar situações jurídicas constituídas no decurso da vigência da norma declarada inconstitucional¹⁸.

Com a limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, procura-se preservar os imperativos da segurança jurídica e de altos interesses sociais inerentes ao Estado Democrático de Direito. À luz do princípio da proporcionalidade, evita-se, numa linha de ponderação axiológica de bens jurídicos afetados pelas consequências do provimento do STF, que os efeitos dessa decisão possam vir a prevalecer, para além de uma justa medida, sobre outros valores jurídicos e interesses públicos que também são dignos de especial proteção constitucional (MORAIS, 2005, p. 282).

A tal poder, a doutrina convencionou denominar de “modulação dos efeitos da decisão tomada em sede de controle abstrato de constitucionalidade” (AGRA, 2008, p. 149)¹⁹.

Em atenção, precisamente, à necessidade de consolidar a força normativa da CF, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade assume caráter excepcional. Por isso, diz-se que a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade está condicionada pelo princípio da proporcionalidade (MEDEIROS, 1999, p. 696) na sua tríplice vertente: *necessidade, adequação e racionalidade* (MIRANDA, 2008, p. 301).

Ao limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o STF assegura que não será alterada a qualificação jurídica do fato passado que foi objeto de decisão acobertada pela autoridade da coisa julgada material, muito embora o provimento jurisdicional tenha sido fundado em norma declarada inconstitucional.

A restrição dos efeitos da decisão do STF salvaguarda a *pós-atividade* da decisão fundada em norma inconstitucional revestida pela autoridade da coisa julgada material²⁰. A garantia de preservação das situações anteriores à declaração de inconstitucionalidade da norma desautoriza o ajuizamento da ação rescisória.

¹⁸ O art. 282, n. 4, da Constituição de Portugal estabelece que “quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2”.

¹⁹ A expressão “modulação dos efeitos” também é conhecida por “sentenças manipulativas” (MORAIS, 2005, p. 240).

²⁰ Essa situação pode, em certa medida, ser comparada com a revogação das leis. Em estudo digno dos maiores elogios, e que pode ser aproveitado pelo texto acima, Fernando Noronha estabelece a diferença entre *retroatividade* e *pós-atividade* das leis: “Quando temos retroatividade a lei nova passa a ter, ao mesmo tempo, aplicação a fatos presentes (imediatividade) e a fatos passados (retroatividade). Quando temos pós-atividade, a eficácia imediata da lei nova é diminuída em sua extensão, na medida em que determinados fatos a serem produzidos durante o seu tempo de vigência vão ser regidos pela lei revogada, como se esta permanecesse em vigor” (NORONHA, 1998, p. 96).

Na hipótese de restringir-se a eficácia da decisão proferida na ação de controle abstrato, a ação rescisória contribuiria para o desequilíbrio do sistema jurídico, porque a renovação da causa levaria a que se discutissem novamente situações jurídicas regulamentadas pela decisão fundada na norma declarada inconstitucional, de modo a abalar certas dimensões do interesse público e múltiplas manifestações e expectativas do interesse privado.

Ao delimitar os efeitos do provimento declaratório de inconstitucionalidade do STF, reconhece-se o *valor positivo da norma inconstitucional*²¹.

O art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, emprega a expressão “segurança jurídica”. Com efeito, a coisa julgada, entendida como a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva do provimento jurisdicional de mérito, está vinculada ao princípio da segurança jurídica. A restrição da eficácia da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade fortalece a tese da segurança jurídica que provém da coisa julgada.

Nessas hipóteses, nada obstante estejam previstos os pressupostos para o seu cabimento, isto é, decisão de mérito transitada em julgado, um dos motivos rescisórios (art. 485 do CPC) e inexistência de decadência (art. 495 do CPC), poderá não ser admitida a ação rescisória ou, ainda, ser restringido o objeto de rescisão²².

A dilucidação estabelecida acima permite entender a permanência da decisão fundada em ato contrário à CF, que foi revestida pela autoridade da coisa julgada. Será inadmissível a ação rescisória diante do efeito pós-ativo daquela decisão.

²¹ A expressão é de Jorge Bacelar Gouveia, que estuda o valor positivo do ato inconstitucional como um instituto autônomo da teoria do direito constitucional e significa a ausência de quaisquer consequências jurídicas negativas da inconstitucionalidade intrínseca, ou seja, como reportado à estrutura do ato em si mesmo, e não a formalidades que lhe sejam exteriores (GOUVEIA, 2000, p. 18).

²² Paulo Roberto Lyrio Pimenta não analisa a questão do cabimento da ação rescisória quando o STF modula os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade. Todavia, problema de igual valor é tratado de outro prisma, não menos interessante. Trata-se da modulação dos efeitos da decisão que julga procedente o pedido rescindente na ação rescisória. O autor afirma que regras ou princípios jurídicos que tutelem os efeitos dos atos praticados com fulcro na decisão rescindenda podem proporcionar o surgimento de uma colisão entre bens jurídicos, impondo ao tribunal, no julgamento da ação rescisória, a consideração desse conflito, tanto no juízo rescindente, quanto no juízo rescisório. A rescindibilidade da decisão que tiver apreciado matéria constitucional pode levar o órgão jurisdicional competente para o julgamento da ação rescisória, em diversas hipóteses, à atribuição de efeitos futuros (eficácia prospectiva ou modulação dos efeitos) à decisão proferida no juízo rescindente (PIMENTA, 2007, p. 153-155).

6. Conclusões

As razões que expostas parecem suficientes para justificar as seguintes conclusões:

- 1º) é impróprio falar em “coisa julgada inconstitucional”; o que se concebe é uma decisão fundada em norma declarada inconstitucional;
- 2º) decisão fundada em norma ou ato declarado inconstitucional pelo STF não é decisão inexistente;
- 3º) a ação rescisória é cabível para impugnar decisão fundada em norma ou ato declarado inconstitucional pelo STF;
- 4º) se o STF limitar os efeitos da inconstitucionalidade não será cabível a ação rescisória ou o cabimento poderá ser restringido nos limites da modulação dos efeitos da inconstitucionalidade.

7. Bibliografia

AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodvum, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: *Temas de direito processual* (terceira série). São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: *Temas de direito processual* (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

BESSO, Chiara. *La sentenza civile inesistente*. Torino: Giappichelli, 1996.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação rescisória – embargos de declaração e sua influência na contagem do biênio decadencial. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 113, p. 246-260, jan.-fev., 2004.

CARNELUTTI, Francesco. Inesistenza dell'atto giuridico? *Rivista di Diritto Processuale*, I, 1955.

_____. *Sistema del diritto processuale civile*. Vol. II. Padova: Cedam, 1938.

CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator nos recursos: art. 557 do CPC*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008.

Chiovenda, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1969.

COMOGLIO, L. P.; FERRI C., TARUFFO, M. *Lezioni sul processo civile*. 2 ed. Bologna: Il Mulino, 1998.

COSTA MAIA, Izabelle Albuquerque. Admissibilidade da ação rescisória fundada em violação a literal disposição de lei (art. 485, V, CPC), 2005. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 1997.

DELGADO, José Augusto; VALDER DO NASCIMENTO, Carlos. *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

FERRI, Corrado. *Lezioni sul processo civile*. 2 ed. Bologna: Il Mulino, 1998.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2000.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11 ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O valor positivo do acto inconstitucional*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito Lisboa, 2000.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MARIZ DE OLIVEIRA, Angelina. *Ação direta de inconstitucionalidade em matéria tributária*. São Paulo: Dialética, 2005.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

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

MESA, Marcelo J. López. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales*. Buenos Aires: Depalma, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo VI, 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. II, 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MONTELEONE, Girolamo. *Compendio di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 2001.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NORONHA, Fernando. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução de problemas de direito intertemporal. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 6, n. 23, p.91-110, abr.-jun., 1998.

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

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ação rescisória e modulação da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade. *Revista de Processo*, v. 32, n. 153, p. 145-155, novembro de 2007.

RODRIGUES, Walter Piva. *Coisa julgada tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUSA, Marcelo Rebelo. *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*. Lisboa: s/ed., 1988.

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

TARUFFO, Michele *et alii*. *Lezioni sul processo civile*. 2 ed. Bologna: Il Mulino, 1998.

THEODORO JR. Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2 ed. Brasília: Editora América Jurídica, 2002.

VALDER DO NASCIMENTO, Carlos; DELGADO, José Augusto. *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.