

---

# ACERCA DA RETROATIVIDADE DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SOBRE A COISA JULGADA

---

*Luiz Guilherme Marinoni\**

## **1. Introdução**

Nos últimos anos, o problema da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada tem estado presente no direito brasileiro. Indaga-se, assim, se a declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal (STF), pronunciada depois da formação da coisa julgada material no caso concreto, pode servir de fundamento à ação rescisória baseada em violação de lei (art. 485, V, Código de Processo Civil – CPC) e constituir matéria capaz de ser deduzida em oposição à execução da sentença – impugnação e embargos à execução (arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, CPC).

Tais questões não podem ser tratadas à distância do significado do dever constitucional, atribuído ao juiz brasileiro, de realizar o controle da constitucionalidade no caso concreto. Além da consideração do valor do sistema difuso de controle da constitucionalidade, exige-se, para o adequado desenvolvimento do raciocínio em torno do tema, a percepção da diferença entre *norma abstrata* e *norma jurídica do caso concreto* (a decisão), assim como a análise da coisa julgada como instituto imprescindível à realização dos princípios da *segurança jurídica* e da *proteção da confiança*.

## **2. O poder-dever judicial de controle difuso da constitucionalidade e a legitimidade da sentença fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal**

O sistema de controle difuso da constitucionalidade, muito longe de ser uma mera técnica para o controle da constitucionalidade, consagra um atributo do Poder Judiciário, de grande importância quando se tem em conta a relação entre os Poderes,

---

\* **Luiz Guilherme Marinoni** é Pós-Doutorado na Universidade Estatal de Milão. É Professor Titular de Direito Processual Civil na Universidade Federal do Paraná (UFPR) e Advogado.

especialmente entre os Poderes Judiciário e Legislativo, e a própria efetividade da distribuição da justiça nos casos concretos.

O controle difuso se baseia na ideia de que o juiz, por ser um intérprete da lei, tem o dever de recusar aplicação à lei que estiver em desconformidade com a Constituição. Não importa aqui cogitar sobre qual é o melhor sistema de controle da constitucionalidade, se o difuso ou o concentrado. Sabe-se que ambos os sistemas têm inconvenientes e pontos positivos. Relevante é o fato de que todo e qualquer juiz, no direito brasileiro, tem o poder e o dever de negar aplicação à lei inconstitucional.

Mais precisamente, todos os juízes têm o dever de verificar se a lei, invocada pelo autor ou pelo réu ou apenas necessária à resolução do litígio, é constitucional ou não, possuindo, assim, a incumbência de apreciar a questão constitucional de forma incidental no caso concreto.

Ao contrário do que acontece nos sistemas em que o juiz ordinário não pode apreciar a questão constitucional, o juiz brasileiro de primeiro grau de jurisdição tem o poder de interpretar a questão constitucional, fazendo surgir uma norma jurídica para o caso concreto (decisão), completamente autônoma em relação à norma abstrata. Nos sistemas de controle concentrado, em que eventual questão constitucional implica a suspensão do processo para o aguardo da decisão do Tribunal Constitucional, o juiz ordinário está proibido de tratar da questão constitucional, podendo, no máximo, aplicar uma lei inconstitucional. E aí está um dos pontos-chave para a solução do problema da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada.

Frise-se que o juiz brasileiro tem o dever de negar aplicação à lei inconstitucional, ainda que a questão constitucional não tenha sido invocada pela parte. O juiz tem o dever de tratar da questão constitucional de ofício ou sem qualquer requerimento do interessado. Portanto, quando a alegação de inconstitucionalidade não é feita, a aplicação da lei pelo juiz significa a admissão da sua constitucionalidade.

A questão constitucional, embora não seja a questão principal – que deve ser definida pelo dispositivo da sentença –, mas sim uma questão incidental, é protegida pela coisa julgada. Vale lembrar que o art. 474 do Código de Processo Civil afirma que, “passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”. Todas as alegações e defesas que a parte opôs ou poderia opor não podem mais ser alegadas para se tentar modificar a resolução do litígio. A arguição de

inconstitucionalidade, tenha ou não sido feita, não pode mais servir para infirmar a resolução dada ao litígio.

Portanto, diante de uma questão constitucional de natureza prejudicial à resolução de um caso concreto, ou o juiz dá a sua interpretação, analisando-a como questão incidental, ou aplica a lei, admitindo a sua constitucionalidade. Tanto no caso em que o juiz decide a questão constitucional, quanto na hipótese em que o juiz aplica a lei, admitindo-a como constitucional, não mais se admite a alegação da questão constitucional, estando a parte a isto vedada em virtude do efeito preclusivo da coisa julgada material. Sublinhe-se que a eficácia preclusiva da coisa julgada também abrange as questões de direito que o juiz poderia ter conhecido de ofício.

É certo que, no sistema em que a questão constitucional obriga à suspensão do processo, tal questão também pode deixar de ser invocada. Nesse caso, porém, a inação das partes e do juiz ordinário deixa de permitir ao Tribunal Constitucional exercer o seu poder de controle da constitucionalidade e torna a decisão judicial ilegítima se a lei que lhe serve de suporte é posteriormente declarada inconstitucional por quem tem poder para tanto.

Note-se que há grande distinção entre ter poder para interpretar a questão constitucional e aplicar lei posteriormente declarada inconstitucional e não ter poder para interpretar a questão constitucional e aplicar lei mais tarde declarada inconstitucional. Como está claro, a real diferença está entre ter e não ter poder para tratar da questão constitucional.

Ainda que a questão de constitucionalidade possa ser “deduzida” em ambos os casos – ou seja, no caso em que o juiz ordinário tem o dever de realizar o controle da constitucionalidade e na hipótese em que o processo deve ser suspenso para que o Tribunal Constitucional trate da questão –, restando, assim, a sua não arguição sempre coberta pelo princípio do “deduzido e do dedutível” (eficácia preclusiva da coisa julgada), duas são as situações que aí estão por detrás da eficácia preclusiva da coisa julgada. Em um caso, a aplicação da lei derivada do poder depositado no próprio juiz. O juiz tem poder para recusar aplicação à lei inconstitucional. No outro, o juiz não tem poder para tratar da questão constitucional. Este poder está exclusivamente nas mãos do Tribunal Constitucional.

No sistema concentrado, a sentença que aplicou lei posteriormente declarada inconstitucional, quando sustentada apenas na lei assim declarada pelo Tribunal Constitucional, faz surgir uma coisa julgada inconstitucional. Mas o mesmo

evidentemente não ocorre no Brasil, onde o juiz de primeiro grau tem o dever de tratar da questão constitucional. No sistema em que todo e qualquer juiz tem o poder-dever de controlar a inconstitucionalidade da lei, nulificar a sentença transitada em julgado que se fundou em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal significa retirar do juiz ordinário o próprio poder de realizar o controle difuso da constitucionalidade. *A tese da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada é completamente incompatível com o sistema difuso de controle da constitucionalidade.*

É certo que, no Brasil, ao lado do sistema de controle difuso, há o sistema de controle concentrado, exercido mediante ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, em que a decisão que declara a inconstitucionalidade da lei tem o efeito de vincular todos os órgãos judiciais, além dos órgãos da Administração. Se o juiz ou o tribunal, diante do caso concreto, não obedece à decisão de inconstitucionalidade, cabe “reclamação” ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, da Constituição Federal (CF). Mas a sujeição do juiz ordinário só tem sentido quando, no momento em que pende o caso concreto, a decisão de inconstitucionalidade já foi proferida. Se, no instante em que o juiz singular deve exercer o seu poder-dever de controle da constitucionalidade, não há decisão do Supremo Tribunal Federal, não há vinculação alguma. A decisão de inconstitucionalidade, proferida pelo Supremo Tribunal, não tem efeito retroativo capaz de atingir a coisa julgada.

Além disso, no sistema que admite o controle difuso, não há como admitir a vinculação dos juízes e tribunais para impedir a execução das suas sentenças (que já produziram coisa julgada material). Nesse caso, o juiz da execução deve obediência à coisa julgada que se formou quando a decisão de inconstitucionalidade ainda não havia sido proferida, *pois não há como conceber uma vinculação capaz de apagar os efeitos de uma decisão legitimamente tomada no exercício do controle difuso.*

### **3. A impossibilidade de a decisão de inconstitucionalidade atingir a coisa julgada à luz do significado de decisão jurisdicional no Estado constitucional**

A decisão de inconstitucionalidade, proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade, declara a inconstitucionalidade da lei, tendo eficácia para o passado ou *ex tunc*<sup>1</sup>. Tanto o sistema estadunidense, de controle

---

<sup>1</sup> Entende-se, sem grande controvérsia, que a decisão de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, e assim retroage até o momento da edição da lei. Afirma-se, nesse sentido, que essa decisão não possui

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

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

Ainda que a decisão de inconstitucionalidade declare a nulidade da lei e não a nulidade da decisão que aplicou a lei, seria possível argumentar que a declaração da nulidade da lei fulmina, por mera consequência lógica, a validade da decisão baseada na lei declarada inconstitucional.

Esse raciocínio está ancorado na ideia de que a jurisdição tem a função de atuar a vontade da lei. A adoção da teoria chiovendiana da jurisdição, segundo a qual o juiz atua a vontade concreta da lei, realmente pode conduzir à suposição de que a decisão de inconstitucionalidade deve invalidar a sentença que “atuou a vontade da lei” posteriormente declarada inconstitucional.

Lembre-se que Chiovenda chegou a dizer que, como a jurisdição significa a atuação da lei, “não pode haver sujeição à jurisdição senão onde pode haver sujeição à lei” (CHIOVENDA, 1943, p. 55.). Ora, essa passagem da doutrina chiovendiana é bastante expressiva no sentido de que o verdadeiro poder estatal estava na lei e que, dessa forma, a jurisdição somente se manifestava a partir da revelação da vontade do legislador.

É verdade que Chiovenda afirmou que a função do juiz é aplicar a vontade da lei “ao caso concreto”. Com isso, no entanto, jamais desejou dizer que o juiz cria a norma

---

natureza desconstitutiva, mas sim declaratória, pois reconhece a nulidade da lei, vale dizer, um estado já existente. “Encontra-se, hoje, superada a discussão a respeito dos efeitos produzidos pela decisão que declara a inconstitucionalidade de ato normativo, se *ex tunc* ou *ex nunc*. Já foi afirmado, quando tratou-se da fiscalização incidental, que influenciado pela doutrina e jurisprudência americanas, o direito brasileiro acabou por definir que a inconstitucionalidade equivale à nulidade absoluta da lei ou ato normativo” (CLÈVE, 1995, p. 163).

individual ou a norma do caso concreto, à semelhança do que fizeram Carnelutti e todos os adeptos da teoria unitária do ordenamento jurídico. Lembre-se que, para Kelsen (1990, p. 165) – certamente o grande projetor dessa última teoria –, o juiz, além de aplicar a lei, cria a norma individual (ou a sentença)<sup>2</sup>.

Chiovenda é um claro adepto da doutrina que, inspirada no iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação. Recorde-se que, na doutrina do Estado liberal, aos juízes restava simplesmente aplicar a lei ditada pelo legislador. Nessa época, o direito constituía as normas gerais, isto é, a lei. Portanto, o legislativo criava as normas gerais e o judiciário as aplicava. Enquanto o legislativo constituía o poder político por excelência, o judiciário, visto com desconfiança, se resumia a um corpo de profissionais que nada podia criar (BULYGIN, 2003, p. 8).

De modo que não se pode confundir *aplicação da norma geral ao caso concreto* com *criação da norma individual do caso concreto*. Quando se sustenta, na linha da lição de Kelsen, que o juiz cria a norma individual, admite-se que o direito é o conjunto das normas gerais e das normas individuais e, por consequência, que o direito também é criado pelo juiz (KELSEN, 1934, p. 3-5, 197, 237; DREIER, 1993, p. 705-733).

Porém, mesmo a criação da norma individual, no sentido kelseniano, não significa que o juiz, ao criar a norma concreta, possa fazer outra coisa que não aplicar a norma geral. Para Kelsen, todo ato jurídico constitui, em um só tempo, aplicação e criação do direito, com exceção da Constituição e da execução da sentença, pois a primeira seria pura criação e a segunda pura aplicação do direito (BULYGIN, 2003, p. 10). Por isso, o legislador aplica a Constituição e cria a norma geral e o juiz aplica a norma geral e cria a norma individual<sup>3</sup>.

Sabe-se que a teoria de Kelsen afirma a ideia de que toda norma tem como base uma norma superior, até se chegar à norma fundamental, que estaria no ápice do ordenamento. De modo que a norma individual, fixada na sentença, liga-se necessariamente a uma norma superior. A norma individual faria parte do ordenamento, ou teria natureza constitutiva, apenas por individualizar a norma superior para as partes

---

<sup>2</sup> Cf., a propósito, Ordóñez (2001, p. 79-83); Nino (1985, p. 7-40).

<sup>3</sup> “Criar uma norma é, portanto, ao mesmo tempo, aplicar uma outra norma; o mesmo ato é, simultaneamente, de criação e de aplicação do direito” (KELSEN, 1945, p. 105). Ver também Kelsen (1928, p. 204).

(KELSEN, 1945, p. 109 e ss.)<sup>4</sup>.

No Estado Constitucional brasileiro, em que o juiz tem o dever de interpretar a lei de acordo com a Constituição e de realizar o controle da constitucionalidade no caso concreto, certamente não há como sustentar que a jurisdição atua a vontade da lei, na linha proposta por Chiovenda, ou mesmo se limita a criar a norma concreta, nos termos da teoria de Kelsen e das doutrinas de Carnelutti<sup>5</sup> e Calamandrei<sup>6</sup>.

Nas teorias clássicas, o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral. Atualmente, cabe ao juiz o poder-dever de elaborar ou construir a decisão, isto é, a norma jurídica do caso concreto, mediante a interpretação de acordo com a Constituição e do controle da constitucionalidade.

---

<sup>4</sup> “El tribunal tiene que declarar la existencia de tal norma del mismo modo que está obligado a establecer la existencia del acto violatorio. Pero no solo los tribunales: todos los órganos jurídicos se encuentran en la necesidad de decidir si la norma que ‘prima facie’ les exige ejecución es una norma perteneciente al orden jurídico. Para ello, colocándose en el punto de vista interno o inmanente al derecho, tiene que determinar si la norma respectiva es una norma existente y regular, si ha sido creada con arreglo a los procedimientos y con los contenidos establecidos por las normas condicionantes (superiores)” (ORDÓÑEZ, 2001, p. 109); “La norma básica de Kelsen establece la obligatoriedad de un sistema jurídico; su identidad está determinada por un criterio que toma en cuenta el hecho de que la misma norma básica es presupuesta cuando adscribimos obligatoriedad a todas las normas del sistema. De cualquier manera, como criterio de identidad el anterior es vacío, ya que el contenido de cada norma básica (y, consecuentemente, su propia identidad) no puede, ser establecido, en el contexto de la teoría de Kelsen, antes de circunscribir las normas que pertenecen al sistema jurídico. (...) Si se dan por correctas las objeciones precedentes, sería el caso de preguntarse cuáles son los obstáculos que Kelsen pretende superar integrando a su teoría la hipótesis de autorización abierta que hemos examinado. Es obvio que el concepto de validez que la Teoría pura parece formular en forma explícita, implica trivialmente que no son válidas aquellas normas que contradicen las condiciones para su creación prescriptas por normas de nivel superior. Por otra parte, esa supuesta definición kelseniana de ‘validez’ es incompatible con el reconocimiento de que la validez o invalidez de una norma dependa de la declaración en uno u otro sentido por un órgano competente” (NINO, 1985, p. 14 e 35).

<sup>5</sup> As concepções de “justa composição da lide”, de Carnelutti, e de “atuação da vontade concreta do direito”, de Chiovenda, são ligadas a uma tomada de posição em face da teoria do ordenamento jurídico, ou melhor, à função da sentença diante do ordenamento jurídico. Para Chiovenda, a função da jurisdição é meramente declaratória; o juiz declara ou atua a vontade da lei. Carnelutti, ao contrário, entende que a sentença torna concreta a norma abstrata e genérica, isto é, faz particular a lei para os litigantes. Para Carnelutti, a sentença cria uma regra ou norma individual, particular para o caso concreto, que passa a integrar o ordenamento jurídico, enquanto, na teoria de Chiovenda, a sentença é externa (está fora) ao ordenamento jurídico, tendo a função de simplesmente declarar a lei, e não de completar o ordenamento jurídico. A primeira concepção é considerada adequada da *teoria unitária*, e a segunda da *teoria dualista* do ordenamento jurídico, sendo que essas teorias também são chamadas de *constitutiva* (unitária) e *declaratória* (dualista).

<sup>6</sup> Dizia Calamandrei que “a lei abstrata se *individualiza por obra do juiz*” (CALAMANDREI, 1970, p. 156). Isto ocorreria após o término do processo, quando a sentença não pudesse mais ser discutida, ocasião em que não se admitiria mais nem falta de certeza nem conflito sobre a relação jurídica julgada. Eis a lição do mestre italiano: “Assim como a lei vale, enquanto está em vigor, não porque corresponda à justiça social, senão unicamente pela autoridade de que está revestida (*dura lex, sed lex*), assim também a sentença, uma vez transitada em julgado, vale não porque seja justa, senão porque tem, para o caso concreto, a mesma força da lei (*lex specialis*). Em um certo ponto, já não é legalmente possível examinar se a sentença corresponde ou não à lei: a sentença é a lei, e a lei é a que o juiz proclama como tal. Mas com isto não se quer dizer que a passagem à coisa julgada crie o direito: a sentença (ou a coisa julgada material ou declaração de certeza), no sistema da legalidade, tem sempre caráter declarativo, não criativo do direito” (CALAMANDREI, 1945, p. 158).

A decisão transitada em julgado, assim, não pode ser invalidada como se constituísse a mera declaração ou a aplicação da lei, mais tarde pronunciada inconstitucional. A decisão judicial é o resultado da interpretação de um juiz dotado de dever de controlar a constitucionalidade no caso concreto, e, portanto, não pode ser pensada como uma decisão que se limita a aplicar uma lei posteriormente declarada inconstitucional.

Como escreve Proto Pisani (1990, p. 390), é possível dizer que a coisa julgada material opera como *lex specialis*, separando a disciplina do direito feito valer em juízo da norma geral e abstrata, daí decorrendo a inoperatividade do *ius superveniens* retroativo sobre a *fattispecie* concreta de que deriva o direito objeto da coisa julgada, e ainda a inoperatividade da superveniente declaração de inconstitucionalidade da norma geral e abstrata sobre a qual se decidiu.

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

Miguel Galvão Teles, em trabalho lembrado por Rui Medeiros, anota que “o respeito dos casos julgados não significa reconhecer efeitos a uma lei inconstitucional, mas reconhecer efeitos a uma lei que determinado juízo teve por constitucional, melhor, reconhecer efeitos ao juízo de constitucionalidade” (TELES, 1987, p. 329). Recorde-se que o direito português também consagra o controle difuso da constitucionalidade. Bem por isso, a Constituição da República portuguesa (CRP) afirma, no seu art. 282, n. 3, que, diante da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, “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”.

Paulo Otero, autor de um polémico livro sobre a “coisa julgada inconstitucional”, sustenta que o princípio da imodificabilidade do caso julgado “foi pensado para decisões judiciais conformes com o Direito ou, quando muito, decisões meramente injustas ou ilegais em relação à legalidade ordinária” (OTERO, 1993, p. 120). Assim, a primeira parte do n. 3 do art. 282 da Constituição da República portuguesa seria uma

exceção à retroatividade da decisão de inconstitucionalidade, constituindo uma derrogação do “princípio de que a validade de todos os atos do poder público depende da sua conformidade com a Constituição (= princípio da constitucionalidade), permitindo que passem a ser válidos casos julgados inconstitucionais, desde que à data da respectiva decisão judicial a norma aplicada não tivesse sido objeto de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral” (OTERO, 1993, p. 89).

É difícil admitir a conclusão de que a imodificabilidade da coisa julgada tenha sido pensada para decisões “conformes com o Direito”. Na verdade, e isto é pacífico no plano da doutrina processual, a proteção à coisa julgada nada tem a ver com a circunstância de a decisão estar ou não em conformidade com o Direito, aí compreendidas as normas infraconstitucionais e as normas constitucionais. A imodificabilidade da coisa julgada é característica da própria coisa julgada, instituto imprescindível à afirmação do Poder Judiciário e do Estado de Direito, além de garantia do cidadão à estabilidade da tutela jurisdicional, corolário do direito fundamental de ação e do princípio da proteção da confiança<sup>7</sup>.

Além disso, a previsão da primeira parte do n. 3 do art. 282 da Constituição portuguesa não pode ser vista como uma norma indispensável à validade da coisa julgada inconstitucional, como se a decisão fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional não tivesse validade em si, enquanto decisão firmada por juiz que, no exercício do controle difuso da constitucionalidade, proferiu decisão válida e produtora de efeitos jurídicos. É evidente que a decisão fundada em lei mais tarde declarada inconstitucional é decisão válida, produtora de efeitos jurídicos, como expressão do poder de que o juiz é investido no sistema que adota o controle difuso da constitucionalidade. Portanto, ao contrário do que imagina Paulo Otero, o n. 3 do art. 282 não constitucionaliza o inconstitucional, mas ressalva as interpretações judiciais – legitimamente proferidas pelo juiz ordinário – distintas da decisão de declaração de inconstitucionalidade.

Ademais, a admissão do raciocínio de Otero obrigaria aceitar a ideia de que o juiz

---

<sup>7</sup> Segundo Canotilho, “quando a Constituição [portuguesa] (art. 282, n. 3) estabelece a ressalva dos casos julgados, isso significa a *imperturbabilidade* das sentenças proferidas com fundamento na lei inconstitucional. Deste modo, pode dizer-se que elas não são *nulas* nem *reversíveis* em consequência da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Mais: a declaração de inconstitucionalidade não impede sequer, por via de princípio, que as sentenças adquiram *força de caso julgado*. Daqui se pode concluir também que a declaração de inconstitucionalidade não tem *efeito constitutivo* da intangibilidade do caso julgado (...). Em sede do Estado de Direito, o princípio da intangibilidade do caso julgado é ele próprio um princípio densificador dos princípios da garantia da confiança e da segurança inerentes ao Estado de Direito” (CANOTILHO, 2002, p. 1.004).

e o tribunal, embora tenham o poder-dever de realizar o controle difuso da constitucionalidade, sempre têm a sua decisão condicionada a um evento imprevisível. Como é óbvio, exatamente porque não há como pensar em uma decisão provisoriamente estável – o que seria uma contradição em termos –, não se pode raciocinar como se fosse possível conceber uma coisa julgada subordinada a uma não-decisão de inconstitucionalidade. Aliás, caso isso fosse possível, o controle difuso da constitucionalidade certamente seria uma ilusão, para não dizer que seria uma excrescência, pois a decisão tomada no caso concreto ou estaria de acordo com a decisão tomada pelo Supremo Tribunal, e assim teria validade, ou não estaria, e, portanto, seria nula. A qualidade e a efetividade do sistema difuso, assim, estaria na capacidade de o juiz ordinário “adivinhar” a interpretação futura do Supremo Tribunal Federal.

Porém, a fragilidade da construção de Paulo Otero fica ainda mais clara quando se analisa a sua objeção à doutrina de Miguel Galvão Teles – no presente texto antes transcrita –, para quem o n. 3 do art. 282 reconhece “efeitos a uma lei que determinado *juízo teve por constitucional*”. Ao tentar rebater esse argumento, escreve Paulo Otero: “Desde logo, toda a construção de Miguel Galvão Teles tem como pressuposto que a decisão inconstitucional que transitou em julgado tenha sido objecto de uma apreciação de constitucionalidade. Ora, *pode bem suceder que sejam ressalvados casos julgados onde nunca foi suscitada ou levantada qualquer questão de inconstitucionalidade da norma aplicada*, de tal modo que não se possa dizer que o artigo 282, n. 3, esteja a ‘salvaguardar’ juízos precedentes sobre a inconstitucionalidade” (OTERO, 1993, p. 86).

A rejeição da doutrina de Galvão Teles, feita por Paulo Otero, centra-se sobre um ponto que, bem vistas as coisas, apenas confirma a tese que pretendeu desacreditar. Note-se que Paulo Otero, na passagem em que impugnou a tese de Galvão Teles, não nega a importância da ressalva das interpretações constitucionais diferentes da afirmada na decisão que declarou a inconstitucionalidade da lei com força geral, mas afirma que pode haver coisa julgada em que, apesar de ter sido aplicada a lei posteriormente declarada inconstitucional, não tenha sido “*suscitada ou levantada qualquer questão de inconstitucionalidade da norma aplicada*” (OTERO, 1993, p. 86).

Ora, a circunstância de a questão de inconstitucionalidade não ter sido suscitada ou levantada não torna a decisão produtora de coisa julgada, proferida na via incidental, indiferente à questão constitucional, como se o juiz ordinário não tivesse o dever de controlar a constitucionalidade da lei, independentemente de arguição da parte. Ora, é

inquestionável, em um sistema de controle difuso, o dever de o juiz controlar, de ofício, a constitucionalidade da lei. Assim, a decisão que aplicou uma lei inconstitucional, mesmo que sem juízo explícito acerca da questão constitucional, impede que a questão constitucional possa vir a ser suscitada para infirmar a decisão conferida ao litígio. Isso é impossível à luz da eficácia preclusiva da coisa julgada material e, portanto, da técnica garantidora da estabilidade das decisões judiciais. Frise-se que a eficácia preclusiva da coisa julgada é afirmada no art. 489 do Código de Processo Civil português, de onde a doutrina lusitana extrai a máxima segundo a qual “o caso julgado cobre o deduzido e o dedutível”<sup>8</sup>.

Mas o que mais causa impacto é que, no raciocínio de Paulo Otero, não há contestação da importância da ressalva das interpretações constitucionais diversas, mas apenas alegação de que poderia eventualmente ocorrer a preservação da coisa julgada sem que houvesse sido feita qualquer interpretação acerca da questão de inconstitucionalidade. Acontece que a razão de ser do raciocínio de que a decisão proferida na via incidental deve prevalecer, mesmo após a declaração de inconstitucionalidade com força geral obrigatória, está no poder-dever judicial para o controle difuso da constitucionalidade e na circunstância de que o exercício desse poder gera uma interpretação judicial legítima, que deve ser preservada.

Tudo isso quer dizer que a declaração de inconstitucionalidade, proferida na ação direta dirigida ao Supremo Tribunal Federal, é o resultado de uma ação voltada ao controle da constitucionalidade da lei, e, assim, não pode nulificar as decisões que versaram explicitamente sobre a constitucionalidade da lei ou simplesmente a aplicaram, uma vez que a decisão no caso concreto, por ser o reflexo do poder-dever judicial de controle difuso da constitucionalidade, é legítima em si, independentemente da sua substância, exceto quando viola diretamente a Constituição, aplica lei flagrantemente inconstitucional ou aplica lei já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal.

Além disso, como a decisão não mais se limita a declarar ou a aplicar a lei, como acontecia à época do Estado legislativo, mas constitui a norma jurídica do caso concreto, fruto do dever judicial de interpretar a lei de acordo com os direitos fundamentais e de realizar o controle da constitucionalidade na via incidental, não há como supor que a declaração de inconstitucionalidade da lei possa gerar, por mera

---

<sup>8</sup> Cf. Mendes (1968. p. 176 e ss.).

consequência, a inconstitucionalidade da coisa julgada<sup>9</sup>. Ora, essa conclusão seria tributária da ideia de que o juiz é a boca da lei, nos termos do ditado de Montesquieu<sup>10</sup>. Ocorre que, como ressalta Rui Medeiros, não é isso que se passa na ordem jurídica contemporânea, pois “cabe aos tribunais não apenas um poder decorrente do legislativo (o de continuar em concreto os comandos destes), mas um poder próprio, *ius proprium*. Daí que, quando se aceita a validade da sentença injusta, a conclusão se funde no poder soberano dos tribunais e não no valor da lei que na realidade não corporiza” (MEDEIROS, 1999, p. 551-552).

Isso não quer dizer, obviamente, que a decisão judicial esteja isenta de controle da sua constitucionalidade. Esse controle pode ser feito mediante ação rescisória (art. 485, V, CPC), em caso de violação direta à Constituição, de aplicação de lei flagrantemente inconstitucional e de aplicação de lei já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, e por meio de impugnação (art. 475-L, § 1º, CPC) e de embargos à execução (art. 741, parágrafo único, CPC), quando a sentença se fundar em lei ou em interpretação já declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

#### **4. O reflexo da distinção entre os sistemas difuso e concentrado sobre a questão da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada**

No Brasil, todo e qualquer juiz tem o dever de realizar o controle de constitucionalidade, que, por isso mesmo, é dito difuso. Em outros países, o controle da constitucionalidade é deferido a apenas um órgão, que possui essa função como única ou principal, quando o controle é concentrado. Na Alemanha, por exemplo, o Tribunal Constitucional Federal tem, dentre outras funções, a de realizar o controle abstrato e

---

<sup>9</sup> “Storicamente la caratteristica del giudicato sostanziale è stata da sempre colta in queste due principi: a) il giudicato copre il dedotto e il deducibile; b) il giudicato prevale rispetto allo *ius superveniens* retroattivo (e, oggi, alla sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità della norma sulla cui base è stato giudicato)” (PISANI, 1990, p. 389).

<sup>10</sup> Para explicar como funciona uma Constituição na qual o poder controla o poder, Montesquieu deve indicar os poderes; deve estabelecer quais e quantos são os poderes que, em uma Constituição voltada a garantir a liberdade do cidadão, são predispostos de modo a propiciar um mútuo controle. Nesse momento, ele enuncia uma tese extremamente importante na história das doutrinas jurídicas; os poderes não são diversos nos diferentes Estados, mas são sempre e somente três. São eles: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o Poder Executivo das coisas que dependem do direito civil. O poder “executivo das coisas que dependem do direito civil” também é chamado de “poder de julgar”; é nesse momento, aliás, que a expressão “poder de julgar”, ou “poder judiciário”, incorpora-se ao vocabulário jurídico-político. O “poder de julgar” é exercido através de uma atividade puramente intelectual, e não produtiva de “direitos novos”. *Esta atividade não é apenas limitada pela legislação, mas também pela atividade executiva que, objetivando a segurança pública, abarca igualmente a atividade de execução material das decisões que constituem o conteúdo do “poder de julgar”. Não é por razões diversas que Montesquieu acaba por afirmar que o “poder de julgar” é, “de qualquer modo, um poder nulo”* (Cf. TARELLO, 1976, p. 287-291).

concreto das normas, assim como a de fazer o controle da constitucionalidade, a pedido do juiz ordinário, durante o curso do processo comum.

Embora a questão da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada obviamente não se resolva apenas com a demonstração da distinção entre os sistemas difuso e concentrado, é impossível deixar de frisar a circunstância de que o juiz ordinário, no sistema alemão, está proibido de tratar da questão constitucional, embora deva, ao deparar com uma questão desse porte (com uma norma que reputar inconstitucional), suspender o processo e remeter a questão à apreciação do Tribunal Constitucional.

Diante desse quadro, que é radicalmente diverso do brasileiro, torna-se interessante indagar como se daria a discussão acerca da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada. Num rápido lançar de olhos, seria possível dizer que tal discussão não tem sentido no direito alemão, ao argumento de que o juiz e o tribunal sequer podem decidir sobre a inconstitucionalidade. Contudo, se é verdade que o juiz ordinário, no direito alemão, está proibido de tratar da questão de inconstitucionalidade, isso não quer dizer que ele não possa deixar de percebê-la, aplicando uma lei inconstitucional.

A questão da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada surge exatamente quando se constata que o juiz e o tribunal podem aplicar uma lei que, posteriormente, pode ser declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Federal. Quer dizer que a questão da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada também é relevante nos sistemas de controle concentrado. Não obstante, o problema é detectar o modo como tal questão aparece no sistema em que o controle da constitucionalidade é concentrado. Ou melhor, é importante pensar nas razões que estão por detrás da questão da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada no sistema de controle concentrado.

Na Alemanha, a questão da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade, ou melhor, as dimensões temporais da decisão de inconstitucionalidade, não estão reguladas na Constituição, mas sim na Lei do Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGG*). O § 79 dessa lei trata especificamente da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade em relação às decisões pretéritas<sup>11</sup>. Diz o § 79:

---

<sup>11</sup> Lechner/ Zuck, *BVerfGG* 4. Ed. § 79 n. 8; Maunz/ Schmidt-Bleibtreu/ Klein/ Ulsamer/ Bethge/ Winter, *BVerfGG* § 79 n. 25; Benda/ Klein, *Lehrbuch des Verfassungsprozeßrechts* n. 1192, n. 1198;

[Efeito da decisão] 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 com o § 78, ou na interpretação de uma norma que foi declarada incompatível com a Lei Fundamental pelo Tribunal Constitucional Federal, é admissível a reabertura do procedimento, de acordo com as prescrições do Código de Processo Penal. De resto, salvo a prescrição do § 95, alínea 2, ou de uma regulação legal especial, ficam intactas 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<sup>12</sup>.

Como explica Friedrich Muller,

o § 79 regulamentou matérias especialmente relevantes: contra sentenças penais que se baseiam em uma norma posteriormente declarada inconstitucional ou nula cabe a retomada de um processo. Mas decisões não mais impugnáveis nas outras áreas do direito remanescem ‘intocadas’: por conseguinte, não mais podem ser eliminadas. Se a partir delas ainda não tiver sido efetuado o procedimento da execução – *e.g.* no Direito Civil –, isso não poderá mais ocorrer a partir de agora. E caso no passado já tenha sido realizada uma execução a partir delas, essa prestação (*Leistung*) não mais poderá ser cobrada de volta, ‘pretensões resultantes de enriquecimento ilícito (...) estão excluídas’ (§ 79 II 4). Nesses casos a dimensão temporal do passado é por assim dizer sustada, é bloqueada diante do futuro. Uma exceção – a abertura *facultativa* da dimensão futura – só vale para o Direito Penal. A razão é plausível, pois esse ramo do direito intervém de modo especialmente cortante nas relações pessoais e porque a pena envolve um juízo de desvalor sobre o comportamento humano – mas justamente com base em uma norma agora declarada inconstitucional. O § 79 precisava solucionar o conflito entre a justiça no caso individual e a segurança jurídica objetiva – em uma constelação que abrange diversas dimensões temporais; em outras palavras, num caso clássico de *direito intertemporal*. Nos casos antes citados – bloqueio do passado diante do futuro – o § 79 *decidiu-se pela segurança jurídica e foi por isso elogiado pelo Tribunal Constitucional Federal*. A corte extraiu do § 79 até um ‘princípio jurídico universal’, no sentido de ‘que uma decisão do Tribunal Constitucional Federal, que declara a nulidade de uma norma, em princípio não deve produzir efeitos sobre relações jurídicas já processadas, abstraindo da exceção de uma sentença penal transitada em julgado’ (MULLER, 2002).

Note-se que, independentemente de o sistema de controle da constitucionalidade ser concentrado, a Lei alemã, segundo o próprio Tribunal Constitucional Federal, fez bem em decidir pela segurança jurídica diante do conflito entre esta e a justiça no caso

---

Steiner, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, p. 628, 630 e 647.

<sup>12</sup> Cf. Heck (1995, p. 295). No original: § 79, BverGG: (1) Gegen ein rechtskräftiges Strafurteil, das auf einer mit dem Grundgesetz für unvereinbar oder nach § 78 für nichtig erklärten Norm oder auf der Auslegung einer Norm beruht, die vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist, ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung zulässig. (2) Im übrigen bleiben vorbehaltlich der Vorschrift des § 95 Abs. 2 oder einer besonderen gesetzlichen Regelung die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen, die auf einer gemäß § 78 für nichtig erklärten Norm beruhen, unberührt. Die Vollstreckung aus einer solchen Entscheidung ist unzulässig. Soweit die Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung durchzuführen ist, gilt die Vorschrift des § 767 der Zivilprozeßordnung entsprechend. 4 Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung sind ausgeschlossen.

individual<sup>13</sup>. O interessante é que o Tribunal Constitucional alemão, ao afirmar que a declaração de inconstitucionalidade não tem efeitos retroativos sobre relações jurídicas já julgadas, viu aí uma única exceção, qual seja, a da sentença penal transitada em julgado. Nada disse sobre a segunda parte do § 79, que obstaculiza a execução da sentença civil condenatória transitada em julgado, nos termos do § 767 do Código de Processo Civil alemão<sup>14</sup>, quando esta estiver fundada em lei declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional<sup>15</sup>.

Não aludir ao impedimento à execução da sentença que se fundou na lei declarada inconstitucional, mas apenas à sentença penal transitada em julgado, deve ter um significado. Há diferença entre permitir a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada penal – em virtude de razões excepcionais e específicas desse ramo do direito, como dito por Friedrich Muller – e obstar a execução da sentença civil transitada em julgado. Nesse último caso, há a admissibilidade da

---

<sup>13</sup> Na Itália há norma similar à do § 79 da Lei do Tribunal Constitucional Alemão. O artigo 30 da Lei n. 87, de 11 de março de 1953, diz que, “quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali”. Remo Caponi, em importante trabalho sobre a “eficácia da coisa julgada no tempo”, explica que essa norma permite a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada penal e contém uma implícita confirmação da intangibilidade da coisa julgada civil (CAPONI, 1991, p. 370 e ss.).

<sup>14</sup> § 767, ZPO – **Vollstreckungsabwehrklage**.

- (1) Einwendungen, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, sind von dem Schuldner im Wege der Klage bei dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges geltend zu machen.
- (2) Sie sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung, in der Einwendungen nach den Vorschriften dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können.
- (3) Der Schuldner muss in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen, die er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen imstande war.

Tradução livre:

767. Oposição à execução:

- (1) As defesas vinculadas à pretensão declarada na sentença devem ser apresentadas pelo devedor mediante ação no tribunal do processo de primeira instância.
- (2) Essas defesas são admissíveis somente quando baseadas em fundamentos surgidos após o término da audiência oral, na qual as defesas poderiam ter sido invocadas de acordo com as disposições desta lei, e que não poderão ser invocadas mediante oposição.
- (3) O devedor deve apresentar todas as defesas invocáveis no momento da propositura da ação.

Cf. Ragone e Pradillo (2006, p. 370).

<sup>15</sup> MunchKomm-ZPO/ K. Schmidt, § 767 n. 70; Musielak/ Lackmann, ZPO 3. Ed. § 767 n. 26 Stichwort "Verfassungswidrigkeit"; Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht 3. Ed. § 20 n. 77; Rosenberg/ Gaul/ Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht 11. Ed., p. 623 s., 648 s.; Schuschke/ Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, Volum. I 3. Ed. § 767 ZPO n. 23 s., n. 46; Stein/ Jonas/ Munzberg, ZPO 21. Ed. § 767 n. 15, n. 24; Wiczorek/ Schutze/ Salzmann, ZPO 3. Ed. § 767 n. 19 nota a rodapé 72; Hau JA 1996, p. 830, 832; Wissmann EWiR 1999, p. 741 e 742 (Disponível em: <<http://lexetius.com/2002/10/78>>).

dedução, como matéria de defesa capaz de ser articulada em oposição à execução, da declaração de inconstitucionalidade<sup>16</sup>.

Quando a declaração de inconstitucionalidade é invocada como matéria de oposição à execução, *sabe-se que este fundamento não se destina a invalidar um juízo legítimo sobre a questão constitucional, mas sim a impedir que um juízo que ilegitimamente aplicou uma lei inconstitucional possa produzir efeitos.*

Por enquanto, não interessa tratar dos arts. 741, parágrafo único, e 475-L, § 1º, do Código de Processo Civil brasileiro, que pretenderam inutilizar as sentenças civis, dependentes de execução, que tenham se fundado em norma posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. O que interessa é deixar claro que, se o próprio Tribunal Constitucional alemão optou pela irretroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada em nome da segurança jurídica, a aceitação da oposição à execução com base na declaração de inconstitucionalidade somente pode significar a admissão de um fundamento que, ao invés de negar eficácia a um juízo de constitucionalidade, impede que o juízo que ilegitimamente aplicou lei inconstitucional produza efeitos.

---

<sup>16</sup> Zur analogen Anwendung des § 79 Abs. 2 Satz 3 BVerfGG auf nicht mehr anfechtbare Entscheidungen, die auf einer vom Bundesverfassungsgericht im Rahmen verfassungskonformer Auslegung als verfassungswidrig verworfenen Interpretationsvariante einer Rechtsvorschrift oder auf der Auslegung und Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe beruhen, die vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist.

*Ob bei allen Entscheidungen außerhalb von Strafurteilen die Vollstreckungssperre nur nach Nichtigerklärung einer Norm greife oder § 79 Abs. 2 Satz 3 BVerfGG sich auf alle in § 79 Abs. 1 BVerfGG enthaltenen Alternativen beziehe, werde in Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedlich beurteilt. Im Gegensatz zur wohl überwiegenden Meinung, nach der § 79 Abs. 2 BVerfGG nur die Entscheidungen erfasse, die auf einer für nichtig erklärten Norm beruhen, werde in den Kommentaren zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz praktisch durchgängig die Auffassung vertreten, die weitere Vollstreckung aus einem hoheitlichen Akt sei gemäß § 79 Abs. 2 Satz 3 BVerfGG auch dann unzulässig, wenn das Bundesverfassungsgericht eine Norm oder eine bestimmte Normauslegung für mit dem Grundgesetz unvereinbar bezeichnet habe.*

Selbst wenn § 79 Abs. 2 BVerfGG in diesem weiten Sinne verstanden werde, erfasse er nicht Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die fachgerichtliche Entscheidungen nur wegen verfassungswidriger Anwendung einer Rechtsnorm aufheben. Der Richter habe bei Auslegung und Anwendung aller Rechtsvorschriften das verfassungsrechtliche Wertesystem als interpretationsleitend zu berücksichtigen. Weise die gerichtliche Entscheidung in dieser Hinsicht erhebliche Mängel auf, handele es sich nur um verfassungsrechtlich bedeutsame Subsumtionsfehler, die vom Bundesverfassungsgericht im Einzelfall korrigiert werden könnten. *Solche Entscheidungen ließen in der Regel den Bestand der einschlägigen Norm unberührt. § 79 Abs. 2 BVerfGG setze demgegenüber normbezogene Erkenntnisse des Verfassungsgerichts voraus und verbiete daher die Vollstreckung nur aus solchen Entscheidungen, die auf einem Inhalt der Rechtsnorm beruhen, den das Bundesverfassungsgericht im Wege der verfassungskonformen Auslegung ausgeschlossen habe.*

*Nach diesen Grundsätzen kann das angegriffene Urteil keinen Bestand haben. Es verstößt gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, weil es den Anwendungsbereich des § 79 Abs. 2 Satz 3 in Verbindung mit Satz 2 und Satz 1 BVerfGG in einer Weise einschränkt, die zu einer verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung und durch die Vollstreckung aus verfassungswidrigen Entscheidungen zu einer Beeinträchtigung von Grundrechten führt (BVerfG, 1 BvR 1905/02; 06.12.2005, Absatz-Nr. 1 – 72).*

No direito português, em contrapartida, todos os tribunais, não importando a sua categoria ou hierarquia, exercem controle da constitucionalidade (art. 204, Constituição da República Portuguesa<sup>17</sup>), apreciando e decidindo a questão constitucional (MIRANDA, 2005, p. 208 e ss.). Embora a decisão sobre a questão constitucional possa chegar ao Tribunal Constitucional, isso nem sempre acontece, como ocorre no Brasil. Mas o recurso ao Tribunal Constitucional é “obrigatório para o Ministério Público, das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional” (art. 280, n. 5, CRP).

O fato de que a lei determina a obrigatoriedade do recurso no caso em que é aplicada norma já “julgada” inconstitucional demonstra que, para o direito português, a apreciação da questão constitucional tem um valor distinto do da aplicação de norma já “julgada” inconstitucional pelo Tribunal Constitucional. Confere-se aos juízes e aos tribunais o poder de controlar a constitucionalidade, mas, a partir da ideia de supremacia do Tribunal Constitucional, obriga-se o Ministério Público a interpor recurso contra as decisões que aplicam norma já julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional (MIRANDA, 2005, p. 227 e ss.).

Não obstante isso, a Constituição da República portuguesa é expressa em ressaltar os “casos julgados” do efeito retroativo da decisão de inconstitucionalidade (art. 282, n. 3). A Constituição portuguesa, portanto, quando os tribunais aplicam norma já julgada inconstitucional, preocupa-se com a ideia de supremacia do Tribunal Constitucional, mas, quando os tribunais aplicam norma posteriormente declarada inconstitucional, dá nítida prevalência à segurança jurídica e à autoridade dos tribunais que exercem o controle difuso. Como diz Jorge Miranda, “garante-se, assim, a autoridade própria dos tribunais como órgãos de soberania aos quais compete ‘administrar a justiça em nome do povo’ (art. 202º, n. 1); garante-se o seu poder de apreciação da constitucionalidade e da legalidade (art. 204º); e garante-se, reflexamente, o direito dos cidadãos a uma decisão jurisdicional em prazo razoável (art. 20º, n. 4, da Constituição e art. 6º da Convenção Europeia)” (MIRANDA, 2005, p. 227)<sup>18</sup>.

No direito português, além da ressalva da coisa julgada, não se admite a invocação da declaração de inconstitucionalidade em oposição à execução da sentença

---

<sup>17</sup> Art. 204, CRP: “[**Apreciação de inconstitucionalidade**] Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”.

<sup>18</sup> No mesmo sentido, Medeiros (1999, p. 546 e ss.).

transitada em julgado<sup>19</sup>. E nem se poderia admitir, pois o direito português dá aos tribunais o poder de decidir a questão constitucional, de modo que a admissibilidade da declaração de inconstitucionalidade como fundamento capaz de obstaculizar a execução da sentença tornaria a oposição à execução um meio de controle da constitucionalidade das decisões judiciais transitadas em julgado.

Note-se, precisamente, a diferença entre a decisão que aplicou lei – sem apreciá-la – posteriormente declarada inconstitucional e a decisão que enfrentou a questão constitucional, ou melhor, a distinção entre a *decisão tomada pelo tribunal que está proibido de apreciar a questão constitucional* e a *decisão do tribunal que tem o dever de apreciá-la*.

No sistema em que o juiz e o tribunal estão proibidos de tratar da questão constitucional, há razoabilidade em sustentar a declaração de inconstitucionalidade da lei como fundamento para a oposição à execução, mas, no sistema em que o juiz e o tribunal têm o poder e o dever de tratar da questão constitucional, não há como conferir à declaração de inconstitucionalidade o *status* de alegação obstaculizadora da execução da sentença.

## **5. A coisa julgada como regra para a existência do discurso jurídico e como instituto indispensável à autoridade do Poder Judiciário**

A coisa julgada obviamente não é mera regra de processo. Ademais, embora certamente protegida pela Constituição, ela é muito mais do que um princípio constitucional. Trata-se de uma regra indispensável à existência do discurso jurídico e, por conseguinte, ao exercício da própria jurisdição.

A decisão judicial é o elemento final do discurso jurídico, realizado para que o Estado possa exercer a sua função de tutelar os direitos e, por consequência, as pessoas. Todo discurso, como é sabido, necessita de regras para poder se desenvolver de maneira adequada. É assim que o processo, para permitir a formação do convencimento do juiz e o desenvolvimento do discurso judicial, exige regras relativas ao tempo, ao modo e ao conteúdo da participação das partes e do juiz. Tais regras dizem respeito ao conteúdo do discurso e estão preocupadas com a sua legitimidade, imprescindível para a legitimação da jurisdição.

---

<sup>19</sup> A declaração de inconstitucionalidade “não modifica nem revoga a decisão de qualquer tribunal transitada em julgado que a tenha aplicado, nem constitui fundamento da sua nulidade ou de recurso extraordinário de revisão” (MIRANDA, 2005, p. 276).

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

A coisa julgada, portanto, não é uma regra preocupada com o conteúdo do discurso, mas sim uma condição para que o discurso seja um discurso institucional limitado no tempo e, destarte, um discurso jurídico propriamente dito. Na verdade, se a discussão jurídica não tiver um termo a partir do qual a decisão não possa ser questionada, não haverá sentido em falar em discurso jurídico e muito em menos realizá-lo. Ora, um discurso jurídico incapaz de se estabilizar é uma contradição em termos, já que o poder, fundamento do discurso jurídico, não prescinde do recrudescimento. É por isso que um discurso aberto à eterna discussão jamais será um discurso jurídico ou um discurso do poder estatal, mas tão-somente um discurso prático-geral<sup>20</sup>.

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

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

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

---

<sup>20</sup> Cf. Alexy (2001).

possibilidade do discurso jurídico e como elemento imprescindível à afirmação do poder estatal.

Realmente, a definitividade e a estabilidade da decisão judicial são elementos indispensáveis à afirmação da autoridade do Estado. Não há como dar a um juiz o poder de interpretar uma lei, proferindo decisão que produz efeitos jurídicos sobre os litigantes, e admitir que uma outra decisão, vinda posteriormente do próprio Poder Judiciário, possa inutilizá-la.

## **6. A proteção à coisa julgada no ordenamento brasileiro**

Diz o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Interpretação literal da norma diria que a coisa julgada é protegida somente contra o legislador. Porém, a circunstância de a norma ter se referido ao legislador obviamente não quer dizer que a Constituição quis liberar o administrador e o juiz para a desrespeitarem. A norma não se ocupou do juiz porque a possibilidade de este desconsiderá-la é pouco mais do que estranha aos princípios do direito processual civil.

A coisa julgada expressa a necessidade de estabilidade das decisões judiciais, vistas como atos de positivação do poder, motivo pelo qual, se há sentido em garantir a sua imodificabilidade diante do Legislativo, é mais evidente ainda a imprescindibilidade de se tutelar a sua irretroatividade em relação ao Judiciário. Se a decisão judicial, embora inviolável pelo Legislativo, pudesse ser livremente negada exatamente por aquele que a produziu, não existiria a segurança jurídica indispensável ao Estado de Direito.

O que importa é que a Constituição preocupou-se expressamente em tutelar a coisa julgada. Como escreve Luís Roberto Barroso, “sem embargo da ausência de previsão expressa, sempre se considerou que o respeito às situações protegidas pela autoridade da *res iudicata* figurava como limite à retroatividade do julgado, a menos que haja a possibilidade legítima de desconstituí-la por via de ação rescisória” (BARROSO, 2006, p. 193).

É importante ressaltar que a circunstância de a legislação infraconstitucional prever hipóteses em que a coisa julgada pode ser desconstituída não significa que a coisa julgada não esteja protegida pela Constituição. As hipóteses de ação rescisória, no processo civil brasileiro (art. 485, CPC), são plenamente legítimas, não configurando inconstitucionalidade.

Entretanto, a essência da coisa julgada material seria claramente negada caso a decisão de inconstitucionalidade pudesse nulificar as decisões dos juízes e tribunais. Por isso mesmo, a essência da coisa julgada também é violada quando se admite a declaração de inconstitucionalidade da lei como fundamento da ação rescisória. As mesmas razões que não permitem que se tenha como nula a decisão que se fundou em lei posteriormente declarada inconstitucional impedem que se admita o uso da ação rescisória para se desconstituir um juízo de constitucionalidade.

## **7. A coisa julgada como corolário do princípio da segurança jurídica**

Sendo indispensável à afirmação da autoridade do Estado, a coisa julgada é, ainda, inerente ao Estado de Direito<sup>21</sup>. Pouco importaria se a coisa julgada não houvesse sido resguardada de forma expressa pela Constituição Federal brasileira, pois deriva do Estado de Direito e encontra base nos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Na Alemanha, onde não há proteção constitucional expressa à coisa julgada, o seu fundamento constitucional está ancorado no princípio do Estado de Direito. O *Bundesverfassungsgericht* foi o principal responsável por esta elaboração, frisando que o princípio do Estado de Direito tem como componente essencial a garantia da certeza do direito, que exige não apenas o desenvolvimento regular do processo, como também a estabilidade da sua conclusão<sup>22</sup>. Rosenberg-Schwab-Gottwald, nessa linha, dizem que a “coisa julgada material é uma consequência do direito à proteção legal pelos tribunais. Sua ancoragem constitucional é encontrada no princípio do Estado de Direito”<sup>23</sup> (ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, 1993, p. 915).

O *Estado de Direito*, por ter uma ampla latitude de objetivos, é um sobreprincípio, que se correlaciona com vários outros princípios que incorporam os seus fins. Esses

---

<sup>21</sup> A Corte Europeia de Direitos Humanos tem ressaltado a importância da coisa julgada no Estado Democrático de Direito. Ver Chiavario (2001, p. 170 e ss.). Como não poderia deixar de ser, o Direito Comunitário Europeu também exige o respeito à coisa julgada. Como ensinam Paolo Biavati e Federico Carpi, “l’averne conferito ai giudici la giurisdizione su determinate materie comporta necessariamente l’attribuzione non solo dell’efficacia obbligatoria, ma anche della stabilità dei contenuti delle relative pronunce (BIAVATI e CARPI, 2000, p. 240).

<sup>22</sup> BVerfG 7, 194 (190).

<sup>23</sup> “(...) materielle Rechtskraft ist notwendige Folge des Rechts auf Rechtsschutz durch die Gerichte. Sie findet ihre verfassungsgemäße Verankerung im Rechtsstaatsprinzip”, no original. É preciso deixar claro que o princípio do Estado de Direito, como qualquer princípio jurídico, tende à sua realização dentro daquilo que é faticamente possível, atuando como mandato de otimização (ALEXY, 1997, p. 86). Assim, não é porque tal princípio deve proteger os direitos fundamentais do cidadão e, consequentemente, evitar decisões injustas, que se deve aceitar a sua incompatibilidade com a tese da prevalência da coisa julgada material.

princípios são reveladores do seu conteúdo e, dessa forma, constituem os seus fundamentos.

Entre esses princípios está o da segurança jurídica, indispensável à concretização do Estado de Direito (ÁVILA, 2004, p. 294 e ss.). A segurança jurídica pode ser analisada em duas dimensões, uma objetiva e outra subjetiva. No plano objetivo, a segurança jurídica recai sobre a ordem jurídica objetivamente considerada, aí importando a irretroatividade e a previsibilidade dos atos estatais, assim como o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF)<sup>24</sup>. Em uma perspectiva subjetiva, a segurança jurídica é vista a partir do ângulo dos cidadãos em face dos atos do Poder Público.

Nessa última dimensão, aparece o princípio da proteção da confiança, como garante da confiança que os atos estatais devem proporcionar aos cidadãos, titulares que são de expectativas legítimas (MARTINS-COSTA, 2005, p. 120 e ss.; COUTO E SILVA, 2004, p. 272 e ss.; MAFFINI, 2006). O direito à segurança jurídica, como direito à proteção da confiança gerada pelos atos do Estado, é indissociável da noção de dignidade da pessoa humana. Como salienta Ingo Sarlet,

a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas. Dito de outro modo, a plena e descontrolada disponibilização dos direitos e dos projetos de vida pessoais por parte da ordem jurídica acabaria por transformar os mesmos (e, portanto, os seus titulares e autores) em simples instrumento da vontade estatal, sendo, portanto, manifestamente incompatível mesmo com uma visão estritamente kantiana da dignidade. (SARLET, 2006, p. 435)

A coisa julgada, como instituto jurídico, tutela o princípio da segurança em sua dimensão objetiva, deixando claro que as decisões judiciais são definitivas e imodificáveis. Frise-se que a coisa julgada expressa a necessidade de estabilidade das decisões judiciais.

Na outra dimensão do princípio da segurança jurídica, quando importa a proteção da confiança, a coisa julgada garante ao cidadão que nenhum outro ato estatal poderá modificar ou violar a decisão que define o litígio. Nesse sentido, sabe o cidadão que, uma vez produzida a coisa julgada material, nada mais será possível fazer para alterar a decisão, e, assim, que o ato judicial de solução do litígio merece plena confiança.

---

<sup>24</sup> No direito português, a doutrina converge para a tese de que a coisa julgada está fundada no princípio da segurança jurídica. Assim, Medeiros (1999, p. 548); Miranda (2005, p. 277); Canotilho (2002, p. 256); Canotilho e Vital Moreira (1991, p. 84).

Na verdade, a coisa julgada material é um verdadeiro signo da tutela da confiança do cidadão nos atos estatais. É, por assim dizer, um concreto “exemplo” de proteção da confiança legitimamente depositada pelo cidadão nos atos de Poder.

A coisa julgada, portanto, serve à realização do princípio da segurança jurídica, tutelando a ordem jurídica estatal e, ao mesmo tempo, a confiança dos cidadãos nas decisões judiciais. Sem coisa julgada material não há ordem jurídica e possibilidade de o cidadão confiar nas decisões do Judiciário. Não há, em outras palavras, Estado de Direito.

## **8. A segurança jurídica como fundamento da irretroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada**

Se não há como duvidar que a coisa julgada material é manifestação do princípio da segurança jurídica, alguma dúvida poderia existir quanto à intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade.

No sistema de controle difuso, em que todo e qualquer juiz tem o poder e o dever de realizar o controle da constitucionalidade, a questão de constitucionalidade pode surgir no curso de qualquer processo. O juiz tem o dever de não aplicar a lei inconstitucional, prescindindo, assim, de qualquer requerimento da parte para deixar de aplicar a lei sob o fundamento da sua inconstitucionalidade. De qualquer forma, ambas as partes podem alegar a inconstitucionalidade da lei. O autor pode invocar a inconstitucionalidade ao propor a ação, como fundamento do pedido, e o réu pode arguir a inconstitucionalidade da lei ao apresentar a contestação, negando o fundamento do pedido. Nesses casos, o juiz aplicará ou deixará de aplicar a lei, por entendê-la inconstitucional.

Como é óbvio, a parte não pode alegar a questão de constitucionalidade para tentar invalidar a decisão proferida no processo em que poderia ter sido invocada<sup>25</sup>, até porque a eficácia preclusiva também abrange as questões de direito que podiam ser conhecidas de ofício pelo juiz.

Portanto, a questão de constitucionalidade, tenha ou não sido resolvida, fica protegida pela coisa julgada material. Mas ainda seria possível indagar se a decisão de

---

<sup>25</sup> De acordo com José Carlos Barbosa Moreira, “até as questões não resolvidas subtraem-se a nova apreciação em processo ulterior sobre a mesma lide (ou, adite-se, sobre lide subordinada). O que se protege com a autoridade da coisa julgada material (= o que se torna indiscutível) é só o resultado final do pleito; mas este fica protegido (= conserva-se imutável) sejam quais forem as questões que alguém pretenda suscitar para atacá-lo, ainda que delas pudesse ter se valido, no primeiro feito, como arma (de ataque ou de defesa), entretanto lá não utilizada” (BARBOSA MOREIRA, 2008, p. 229).

inconstitucionalidade, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, pode servir de fundamento para a invalidação da decisão que, no processo concreto, produziu coisa julgada material.

No sistema de controle difuso, o juiz tem o dever de realizar interpretação para chegar a um juízo a respeito da constitucionalidade ou não da norma. Se não o faz, deixando de conhecer de ofício da questão de constitucionalidade, isso certamente não invalida a decisão. A decisão do juiz ordinário é tão legítima quanto a decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, já que tanto o juiz ordinário, em caráter incidental, quanto o Supremo Tribunal Federal, por via incidental ou por via principal, têm legitimidade constitucional para tratar da questão de constitucionalidade.

Sublinhe-se que toda e qualquer decisão judicial goza do atributo da segurança jurídica. Ora, se o juiz e os tribunais têm o poder de realizar o controle da constitucionalidade, a admissão da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade equivaleria a retirar as decisões judiciais do âmbito de proteção do princípio da segurança jurídica.

O cidadão tem uma expectativa legítima na imutabilidade da decisão judicial, sendo absurdo supor que a confiança por ele depositada no ato de resolução judicial do litígio possa ser abalada pela retroatividade da decisão de inconstitucionalidade. Realmente, a admissão da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade igualmente faria com que o princípio da proteção da confiança simplesmente deixasse de existir diante das decisões judiciais, que, assim como as leis, antes de tudo são atos de positivação do poder.

Lembre-se que o art. 282, n. 3, da Constituição da República Portuguesa, estabelece a ressalva dos casos julgados como limite à retroatividade da decisão de inconstitucionalidade com “força obrigatória geral”. Analisando essa norma, escreve Rui Medeiros, em sua notável obra acerca da “decisão de inconstitucionalidade”, que a ressalva dos casos julgados revela que

*a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral não constitui qualquer fundamento autónomo de revisão das sentenças firmes. Idêntica conclusão vale, ainda por maioria de razão, para os casos em que, após o trânsito em julgado, surge jurisprudência clara do Tribunal Constitucional no sentido da inconstitucionalidade da norma aplicada por sentença insusceptível de reclamação ou de recurso ordinário. Subjacente à regra da primeira parte do n. 3 do artigo 282 está, assim, o reconhecimento pela Constituição de que o sacrifício da intangibilidade do caso julgado só deve ter lugar nos casos extremos em que imperativos de justiça o justifiquem. À partida, uma simples alteração no plano normativo ou hermenêutico não justifica, perante situações de facto invariáveis, o afastamento da decisão transitada em julgado (MEDEIROS, 1999, p. 547-548).*

Diante disso, conclui Rui Medeiros (1999, p. 548) que o principal fundamento da regra do respeito pelos casos julgados – regra que, conforme sublinha, não vale apenas em face do poder legislativo ou administrativo – *decorre de um princípio material, a exigência de segurança jurídica*<sup>26</sup>.

É preciso salientar que o princípio da segurança jurídica se opõe à irretroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada nos sistemas de controle difuso. Mais particularmente, a adoção da irretroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada faz desaparecer, no sistema de controle difuso, qualquer proteção à confiança do cidadão nos atos do Poder Judiciário.

### **9. A irretroatividade da decisão de constitucionalidade sobre a sentença que deixou de aplicar a lei por reputá-la inconstitucional**

No Brasil, há a ação direta de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, prevista no art. 102, I, “a”, da Constituição Federal, ao lado da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. A ação direta de constitucionalidade, assim como a ação direta de inconstitucionalidade, é de competência do Supremo Tribunal Federal.

Entende-se que a razão de ser da ação direta de constitucionalidade está na necessidade de se fixar uma orientação homogênea quando existe controvérsia judicial relevante acerca da constitucionalidade de certa norma (art. 14, III, Lei n. 9.868/99)<sup>27</sup>.

A decisão de constitucionalidade produz efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (art. 28, parágrafo único, Lei n. 9.869/99)<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> De acordo com Jorge Miranda, o fundamento último da regra que ressalva a coisa julgada diante da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral “decorre de um princípio material – a exigência de segurança jurídica. A estabilidade do direito tornado certo pela sentença insuscetível de recurso ordinário é, igualmente, a dos direitos e interesses que declara” (MIRANDA, 2005, p. 277).

<sup>27</sup> Cf. Barroso (2006, p. 201 e ss.).

<sup>28</sup> Demonstrando que a decisão de (in)constitucionalidade não vincula o legislador, mas apenas os órgãos do judiciário e do executivo: “Ementa: Inconstitucionalidade. Ação direta. Lei estadual. Tributo. Taxa de segurança pública. Uso potencial do serviço de extinção de incêndio. Atividade que só pode ser sustentada pelos impostos. Liminar concedida pelo STF. Edição de lei posterior, de outro Estado, com idêntico conteúdo normativo. Ofensa à autoridade da decisão do STF. Não caracterização. Função legislativa que não é alcançada pela eficácia *erga omnes*, nem pelo efeito vinculante da decisão cautelar na ação direta. Reclamação indeferida liminarmente. Agravo regimental improvido. Inteligência do art. 102, § 2º, da CF, e do art. 28, § único, da Lei federal nº 9.868/99. *A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão*” (STF, Rcl-AgR 2617; Ag.Reg. na Reclamação, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 20/05/05).

A decisão em caso concreto que, após a declaração de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, deixar de aplicar a lei sob o argumento de ser inconstitucional, está sujeita ao instituto da reclamação, também aplicável, como dito, no caso de aplicação de lei já declarada inconstitucional (art. 102, I, “I”, CF).

Se a declaração de constitucionalidade ocorreu no curso do processo, e a sentença, por exemplo, deixou de aplicar a lei por entendê-la inconstitucional, caberá recurso para se corrigir a decisão prolatada, aplicando-se a declaração de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

Certamente, aqui vai interessar saber o que acontece com a decisão transitada em julgado que deixou de aplicar a lei posteriormente declarada constitucional. A questão tem óbvia pertinência com a da (ir)retroatividade da decisão de *inconstitucionalidade* sobre a coisa julgada. Apenas muda de sinal, passando a se importar com a retroatividade da decisão de *constitucionalidade* sobre a coisa julgada.

Os mesmos fundamentos que demonstram o descabimento da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada evidenciam a impropriedade da retroatividade da decisão de constitucionalidade sobre a coisa julgada. Depois da decisão definitiva de constitucionalidade, como adverte Barbosa Moreira,

os outros órgãos judiciais ficam vinculados a observar o que haja decidido a Suprema Corte: não lhes será lícito contrariar o pronunciamento desta, para deixar de aplicar, por inconstitucionalidade, a lei declarada compatível com a Constituição. Mas isso apenas *daí em diante!* Não se concebe vínculo que obrigasse um órgão judicial a observar decisão *ainda não proferida*. O vínculo atua para o futuro, não para o passado. De sentença anterior ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal não seria próprio dizer que infringiu o vínculo decorrente da declaração (...) *posterior* da constitucionalidade. O mesmo vale para o eventual julgamento de improcedência que a Corte Suprema profira em ação declaratória de inconstitucionalidade (BARBOSA MOREIRA, 2005, p. 239).

Por esses motivos, segundo Barbosa Moreira, a declaração de constitucionalidade não é “suficiente para tornar rescindível o acórdão” do tribunal que deixou de aplicar a lei (BARBOSA MOREIRA, 2005, p. 239).

A declaração de constitucionalidade não pode nulificar o juízo de inconstitucionalidade; esse é um juízo constitucional expressamente atribuído ao juiz ordinário. A sentença que deixa de aplicar uma lei, reputando-a inconstitucional, é uma sentença legítima se, no instante da sua prolação, ainda não havia declaração de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal. O juiz que proferiu essa sentença, ao fazer o seu juízo acerca da questão de constitucionalidade, nada mais fez do que cumprir o seu dever jurisdicional, de controle da constitucionalidade no caso concreto, proferindo, dessa forma, uma decisão absolutamente legítima.

Não obstante a decisão – aplicando uma lei inconstitucional ou deixando de aplicar uma lei constitucional – seja sempre um ato autônomo e desprendido da lei, é pertinente destacar que a decisão que não aplica uma lei constitucional sequer é uma decisão que aplica lei que viola a Constituição, como é a decisão que aplica lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. Ou seja, se em um caso se pode falar de decisão que aplica lei inconstitucional, no outro não há aplicação de lei inconstitucional ou violação de norma constitucional, mas simplesmente não aplicação de norma infraconstitucional.

Ademais, o jurisdicionado tem uma confiança legítima depositada na decisão que não aplicou a lei. Assim, a nulificação da decisão em virtude da decisão de constitucionalidade tomada pelo Supremo certamente violaria o princípio da segurança jurídica.

#### **10. A decisão de inconstitucionalidade como fundamento da ação rescisória**

Segundo o art. 485, V, do Código de Processo Civil, a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando “violar literal disposição de lei”. Diante da incontestável necessidade de se ressalvar a coisa julgada contra a alteração da interpretação dos tribunais, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 343, que afirma não caber “ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver *baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*”. Em um dos acórdãos que deram origem a essa Súmula, frisou o seu relator, o Ministro Victor Nunes Leal, que “a má interpretação que justifica o *judicium rescindens* há de ser de tal modo aberrante do texto que equivalha à sua violação literal”. Lembrou, ainda, que “a Justiça nem sempre observa, na prática quotidiana, esse salutar princípio, que, entretanto, devemos defender, em prol da estabilidade das decisões judiciais”<sup>29</sup>.

A Súmula nº 343 não diz o que é violação literal de lei, mas deixa claro que a decisão que se funda em lei de interpretação controvertida nos tribunais não pode ser objeto de ação rescisória. Isso por uma razão compreensível. É que, se os tribunais divergiam sobre a interpretação da norma, a decisão que adotou uma das interpretações legitimamente encampadas pela jurisdição obviamente não pode ser vista como decisão suscetível de ser desconstituída por ação rescisória.

---

<sup>29</sup> “Ementa: Para corrigir interpretação de lei, possivelmente errônea, não cabe ação rescisória” (STF, Segunda Turma, Rel. Min. Victor Nunes Leal, RE 50.046).

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) – em algumas hipóteses – têm decidido no sentido de que a Súmula nº 343 somente se aplica aos casos em que a decisão se fundou em lei infraconstitucional. Afirma-se que a lei constitucional “não é uma lei qualquer, mas a lei fundamental do sistema”, que não pode gerar duas ou mais interpretações razoáveis, porém apenas uma “interpretação juridicamente correta”<sup>30</sup>. Entende-se, por *interpretação correta*, a interpretação proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa linha, toda e qualquer decisão que adote interpretação posteriormente contrariada por pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, ainda que prolatado em recurso extraordinário, é decisão que, para o efeito de ação rescisória, viola norma constitucional, e, assim, deve ser inapelavelmente desconstituída.

As decisões que vêm admitindo a desconstituição da coisa julgada, mediante o exercício da ação rescisória, com base em pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, contêm fundamentação não convincente. Assim, por exemplo, ementa de acórdão relatado pelo Ministro Moreira Alves, que diz inexistir ofensa ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, sob o ângulo da coisa julgada e da não aplicação da Súmula nº 343, “pela singela razão de que o enunciado dessa súmula se situa exclusivamente no plano da interpretação da legislação processual infraconstitucional”<sup>31</sup>.

Em outro caso, o Supremo Tribunal Federal chegou à seguinte ementa:

(...) 4. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF. 5. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 6. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida, ou seja, anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. 7. Embargos de Declaração rejeitados, mantida a conclusão da Segunda Turma para que o Tribunal *a quo* aprecie a ação rescisória<sup>32</sup>.

Sustenta-se que a existência de interpretações divergentes, diante de norma constitucional, não é óbice à ação rescisória. Ou melhor: entende-se que pronunciamento do Supremo Tribunal Federal é apto à desconstituição das decisões transitadas em julgado que espelhem interpretação divergente, pouco importando se, a respeito da interpretação da questão constitucional, havia controvérsia nos tribunais.

---

<sup>30</sup> STJ, Embargos de Divergência no REsp nº 608.122, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 09/05/2007.

<sup>31</sup> STF, AgRg no A.I. nº 305.592-0, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 20/02/01.

<sup>32</sup> STF, RE-ED 328.812, Emb. Decl. no Recurso Extraordinário, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 02/05/08.

Disse o Ministro Gilmar Mendes, no acórdão cuja ementa foi referida por último, que “não é a mesma coisa vedar a rescisória para rever uma interpretação razoável de lei ordinária que tenha sido formulada por um juiz em confronto com outras interpretações de outros juízes, e vedar a rescisória para rever uma interpretação de lei que é contrária àquela fixada pelo Supremo Tribunal Federal em questão constitucional”. Nessa passagem, resta ainda mais claro que não há preocupação com a negação da existência de interpretações divergentes e com o conceito de “violação literal”. Parte-se da premissa de que decisão do Supremo Tribunal Federal é, por si só, demonstrativo suficiente de violação literal de norma constitucional. O fundamento da rescisória está na força da decisão do Supremo Tribunal Federal, pouco importando a qualidade da decisão transitada em julgado, ou seja, se havia dúvida nos tribunais sobre a (in)constitucionalidade da norma ou se a interpretação violou frontalmente a Constituição. Frisando-se a força da decisão do Supremo Tribunal Federal, elimina-se a relevância da existência de interpretações divergentes e do próprio conceito de “violação literal”. Para que uma decisão, transitada em julgado, possa ser desconstituída com base em “violação literal de lei” (art. 485, V, CPC), basta que essa decisão seja contrária a ulterior decisão do Supremo Tribunal Federal.

Não há dúvida de que a interpretação do Supremo Tribunal Federal deve prevalecer, submetendo os demais juízes. Não há racionalidade em admitir que um juiz ordinário possa atribuir a uma questão constitucional interpretação diversa da que lhe tenha dado o Supremo Tribunal Federal. Disso decorre a importância da vinculação dos órgãos judiciais às decisões do Supremo Tribunal Federal.

Aliás, a racionalidade do controle difuso depende do adequado emprego da técnica vinculante, para o que é imprescindível o desfazimento da confusão entre *poder para controlar a constitucionalidade* e *poder para decidir de forma indiferente aos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal*. Se é verdade que todo e qualquer juiz tem o poder-dever de controlar a constitucionalidade, é inegável que esse poder só pode ser exercido de forma racional quando submetido ao entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Porém, isso não quer dizer que a interpretação do Supremo Tribunal Federal possa ou deva se impor sobre as demais interpretações judiciais pretéritas, operando a destruição ou a nulificação de decisões já transitadas em julgado. Não obstante, a decisão relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, há pouco mencionada (RE-ED nº 328.812, DJ de 02/05/08), confere à interpretação do Supremo Tribunal Federal a força

de alcançar as decisões judiciais transitadas em julgado que lhe são distintas.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, afirmou que

*(...) 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 estou afastando, obviamente, o prazo das rescisórias, que deverá ser observado. Há um limite, portanto, associado à segurança jurídica. Mas não parece admissível que esta Corte aceite diminuir a eficácia de suas decisões com a manutenção de decisões diretamente divergentes à interpretação constitucional aqui formulada. 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.*

O Supremo Tribunal Federal, na passagem acima descrita, afirma claramente a retroatividade dos seus pronunciamentos, em controle difuso (mediante recurso extraordinário, por exemplo), sobre a coisa julgada, sob o argumento de que as questões submetidas ao controle difuso da constitucionalidade somente chegam ao Supremo Tribunal Federal depois de muito tempo, quando algumas decisões proferidas pelos tribunais, interpretando a questão constitucional, já transitaram em julgado.

A circunstância de uma questão constitucional chegar ao Supremo Tribunal Federal após o trânsito em julgado de decisões sobre a mesma questão certamente não é motivo para a admissão da retroatividade do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a coisa julgada. As decisões que transitaram em julgado, tratando da questão constitucional posteriormente interpretada de outra maneira pelo Supremo Tribunal Federal, expressam um juízo legítimo sobre a constitucionalidade.

Esse juízo nada mais é do que resultado do poder-dever judicial de realizar o controle da constitucionalidade. Ademais, o fato de a decisão transitar em julgado antes de a questão chegar à análise do Supremo Tribunal Federal é mera consequência do sistema de controle da constitucionalidade brasileiro.

A admissão da força de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a coisa julgada, ao fundamento da sua natural e insuprimível demora para se manifestar sobre a questão constitucional, significa a negação do sistema de controle difuso da constitucionalidade. Ao invés da retroatividade das decisões do Supremo Tribunal Federal, seria efetiva e praticamente mais conveniente – obviamente se isso fosse juridicamente possível no sistema brasileiro – suprimir a possibilidade de o juiz ordinário realizar o controle da constitucionalidade.

Note-se, além disso, que a aceitação da retroatividade do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre as decisões proferidas pelos tribunais significa colocar

a coisa julgada sob condição ou em estado de provisoriedade, o que é absolutamente incompatível com o conceito e com a razão de ser da coisa julgada. Ora, esse estado de indefinição nega o fundamento que está na base da coisa julgada material, isto é, os princípios da *segurança jurídica* e da *proteção da confiança*. Aliás, a coisa julgada não é apenas condição para a proteção desses princípios, como também necessidade indispensável para a existência de discurso jurídico e, portanto, de processo jurisdicional.

Assim, é até mesmo difícil – para não dizer contrário aos fundamentos do direito – definir a natureza do procedimento que culmina em decisão que fica sob a condição de o Supremo Tribunal Federal não lhe contrariar. Essa decisão, por não ser dotada do devido recrudescimento, não configura verdadeira “decisão final”, mas sim mero juízo provisório. Estar-se-ia diante de um processo jurisdicional autônomo, pois não destinado a dar segurança a outra tutela ou situação tutelável, mas cuja tutela jurisdicional, apesar de satisfativa, seria suscetível de revogação<sup>33</sup>!!

No Superior Tribunal de Justiça também existem decisões no sentido de que pronunciamento do Supremo Tribunal Federal constitui fundamento para a rescisão da coisa julgada. Em acórdão proferido por estreita maioria, concluiu o Superior Tribunal de Justiça que, “em matéria constitucional, não há de se cogitar de interpretação razoável, mas sim de interpretação correta”<sup>34</sup>.

Ainda que não se deva aceitar, na dimensão da teoria do direito, a existência de uma interpretação “correta”<sup>35</sup>, bastaria argumentar que, para os teóricos que assim admitissem, não haveria motivo para que a “interpretação correta” não pudesse atingir o plano infraconstitucional.

Porém, o que o Superior Tribunal de Justiça quer significar, quando fala em “interpretação correta”, é que a interpretação correta é a interpretação do Supremo Tribunal Federal. Ou seja, sinônimo de interpretação correta é interpretação do Supremo

---

<sup>33</sup> A doutrina americana frisa que “o propósito de um processo judicial não é somente fazer justiça material, mas trazer um fim à controvérsia. É importante que os julgamentos da Corte tenham estabilidade e certeza”. No original: “The purpose of a lawsuit is not only to do substantial justice but to bring an end to controversy. It is important that judgements of the court have stability and certainty” (JAMES JR., HAZARD JR. e LEUBSDORF, 1992, p. 581).

<sup>34</sup> STJ, Embargos de Divergência no REsp nº 608.122, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 09/05/07.

<sup>35</sup> Realmente, talvez nem mesmo seja possível a construção de uma teoria da decisão correta. Nesse sentido, argumenta Habermas que “uma vez que o ideal absolutista da teoria fechada não é mais plausível sob condições do pensamento pós-metafísico, a ideia reguladora da ‘única decisão correta’ não pode ser explicitada com o auxílio de uma teoria, por mais forte que seja” (HABERMAS, 2003, p. 282).

Tribunal Federal. Assim, uma vez proferida a decisão correta, todas as outras que não lhe são conformes são incorretas, e, assim, violam literalmente a lei, sujeitando-se à ação rescisória.

A ideia de *interpretação correta*, infiltrada no mencionado acórdão do Superior Tribunal de Justiça, é esclarecida no voto do Ministro Teori Zavascki, particularmente na parte que frisa que

*“contrariar o precedente tem o mesmo significado, o mesmo alcance, em termos pragmáticos, que o de violar a Constituição (...). É nessa perspectiva, pois, que se deve aquilatar o peso institucional dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso. Nisso reside a justificação para se deixar de aplicar, na seara constitucional, o parâmetro negativo da Súmula 343, substituindo-se pelo parâmetro positivo da autoridade do precedente. E a consequência prática disso é que, independentemente de haver divergência jurisprudencial sobre o tema, o enunciado da Súmula 343 não será empecilho ao cabimento da ação rescisória (juízo de admissibilidade). Mais que cabível, é precedente, por violar a Constituição, o pedido de rescisão da sentença (juízo rescindente), sendo que o novo julgamento da causa (juízo rescisório), como corolário lógico e necessário, terá de se ajustar ao procedimento da Suprema Corte (STJ, Embargos de Divergência no REsp. n. 608.122, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 09.05.2007).*

Se ulterior precedente torna a coisa julgada rescindível, não há decisão, tomada em controle difuso de constitucionalidade por juiz ordinário, que tenha alguma utilidade. Sempre importará a decisão do Supremo Tribunal Federal. A decisão proferida em controle difuso, embora possa produzir efeitos desde logo, sempre colocará o jurisdicionado em estado de espera, sujeitando-o a uma decisão mais do que inútil; submetendo-o a uma decisão que, ao invés de resolver o litígio e criar uma confiança legítima, amplifica a litigiosidade latente e potencializa a expectativa, deixando perceptível que o processo que se desenvolveu com custos de todos os matizes talvez fosse desnecessário.

Note-se que tal raciocínio leva à conclusão de que uma decisão que produz coisa julgada material, e é legitimamente proferida pelo juiz, não gera qualquer proteção à confiança nela depositada<sup>36</sup>. Em sentido inverso, supondo-se que a parte, por ter uma decisão que produz efeitos desde logo, não precisa se preocupar com eventual ulterior decisão do Supremo Tribunal Federal, a coisa julgada estará colocando o jurisdicionado na posição de alguém que pode ser “legitimamente” surpreendido depois de ter obtido decisão jurisdicional favorável transitada em julgado. Ora, não é preciso dizer que isso viola, de forma escancarada, a segurança jurídica, princípio concretizador do Estado de

---

<sup>36</sup> Nessa linha, é absolutamente correta a análise de Leonardo Greco, no sentido de que rescisória que ressuscite questão de direito ampla e definitivamente resolvida no juízo rescindendo, com fundamento no art. 485, V, do CPC, viola claramente a garantia da coisa julgada (GRECO, 2008, p. 251 e ss.).

Direito.

Por outro lado, deixando o plano subjetivo (do jurisdicionado), é imperioso notar que não há decisão estatal legítima que possa ser desfeita pelo próprio Estado. A decisão em controle difuso de constitucionalidade é tão legítima quanto a decisão do Supremo Tribunal Federal. Ambas provêm do Poder Judiciário e são legitimadas pela Constituição. O equívoco não expresso, porém contido nas decisões que admitem o desfazimento da coisa julgada em virtude de ulterior precedente do Supremo Tribunal Federal está em não perceber que admitir uma decisão fundada em lei posteriormente declarada (in)constitucional não é o mesmo que admitir eficácia a uma lei declarada inconstitucional. Lembre-se que, conforme bem explica Galvão Teles, respeitar a coisa julgada não significa reconhecer efeitos a uma lei inconstitucional, porém reconhecer efeitos a uma lei que certo juízo entendeu como constitucional (TELES, *apud* MEDEIROS, 1999, p. 552).

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

A decisão, mesmo que fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional, é manifestação legítima do Poder Judiciário<sup>37</sup>. A coisa julgada que cobre esta decisão é

---

<sup>37</sup> No sentido do descabimento de ação rescisória com base em ulterior declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, ver o acórdão do Superior Tribunal de Justiça assim ementado: "TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. SÚMULA 343/STF. DECLARAÇÃO ULTERIOR DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA NOS TRIBUNAIS. INDEFERIMENTO LIMINAR DA PETIÇÃO INICIAL.

1. '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.' (Súmula 343 do STF).
2. Um dos pilares da segurança jurídica é exatamente o respeito à coisa julgada. Deveras, a eliminação da Lei inconstitucional, em geral, deve obedecer os princípios que regulam a vigência das Leis, impedindo-as de retroagir.
3. Desta sorte, salvo manifestação expressa nos acórdãos das ações de declaração de inconstitucionalidade, em controle concentrado, as decisões judiciais anteriores não podem ficar à mercê de rescisórias, sob o fundamento de terem sido proferidas com base em Lei inconstitucional.
4. *Posicionamento diverso implica em violar dois institutos preservados pela Constituição; um instrumental e outro substancial: a saber, a coisa julgada e a segurança jurídica.*

imprescindível à tutela da segurança jurídica e à proteção do sistema de controle difuso da constitucionalidade, que não pode ser usurpado do Poder Judiciário. Assim, é equivocado relacionar afirmação da constitucionalidade com relativização da coisa julgada, uma vez que a coisa julgada é, inegavelmente, uma afirmação da Constituição. Na realidade, “bem vistas as coisas, o problema não está na opção entre privilegiar a plenitude da Constituição ou, ao invés, a certeza do direito declarado judicialmente, porquanto a certeza do direito declarado judicialmente (ainda que inconstitucional) é ela própria uma das formas de que se reveste a certeza constitucional”. Portanto, como conclui Rui Medeiros, a ressalva da coisa julgada também constitui uma forma de assegurar a primazia da ordem constitucional (MEDEIROS, 1999, p. 550).

Encontrar fundamento para a ação rescisória em pronunciamento do Supremo Tribunal Federal equivaleria mais do que à instituição de um “controle da constitucionalidade da decisão transitada em julgado”. Significaria a reserva da autoridade para a interpretação constitucional, destituindo-se os juízes ordinários desse poder.

Se o Supremo Tribunal Federal deve zelar pela uniformidade na interpretação da Constituição, isso obviamente não quer dizer que a sua interpretação tenha o poder de dissolver a coisa julgada material. Aliás, se a interpretação do Supremo Tribunal Federal pudesse implicar a desconsideração da coisa julgada, o mesmo deveria acontecer quando a interpretação da lei federal se consolidasse no Superior Tribunal de Justiça. Não se diga que a diferença entre as duas situações está em que, no caso da declaração de inconstitucionalidade, a coisa julgada se funda em lei inválida, enquanto que “uma decisão contra a lei ou que lhe negue vigência supõe lei válida”<sup>38</sup>. Ora, como já foi dito, não admitir a rescisória a partir de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal não significa atribuir efeitos a uma lei inconstitucional, mas sim ressaltar os efeitos de um juízo constitucional que aplicou uma lei posteriormente declarada inconstitucional pela Corte Suprema.

---

5. Aliás, não é por outra razão que a Lei 9.868/99, que regula a declaração de inconstitucionalidade, reclama termo *a quo* dos efeitos da decisão, expressamente consignados no acórdão, consoante o disposto no artigo 27 da referida Lei.

6. A *ratio essendi* da Súmula 343 aplica-se *in casu*, por isso que, se à época do julgado, a Lei estava em vigor, sem qualquer eiva de inconstitucionalidade, em prol do princípio da segurança jurídica prometida pela Constituição Federal, não se pode entrever violação àquela pelo acórdão que a prestigiou.

7. Agravo Regimental improvido." (STJ, AgRg no AG n.º 461.196/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 02/12/02).

<sup>38</sup> STJ, REsp n.º 127.510, Segunda Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU de 02/03/98.

Chega-se, assim, ao momento propício para se desnudar o equívoco. Se a ação rescisória é proposta com base em precedente do Supremo Tribunal Federal, o seu fundamento não é violação literal de lei nem violação de norma constitucional. O fundamento encontrado, mas não expressamente revelado, é *ius superveniens* ou direito superveniente. Porém, como é curial, o *ius superveniens* não tem efeito retroativo sobre a coisa julgada.

Portanto, a Súmula nº 343 também deve ser aplicada nos casos de interpretação de questão constitucional. A tentativa de eliminar a coisa julgada que resultou de uma dúvida de constitucionalidade não só elimina o mínimo que o cidadão pode esperar do Poder Judiciário – que é a estabilização da sua vida após o encerramento do processo –, como também coloca em xeque a legitimidade dos juízes e tribunais para o controle da constitucionalidade.

A ação rescisória tem plena aplicação em caso de violação frontal ao texto da Constituição e na hipótese em que se aplica lei já declarada inconstitucional ou se deixa de aplicar lei já declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Note-se que, quando o juiz ordinário *deixa de adotar* precedente ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, é possível falar em “*violação de norma*”, o que certamente não ocorre quando o juiz ordinário realiza *o seu juízo* sobre a questão de constitucionalidade e, após ter sido encerrado o processo, o Supremo Tribunal Federal fixa “regra” contrária.

## **11. A declaração de inconstitucionalidade como obstáculo à execução da sentença transitada em julgado**

De acordo com o art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, a Fazenda Pública, quando executada, pode alegar que o título executivo é “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”.

Exatamente na mesma linha, diz o art. 475-L, § 1º, do Código de Processo Civil, que o executado poderá se opor à execução, mediante impugnação, alegando que o título executivo “é 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”.

Tais dispositivos, além de darem ao executado a oportunidade de alegar que a

sentença está fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, dizem que a oposição à execução também pode afirmar que a sentença está fundada em interpretação considerada incompatível com a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal.

Note-se que, com tais dispositivos, pretende-se não só atingir a sentença transitada em julgado que se fundou em lei declarada inconstitucional, mas também impedir a execução da sentença transitada em julgado que se fundou em interpretação considerada incompatível com a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal. A pretensão dos referidos dispositivos, portanto, é a de que não só a declaração de inconstitucionalidade retroaja, mas também a de que a declaração de que determinada interpretação é inconstitucional (hipótese em que o Supremo emprega as técnicas da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e da interpretação conforme a Constituição) alcance a coisa julgada.

De qualquer forma, para o efeito deste estudo, ambas as situações têm o mesmo valor. Isso porque importa, aqui, saber se a dedução de tais matérias, como fundamento à oposição à execução, implica negação da coisa julgada, e, sendo a resposta positiva, se a desconsideração da coisa julgada possui alguma justificativa.

Lembre-se de que, no sistema alemão, o § 79 da Lei do Tribunal Constitucional Federal ressalva a coisa julgada civil, mas impede a execução da sentença fundada em norma declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional. Não há dúvida de que, no sistema alemão, a negação da executabilidade da sentença fundada em lei declarada inconstitucional significa uma exceção à intangibilidade da coisa julgada material.

Remo Caponi (1991, p. 280), ao analisar a disposição do § 79 da lei alemã, situa a declaração de inconstitucionalidade diante dos motivos que sempre foram admitidos para a oposição à execução. Adverte o processualista que a declaração de inconstitucionalidade é sujeita, apenas do ponto de vista formal, ao tratamento próprio dos motivos de oposição à execução, uma vez que esta é, na realidade, um fenômeno bem diverso. O instituto da oposição à execução é o instrumento por meio do qual o devedor apresenta fatos novos, ocorridos depois do último momento no qual poderiam ter sido alegados no processo. Esses não afetam, portanto, a coisa julgada. A questão de constitucionalidade da norma aplicada, ao invés, poderia ter sido deduzida no curso do processo, e a possibilidade de vir a ser sucessivamente invocada para impedir a execução da sentença ou para obstaculizar a execução já em curso traduz-se em uma notável exceção ao princípio de que a coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível, e,

assim, em uma violação da essência da coisa julgada.

Na Itália, embora não exista lei admitindo a alegação da declaração de inconstitucionalidade em oposição à execução, a doutrina reconhece que tal possibilidade constituiria exceção à intangibilidade da coisa julgada, nos moldes do que ocorre na Alemanha, em face do § 79 da Lei do Tribunal Constitucional Alemão (CAPONI, 1991, p. 374). Segundo Remo Caponi, a declaração de inconstitucionalidade não pode valer como motivo de oposição à execução da sentença *civil* condenatória, pois essa previsão não obedece às regras dos limites temporais do julgado, já que impõe uma revisão da declaração passada em julgado (CAPONI, 1991, p. 374).

De modo que não há dúvida alguma, mesmo nos países em que a questão de constitucionalidade é deferida exclusivamente ao juízo de um Tribunal Constitucional, de que a admissibilidade da alegação da declaração de inconstitucionalidade, para impedir a execução da sentença, nega a essência da coisa julgada material.

Porém, essa exceção ao princípio da intangibilidade da coisa julgada, no direito alemão, tem um fundamento que não está presente no direito brasileiro. Tal exceção está centrada na circunstância de que o juiz ordinário não tem poder para tratar da questão constitucional. O juiz ordinário, quando aplica uma lei inconstitucional, jamais faz um antecedente juízo de constitucionalidade, uma vez que esse é reservado ao Tribunal Constitucional. O juiz ordinário aplica uma lei inconstitucional quando a questão de constitucionalidade não foi arguida ou percebida, o que significa dizer que, na Alemanha, a aplicação da lei inconstitucional, por parte do juiz ordinário, nunca é feita diante de uma situação de dúvida sobre a constitucionalidade.

No Brasil, a situação é bastante diferente. Aqui todo e qualquer juiz deve realizar o controle da constitucionalidade. E, admitindo-se essa premissa, pensa-se na obstaculização da execução, com base na declaração de inconstitucionalidade da norma, especialmente para as hipóteses em que havia grande dúvida sobre a constitucionalidade, ou melhor, ampla divergência, entre os juízes e os tribunais, acerca da interpretação da questão constitucional.

Portanto, pretende-se, por meio das regras dos arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, não apenas desconsiderar o poder de o juiz controlar a constitucionalidade, como ainda fazer prevalecer a interpretação sucessiva do Supremo Tribunal Federal sobre todas as decisões, transitadas em julgado, em que os juízes ordinários legitimamente tenham exprimido os seus juízos de constitucionalidade. Trata-se, assim, não apenas de mecanismo de oposição à execução de sentença que

ilegitimamente aplicou lei inconstitucional, porém, mais corretamente, de um gigantesco aparato repressivo voltado à nulificação de todo e qualquer juízo (legítimo) de constitucionalidade que não esteja de acordo com pronunciamento ulterior ao encerramento dos processos!!

Se o juiz ordinário tem poder para tratar da questão de constitucionalidade, é natural que, diante de questões constitucionais que digam respeito a múltiplos casos, exista diversidade de interpretações passadas em julgado, com as quais a ordem jurídica brasileira tem que racionalmente conviver.

É curioso que muitos apóiem a facilidade totalitária de um mecanismo de destruição das sentenças passadas em julgado e não dêem importância às técnicas de vinculação dos juízes ordinários às decisões do Supremo Tribunal Federal. A vinculação dos órgãos judiciais, diante das decisões do Supremo Tribunal Federal, é absolutamente indispensável em um sistema que consagra o controle difuso da constitucionalidade.

Mas, admitir que um processo se desenvolva por anos e gere uma sentença proferida por um juiz que tem o poder e o dever de controlar a constitucionalidade, para, posteriormente, dar ao executado o poder de alegar uma declaração de inconstitucionalidade posterior à formação da coisa julgada material, constitui gritante aberração, a violar, de uma vez só, o poder dos juízes e os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, para não falar nas ilogicidades de menor relevância, como a de impor à administração da justiça o tempo, o trabalho e o custo dos processos individuais que por anos se desenvolveram para se chegar a uma sentença que, muito embora indiscutivelmente legítima, é posteriormente “riscada do mapa”.

Portanto, as normas dos arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, permitem apenas uma interpretação: a de que o executado poderá alegar a pronúncia do Supremo Tribunal Federal quando a sentença exequenda houver aplicado lei que já havia sido declarada inconstitucional, ou adotado interpretação que já havia sido declarada incompatível com a Constituição. Note-se, aliás, que esse resultado pode ser obtido mesmo a partir de uma interpretação unicamente literal destas normas.

## 12. Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material, In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: Podium, 2008.

\_\_\_\_\_. Inconstitucionalidade irregularmente declarada por via incidental. Coisa julgada. Ação rescisória não proposta. Irrelevância de julgamentos posteriores do Supremo Tribunal Federal. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito Aplicado II*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido). Padova: Cedam, 2001.

BIAVATI, Paolo; CARPI, Federico. *Diritto Processuale Comunitario*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 2000.

BULYGIN, Eugenio. Los jueces crean derecho? *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, nº 18, p. 7-26, 2003.

CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

\_\_\_\_\_. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Morano, 1970.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6 Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_; VITAL MOREIRA. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991.

CHIAVARIO, Mario. Direito ad un processo equo. In: *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (a cura di

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1943.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 237, p. 272-276, jul.-set de 2004.

DREIER, Horst. Hans Kelsen (1881-1973): “Jurist des Jahrhunderts”? In: HELMUT, Heinrichs u.a. (Hrsg.). *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*. München, 1993.

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior, In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Relativização da Coisa Julgada*. Salvador: Podium, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

JAMES JR.; Fleming, HAZARD JR.; Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. *Civil procedure*. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

KELSEN, Hans. La garantie juridictionnelle de la constitution (la justice constitutionnelle). *Revue de droit public*, XXXV, p. 197-257, 1928.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do estado*. Coimbra: Armênio Amado, 1945.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

\_\_\_\_\_. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1934.

MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. In: ÁVILA, Humberto (coord.). *Fundamentos do estado de direito; estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

MENDES, João de Castro. *Limites objectivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Ática, 1968.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo VI, Coimbra: Coimbra editora, 2005.

MULLER, Friedrich. O significado teórico de ‘constitucionalidade/inconstitucionalidade’ e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão (conferência). Rio de Janeiro, Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <[www.rio.rj.gov.br/pgm/publicacoes/ConferenciaRio20020919.pdf](http://www.rio.rj.gov.br/pgm/publicacoes/ConferenciaRio20020919.pdf)> (acesso em: 22 set. 2008).

NINO, Carlos Santiago. *El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen. La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1985.

ORDÓÑEZ, Ulises Schmill. Observaciones a “inconstitucionalidad y derogación”. *Revista Discusiones*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, p. 79-83, 2001.

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

PISANI, Andre Proto. Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi. *Rivista di diritto processuale*, v. 45, n° 2, p. 386-419, apr.-giui., 1990.

RAGONE, Álvaro Perez; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. *Código Procesal Civil alemán (ZPO). Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*. Fundación Konrad-Adenauer: Montevideo, 2006.

ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD. *Zivilproßrecht*. 15 ed. Munchen: Verlag C.H. Beck, 1993.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna (assolutismo e codificazione del diritto)*. Bologna: Il Mulino, 1976.

TELES, Miguel Galvão. Inconstitucionalidade pretérita. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1987.