



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB  
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

**RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E DECLARAÇÃO DE  
INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA.**

JOÃO MARCELO VIEIRA MARTINS BRÍGIDO

BRASÍLIA

2012

**JOÃO MARCELO VIEIRA MARTINS BRÍGIDO**

**RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA EM CASOS EM QUE HÁ DECLARAÇÃO  
DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA.**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília - UNICEUB como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Rafael Favetti

BRASÍLIA

2012

“Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas graças a Deus, não sou o que era antes.”

Martin Luther King

Aos meus pais João Brígido e Ana Maria, pelo amor incondicional durante toda a minha vida.

À minha tia Maria da Glória, por estar ao meu lado desde as minhas primeiras linhas, dedicando atenção e amor sem limites.

Ao meu avô Alípio Martins (*in memoriam*), por ser minha inspiração e minha referência de sabedoria.

## AGRADECIMENTO

À Deus por iluminar e guardar meu caminho.

Ao professor orientador Rafael Favetti, pela paciência e atenção.

À toda a minha família, em especial à minha irmã Helena Brígido, que me motivou e ajudou sem medir esforços nos momentos que mais precisei.

À minha namorada Ana Paula por ser fonte inesgotável de amor, carinho e atenção.

## RESUMO

A presente dissertação se ocupa em apresentar em síntese os principais argumentos que permeiam o debate a respeito da relativização da coisa julgada em casos onde ela decorre de lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se do embate entre corrente doutrinária que defende a imutabilidade da coisa julgada como forma de defender a segurança jurídica, opondo-se à corrente que pugna pela relativização da coisa julgada inconstitucional para preservar a supremacia da constituição.

Palavras-chave: coisa julgada, controle de constitucionalidade, controle incidental, supremacia da constituição, efeito *extunc*.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	7
CAPÍTULO 1 – COISA JULGADA.....	9
1.1 Conceito.....	9
1.2 Coisa Julgada Formal .....	11
1.3 Coisa Julgada Material.....	12
1.4 Limites Objetivos da Coisa Julgada .....	15
1.5 Limites subjetivos da coisa julgada .....	17
CAPÍTULO 2 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....	20
2.1 Evolução do controle de constitucionalidade no Brasil .....	20
2.2 Conceito.....	24
2.3 A Supremacia da Constituição .....	24
2.4 Formas do controle de constitucionalidade .....	27
2.5 Controle de constitucionalidade difuso ou concreto .....	28
2.5.1 Efeitos do controle de constitucionalidade difuso .....	30
2.6 Controle de constitucionalidade concentrado .....	31
2.6.1 Efeitos do controle de constitucionalidade concentrado .....	34
CAPÍTULO 3 – COISA JULGADA DECORRENTE DE LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL .....	37
3.1 O controle dos atos pelo Poder Público .....	37
3.2 A Relativização da coisa julgada.....	41
3.3 Formas de controle da coisa julgada no Brasil. ....	44
3.4 A irretroatividade da decisão de inconstitucionalidade em relação a coisa julgada .....	46
REFERÊNCIAS.....	53

## INTRODUÇÃO

A coisa julgada inconstitucional é tema de grande importância e suscita interminável discussão teórica a respeito de sua relativização, ou não.

A controvérsia doutrinária se estabelece em torno de diversos pontos, sendo um dos mais relevantes a polêmica sobre se a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei pelo Supremo Tribunal Federal deve abarcar a coisa julgada formada em casos onde aquela lei inconstitucional foi essencial para o julgamento.

A pretensão do presente trabalho é demonstrar os principais argumentos da corrente doutrinária majoritária a respeito do tema no Brasil, ressaltando os pontos polêmicos e os problemas apontados pela corrente minoritária, sem, contudo, jamais esgotar a discussão sobre o tema central.

Em seu primeiro capítulo, a dissertação discorre brevemente sobre o processo de formação da coisa julgada até o que fosse atingido o conceito atual, em que se distingue coisa julgada, trânsito em julgado, autoridade da coisa julgada e eficácia da sentença. Em seguida, dedica-se à análise da coisa julgada formal e material, bem como de seus limites objetivos e subjetivos.

No segundo capítulo fica explicitado o processo de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil até o estabelecimento do amplo sistema atual de controle de constitucionalidade brasileiro. Em momento posterior, trata da necessidade de se fazer valer a supremacia constitucional como forma de garantir a própria existência do Estado Democrático de Direito.

Em um segundo momento, o capítulo dois abarca análise tanto sobre a forma concentrada de controle de constitucionalidade quanto sobre a forma difusa, discorrendo sobre quem exerce a competência para desempenhar ambas as formas de controle e sobre os efeitos produzidos pelas suas decisões.

No derradeiro capítulo é abordada teoria do jurista português Paulo Otero que trata das hipóteses de relativização da coisa julgada como forma de manutenção da harmonia do ordenamento jurídico em relação ao texto constitucional baseando-se no princípio da proporcionalidade. Em seguida é demonstrada a ampla receptividade conferida à teoria portuguesa pelo ordenamento jurídico brasileiro, encabeçada por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Faria.

Ficam evidentes no bojo do capítulo final os principais fundamentos da teoria nacional pela relativização da coisa julgada, quais sejam, a obtenção da justiça no caso concreto baseando-se no princípio da constitucionalidade e na moralidade, bem como o argumento de que quando contraria a constituição, a coisa julgada deve ser tratada como mero instrumento jurídico processual, não gozando da imutabilidade conferida pelo art. 5º, XXXVI da Constituição Federal.

Posteriormente o capítulo três trata de alguns dos principais pontos apontados pela doutrina minoritária sobre o tema, como o possível comprometimento da autonomia do controle difuso de constitucionalidade frente à rescisão da coisa julgada após declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

Apona, por fim, a necessidade de relativização da coisa julgada como forma de submeter o Poder Judiciário ao controle de constitucionalidade das normas, zelando pela harmonia do sistema jurídico brasileiro e pela prevalência de princípios constitucionais de suma importância, como o princípio da constitucionalidade e o da moralidade.

## CAPÍTULO 1 – COISA JULGADA

### 1.1 Conceito

No mundo moderno surgiram diversas teorias buscando justificar a coisa julgada, não cabendo este estudo analisá-las detidamente. Parece-nos justo, contudo, apresentar em breve síntese algumas das teorias mais relevantes e o que defendiam seus autores (ALVIM, 2011, p.266-268).

A primeira se trata da teoria da eficácia da declaração, defendida por Hellwig, segundo a qual apenas o conteúdo declaratório da sentença seria imbuído da imutabilidade pertinente à coisa julgada.

Por sua vez, a teoria da vontade do Estado, proposta por Giuseppe Chiovenda, defende ser a sentença um ato jurídico-processual que espelha a vontade do Estado somado à inteligência do magistrado aplicada para resolver o caso concreto.

Elevada importância para o direito brasileiro tem a teoria da sentença como lei especial, de autoria de Carnelutti, visto que as atribuições dadas por esta teoria à coisa julgada forma e material foram aproveitadas no ordenamento jurídico pátrio, como leciona Marcelo Abelha Rodrigues (2008, p.202):

Segundo Carnelutti, a *imperatividade* estava ligada à idéia de eficácia da sentença e corresponderia à coisa julgada material, e existiria antes mesmo do trânsito em julgado. A imutabilidade da decisão seria uma situação advinda com o trânsito em julgado e, portanto, corresponderia à coisa julgada formal.

Por fim, talvez a mais importante das teorias é a teoria da qualificação dos efeitos da sentença, proposta por Enrico Tullio Liebman. Esta teoria inovou no mundo jurídico ao discernir a coisa julgada dos efeitos da sentença, afirmando que aquela seria apenas uma qualidade inerente à esta. A importância desta teoria advém não só por ela ter implementado tão importante distinção, mas também por embasar o entendimento majoritário sobre o conceito de coisa julgada adotado atualmente no Brasil.

Atualmente, o Código de Processo Civil Brasileiro (CPC), Lei nº 5.869, de 1973 em seu artigo 467 define coisa julgada: “Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Tal definição apenas reafirma o

disposto no art. 6º, §3º da Lei de Introdução ao Código Civil e, infelizmente, mostra-se insatisfatória.

Buscando complementar o conceito estipulado na legislação, diversos juristas buscaram fornecer melhores definições, dentre as quais a mais aceita atualmente no Brasil é a defendida por Liebman, segundo a qual Coisa Julgada é “a imutabilidade do comando emergente de uma sentença” (LIEBMAN, 1985, p.54), contudo Liebman também defende que são imutáveis os efeitos decorrentes da coisa julgada.

Apesar de dominante, a noção defendida por Liebman é polêmica e sofre críticas principalmente no que diz respeito à imutabilidade dos efeitos da sentença, pois segundo uma corrente processualista, apenas o efeito declaratório de uma sentença definitiva seria imutável, não abarcando os efeitos constitutivo e condenatório. Outra corrente oferece crítica ainda maior, vez que os efeitos decorrentes de uma sentença nunca poderiam ser imutáveis pois a realidade fática tende a alterar-se independentemente da decisão judicial ou até mesmo em decorrência dela.

Em uma sentença de divórcio, constitutiva por natureza, apesar da sentença atribuir força jurídica à separação de corpos do casal, nada impede que os ex-cônjuges tornem a contrair matrimônio entre si em um momento posterior. Do mesmo modo, uma sentença em processo de execução de título extrajudicial produzirá de imediato o efeito de atribuir força coercitiva à necessidade de pagamento da dívida contraída pelo devedor, entretanto, quitada a dívida cessam os efeitos da sentença proferida. Por fim, em caso de sentença meramente declaratória que tem o intuito único de estabelecer nova relação jurídica e conferir certeza oficial sobre a sua existência, como a de usucapião, por exemplo. Não seria possível negar que a qualquer tempo a certeza oficial da existência da relação jurídica poderia ser destruída em virtude de qualquer motivo que pusesse fim à própria relação jurídica (CÂMARA, 2010, p.490-491).

Como destacado anteriormente, o art. 467 do CPC dispõe que “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença”, ou seja, o código restringe a imutabilidade apenas à sentença e não aos seus efeitos. Por esta razão nos parece mais adequado adotar um misto da definição de Liebman e a definição do código, como conclui Alexandre Freitas Câmara: “Pode-se, pois, definir a coisa julgada como a imutabilidade da sentença

(coisa julgada formal) e de seu conteúdo (coisa julgada material), quando não mais cabível qualquer recurso” (CÂMARA, 2010, p.493).

## **1.2 Coisa Julgada Formal**

Advém da Idade Média a distinção entre sentenças definitivas, que decidem a questão principal, e as sentenças meramente interlocutórias, que se dedicam a resolver questões incidentais. Tal distinção origina, por consequência, os termos “coisa julgada formal” e “coisa julgada material”.

Atualmente a dinâmica do processo civil brasileiro admite sentenças das quais cabem recursos no decorrer do processo caso sejam obedecidos certos prazos processuais, seja para garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório, seja para simplesmente lidar com questões incidentais meramente processuais.

Existem ainda as sentenças que põem fim ao processo sem, contudo aludir a causa de pedir que originou o pleito, decorrendo de situação impeditiva impossível de ser superada, mas que muitas vezes não extingue a pretensão do autor.

Para os casos de sentenças que comportam recursos há sempre que se observar os prazos processuais, que, uma vez extrapolados impedem a impugnação do que fora decidido, atribuindo imutabilidade àquela sentença outrora recorrível. A este fenômeno atribui-se a denominação de coisa julgada formal e, por fazer alusão, inclusive, a sentenças que não resolvem o mérito da questão, nada impede que o autor do processo venha a ajuizar ação idêntica uma vez que transite em julgado sentença terminativa em processo anterior.

Há que se falar, contudo, que existe uma corrente doutrinária, encabeçada por Chiovenda, que critica a necessidade de existência de um termo “coisa julgada formal”, vez que a preclusão bastaria para explicar o mesmo fenômeno, tornando o termo “coisa julgada” mais preciso juridicamente, vez que este faria referência apenas aos casos em que utilizamos o termo “coisa julgada material” e faria da preclusão um gênero da qual seria espécie a “preclusão máxima” para os casos em que hoje nos referimos a coisa julgada formal (CHIOVENDA, 1969, p.373).

Entretanto, por ter diminuta relevância e pela definição de coisa julgada formal se adequar ao preceituado no art 467 do CPC, nos parece juridicamente preciso o termo “coisa julgada formal”, pois denota não só a perda da capacidade de

agir tal qual a preclusão, mas também faz referência ao caráter imutável do comando da sentença (ALVIM, 2011, p. 265). Ademais, atualmente é majoritária a teoria que entende a coisa julgada formal como pressuposto inseparável da coisa julgada material, de forma que ao invés de evitar imprecisão jurídica, a proscrição da coisa julgada formal acarretaria, em verdade, maior confusão teórica.

Ilustra o tema o seguinte julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. COISA JULGADA FORMAL. POSSIBILIDADE DE SE INICIAÇÃO DE NOVA AÇÃO, DESDE QUE SANEADO O DEFEITO QUE ENSEJOU A EXTINÇÃO ANTERIOR. ANÁLISE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE.

1. A extinção do primeiro processo sem julgamento de mérito, em razão da ilegitimidade ativa da autora, isto é, com base no art. 267, VI, do CPC, não tem o condão de obstar a propositura de nova ação pelo autor. Há, neste caso, a coisa julgada formal.

2. A análise acerca do saneamento do defeito que levou à extinção da 1ª ação, demanda o reexame de fatos e provas, o que é vedado em sede de recurso especial.

3. Agravo não provido. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgRg no AgRg no REsp 1298088/ RJ, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 2012).

### 1.3 Coisa Julgada Material

Como mencionado no item 1.2 desta dissertação, a coisa julgada material diz respeito não ao comando da sentença, mas sim ao seu conteúdo, ou seja, torna imutável a decisão que aborda diretamente os pedidos que fundamentaram a petição inicial, colocando fim não só à relação processual existente entre autor e réu, mas compondo a lide de forma definitiva (ALVIM, 2011, p. 265).

É pertinente a teoria que defende que a coisa julgada formal é pressuposto inseparável da coisa julgada material, pois tal qual a primeira, a coisa julgada material vai sempre por fim à relação processual. Diferencia-se, porém, da espécie formal, a coisa julgada que põe fim também à pretensão de ação da parte autora, compondo definitivamente a lide e atribuindo força de lei à decisão processual (THEODORO JR, 2000, p. 477).

Neste ponto importa-nos frisar que o trânsito em julgado de uma sentença nada mais é que o momento processual que marca a mudança na

realidade jurídica, uma vez que denota o primeiro momento em que processualmente as partes vêm entre si a existência de coisa julgada, seja ela formal ou material.

A partir deste momento há que se falar na autoridade da coisa julgada, que nada mais é que a imutabilidade que atinge a sentença após o trânsito em julgado.

Por sua vez autoridade da coisa julgada, ou sua imutabilidade, é autônoma e não se confunde com a eficácia da sentença, que apresenta, também, aspecto temporal por estar sujeita, via de regra, ao trânsito em julgado. Como defende José Carlos Barbosa Moreira, as existências do ato e de seus efeitos são acontecimentos autônomos não existindo obrigação de implicação recíproca (MOREIRA, 1982, p. 44).

Desta forma fica mais nítida a estreita relação existente entre a coisa julgada e os efeitos da sentença no sistema processual brasileiro, afinal a sentença judicial só poderá produzir efeitos após seu trânsito em julgado, ou seja, só pode ser oponível à parte sucumbente a sentença após o surgimento da coisa julgada, que torna imutáveis os efeitos da sentença e projeta sua autoridade para além do processo, compondo a lide.

A separação semântica entre coisa julgada e efeitos da sentença (WAMBIER, 2003, p.19) sem dúvida, está entre as maiores contribuições que Liebman proporcionou ao mundo jurídico (LIEBMAN 1984, p.59):

“Se a admitir, com efeito (como procurei demonstrar), que os efeitos que a sentença produz são de todo independentes da coisa julgada, e a que esta serve unicamente para torná-los imutáveis, claro é que a sua função é unicamente a de impedir todo juízo diferente que contradiga ou contraste os efeitos produzidos pela antecedente sentença.”

Complementa esse entendimento a noção de que a coisa julgada não é imutável apenas entre as partes na relação processual, e sim em relação a todos, como ensina Ovídio Baptista (2003, p. 71):

“A coisa julgada, como resultado da definição da relação processual, é obrigatória para os sujeitos desta. Mas, como todo ato jurídico, relativamente às partes entre as quais intervém, a sentença existe e vale com respeito a todos.”

Conforme demonstrado anteriormente no presente texto, atualmente a tese de Liebman é acatada majoritariamente somente até o ponto em que distingue coisa julgada dos efeitos da sentença, pois entende-se que a imutabilidade da sentença restringe-se ao seu comando (coisa julgada formal) e ao seu conteúdo (coisa julgada material) até o exaurimento da situação fática que originou a causa de pedir da ação proposta.

Neste sentido, discorre Luiz Guilherme Marinoni (1992, p.68):

“A declaração contida em uma sentença acobertada por coisa julgada material jamais poderá ser modificada. Os efeitos da sentença transitada em julgado é que podem ser modificados. É que a sentença espelha situação jurídica e fática que existia em determinado instante, pelo que ‘novas circunstâncias’ somente poderão refletir outra declaração em sentença.”

Arremata a questão a síntese que Araken de Assis faz sobre o debate empreendido entre José Carlos Barbosa Moreira e Ovídio A. Baptista da Silva dizendo que a coisa julgada não configura efeito da sentença, uma qualidade acrescentada ao provimento judicial; os efeitos, em detrimento do que pensa Liebman, alteram-se; coexistem na sentença eficácias distintas. Discordam, entretanto, quanto às conseqüências da alteração dos efeitos: Barbosa Moreira defendendo o efeito como algo exclusivamente externo do provimento, preserva a interna eficácia da modificação; Ovídio, negando ao efeito posição exterior à sentença, põe a salvo somente a eficácia declaratória. (ARAKEN, 1989, p. 77-96).

Posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça da seguinte forma sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. REVIS. ADESÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 26 DO CPC E 5º, § 3º, DA LEI 10.189/2001. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

1. Os dispositivos tidos por violados, no caso, os arts. 26 do CPC e 5º, § 3º, da Lei 10.189/2001, não foram pré-questionados, nem sequer implicitamente, apesar da oposição de embargos de declaração na origem. Incidência da Súmula 211/STJ. Não basta o Tribunal de origem dizer que os dispositivos legais estão pré-questionados, deve, no entanto, realizar análise efetiva sobre eles.

2. A divergência jurisprudencial não foi demonstrada, uma vez que não há similitude fático-jurídica entre o que foi decidido no aresto atacado e a matéria tratada nos acórdãos paradigmas. Observa-se que o julgado recorrido não adentrou a análise da possibilidade de exigência dos honorários advocatícios nos casos de adesão ao Refis,

nem mesmo quanto à fixação máxima no percentual de 1%, conforme a Lei 10.189/2001.

3. Ademais, é evidente o fato de que transitou em julgado uma sentença condenando a agravante em honorários de sucumbência referente aos embargos à execução e que, dessa forma, fez-se coisa julgada material. Portanto, qualquer alteração naquele título judicial significaria rescisão da sentença por uma via inadequada (exceção de pré-executividade), além de incorrer na violação da coisa julgada.

4. Agravo regimental não provido. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgRg no Ag 1392020/ RS, Relator: Ministro Castro Meira, 2012).

#### **1.4 Limites Objetivos da Coisa Julgada**

Como percebemos até o momento, a coisa julgada atribui imutabilidade à sentença judicial, mas em verdade toda sentença é composta por relatório, fundamentos e dispositivo (Art. 458, CPC).

Buscando delimitar que parte da sentença, de fato, transitaria em julgado, o Código de Processo Civil brasileiro em seu art. 469, I exclui os motivos (ou fundamentos), do escopo da coisa julgada.

Entretanto, cumpre-nos observar que essa questão é alvo de debate doutrinário composto de teses conflitantes, umas defendendo que a coisa julgada definitivamente não deve atingir os motivos da sentença, conforme consta na letra da lei; outra tese, por sua vez, os motivos devem ser atingidos pela coisa julgada sempre que forem indispensáveis para a compreensão do dispositivo; uma terceira corrente afirma serem os motivos parte da coisa julgada quando eles estiverem insertos na própria decisão; por fim, há alguns que defendem que os motivos devem ser abrangidos pela coisa julgada pois são a “alma da decisão” (ALVIM, 2011, p.272)

Frente a tais considerações, é necessário tomarmos posicionamento mais prático, segundo o qual entende a coisa julgada como meio de pôr fim ao caso concreto, resolvendo o litígio entre as partes processuais. Neste raciocínio, escapa à finalidade da coisa julgada a imutabilidade conferida à total amplitude da matéria lógica discutida no processo, conforme discorre Liebman(1984, p.57):

“Por essa razão, ao invés de estabelecer os limites da coisa julgada com fundamento nas questões discutidas, convém lembrar que o que a coisa julgada deve assegurar é o resultado prático e concreto do processo (ou, em outras palavras, o seu efeito), e nada mais que isso; e é pelo contrário, irrelevante a amplitude da matéria lógica discutida e examinada. Pode esta ter ultrapassado os limites da questão que foi deduzida no processo como seu objeto, ou pode também ter-se restringido mais do que ela poderia ter comportado,

sem que por isso se altere o âmbito em que opera a coisa julgada. E, para identificar o objeto (sentido técnico) do processo e, em consequência, da coisa julgada, é necessário considerar que a sentença represente a resposta do juiz aos pedidos das partes e que por isso (prescindindo da hipótese excepcional da decisão *extra petita*) tem ela os mesmos limites desses pedidos, que ministram, assim, o mais seguro critério para estabelecer os limites da coisa julgada.”

Desta forma, a inclusão, ou não, dos motivos na abrangência da coisa julgada, torna-se irrelevante caso não seja imprescindível à finalidade prática da coisa julgada, qual seja compor a lide. Conforme Thereza Arruda Alvim (1977, p.85), lide é aquilo que surge do conflito de interesses e é levado pelo autor ao juiz, que lhe atribui contornos para aplicação da lei no caso concreto. Lide, desta maneira seria o mérito da causa ou o objeto litigioso.

Por estas razões, deve ser acolhida com muita cautela a expressão segundo a qual a coisa julgada se estende às questões debatidas e decididas em sentença. Por um lado, a expressão tem sentido muito amplo, afinal não são cobertas pelo julgado as questões de fato e de direito analisadas pelo magistrado que representam o caminho lógico para a elaboração de sua decisão, que após prolatada, tira-lhes toda a sua importância. As questões prejudiciais sofrem análogo tratamento pois são objeto de cognição, mas não de decisão, ressalvado o caso em que tais questões sejam convertidas em principais por meio de ação declaratória incidental. Por outro lado a expressão pode se tornar demasiado estreita, pois, o vínculo oriundo da coisa julgada não admite a discussão acerca da deliberação contida na sentença. É isto que significa, na prática, a afirmação de que o julgado cobre o deduzido e o deduzível, advinda da interpretação do art. 474, CPC (ALVIM 2011, p. 273).

Dessa maneira concluímos que a redação do art. 469,I, CPC não deve ser interpretada de maneira literal, mas sim de forma teleológica, pois a coisa julgada precisa se formar tanto para atender aos pedidos feitos pelo autor como para responder à pretensão do réu. Não fazendo parte do dispositivo qualquer fundamento que satisfaça essas finalidades, deverá, portanto, a coisa julgada abarcar em seu bojo os fundamentos que as satisfaçam.

Nesse sentido podemos elencar a seguinte jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE CONCUBINATO. EXTENSÃO DA RES JUDICATA À ADMISSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE.

LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA. PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL FALECIDO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE VIÚVA E CONCUBINA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. A coisa julgada contida no dispositivo da decisão judicial transitada em julgado está delimitada pelo pedido e pela causa de pedir apresentadas na petição inicial do processo de conhecimento.

2. Conquanto somente o dispositivo da sentença seja abarcado pela coisa julgada material, é certo que os efeitos da res judicata apenas se abatem sobre as matérias cujos contornos fáticos e jurídicos tenham sido efetivamente examinados e decididos pelo Poder Judiciário de forma definitiva.

3. Na peça vestibular da ação de reconhecimento de concubinato não foi veiculado qualquer pedido no sentido de que restasse declarada a existência de união estável; e também não consta do decisum transitado em julgado nenhuma consideração, apreciação de prova ou desenvolvimento de tese jurídica que tivesse por objetivo alicerçar conclusão nesse sentido.

4. No caso de pensão por morte, é possível o rateio igualitário do benefício entre a ex-esposa e a companheira de servidor falecido. 5. O reconhecimento da união estável pressupõe a inexistência de impedimentos para o casamento.

6. A vigência de matrimônio não é empecilho para a caracterização da união estável, desde que esteja evidenciada a separação de fato entre os ex-cônjuges, o que não é a hipótese dos autos.

7. O concubinato não pode ser erigido ao mesmo patamar jurídico da união estável, sendo certo que o reconhecimento dessa última é condição imprescindível à garantia dos direitos previstos na Constituição Federal e na legislação pátria aos companheiros, inclusive para fins previdenciários.

8. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e provido. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RMS 30414/ PB, Relatora: Ministra Laurita Vaz, 2012).

### 1.5 Limites subjetivos da coisa julgada

Elucidado o objeto que é atingido pelo efeito da coisa julgada, passa-se a indagação de *quem* será afetado pelo julgado. Tal indagação causa grande polêmica entre os juristas, não existindo ainda, teoria que satisfaça plenamente a problemática pertinente a este tema.

Em um primeiro momento, há que se falar que a “sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros...” (Art. 472, CPC), ressalvado o caso de ações coletivas *lato sensu*.

Sabe-se também que a autoridade da coisa julgada existe apenas entre as partes, isto é, endoprocessualmente. Em contrapartida, como pronunciamento estatal, a sentença passa a existir no mundo jurídico e é reconhecida por todos, não tem limites. O que é limitado, em verdade, é a

imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença, visando evitar que a coisa julgada prejudique terceiros.

Ocorre que no mundo real os efeitos da sentença frequentemente atingem terceiros, como o efeito da sentença que rescinde o contrato de locação prejudica os sublocatários mesmo que estes não tenham figurado em um dos polos da ação; os efeitos da sentença reivindicatória de um condômino, da mesma forma, beneficiarão a todos os demais condôminos.

Atinge terceiros, portanto, apenas a eficácia natural da sentença, que é oponível a todos, mas inexistente qualquer empecilho que iniba esses terceiros de questionarem a relação jurídica que lhes é imposta, pois não há que se falar em coisa julgada formada em processo no qual eles não figuraram.

Vale dizer que tal diferenciação entre os limites de eficácia da sentença e da coisa julgada se tornou possível apenas porque Liebman jamais se conformou com o entendimento anterior, sustentado pela teoria dos efeitos reflexos da coisa julgada de autoria de Chiovenda, que pressupunha a oposição da coisa julgada a terceiro justamente porque a coisa julgada seria indissociável da eficácia da sentença, e sendo esta oponível a terceiros, também seria aquela.

O Código de Processo Civil adota, em seu art. 1.165, a teoria da eficácia natural da sentença, proposta por Liebman, que formula dois princípios básicos; i) eficácia natural da sentença vale para todos e; ii) autoridade da coisa julgada se forma e existe apenas entre as partes (ALVIM, 2011, p.277).

Merece destaque, por fim a classificação que Liebman deu aos terceiros que poderiam se relacionar com a coisa julgada, quais sejam os terceiros indiferentes, os terceiros interessados praticamente e os terceiros juridicamente interessados.

São impossibilitados de se insurgir contra a coisa julgada os terceiros juridicamente indiferentes, que são completamente estranhos à causa e terceiros que sofrem prejuízo de fato em relação à sentença mas não podem se opor à coisa julgada em virtude da total falta de interesse de agir, que é requisito essencial para a propositura da ação. Exemplificam este último subgrupo o caso de credores que vêm seu devedor obrigado a pagar dívida adquirida com outro credor por força de sentença, diminuindo o patrimônio do devedor e, por conseguinte a sua garantia de pagamento (CÂMARA, 2010, p.54)

Os terceiros juridicamente interessados, por sua vez, subdividem-se em terceiros cujo interesse jurídico é idêntico ao das partes envolvidas no processo, e desta forma, não é limitado de maneira alguma em se insurgir contra a coisa julgada. Por exemplo, o caso de acionistas de uma sociedade anônima que frente a uma demanda transitada em julgado proposta por outro acionista que pleiteava a anulação de uma assembléia de acionistas contra a própria sociedade, não se encontram impedidos, uma vez que não tenham sido partes do primeiro processo, de propor ação sob o mesmo fundamento e com pedido idêntico (CÂMARA, 2010, p. 57).

Compõe outro subgrupo dos terceiros juridicamente interessados, os terceiros com interesse jurídico inferior aos das partes, que, embora tenham sofrido prejuízo decorrente dos efeitos da sentença, encontram-se em posição de subordinação em relação às partes. Um exemplo deste subgrupo é o de um sublocatário (consentido), que perante a uma sentença que declarou o despejo do locatário, proposta pelo locador, vê-se prejudicado pelo seu efeito e não poderá atacar, irrestritamente a coisa julgada que se formou naquele processo. Ocorre que nestes casos o terceiro poderá se opor contra a coisa julgada somente caso a decisão seja considerada injusta, isto é, seja contrária ao direito posto ou que tenha sido prolatada contrariando provas elencadas no bojo do processo (CÂMARA, 2010, p. 63).

A jurisprudência do Superior Tribunal de justiça posiciona-se da seguinte maneira sobre o tema:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDORES PÚBLICOS. PEDIDO DE EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS COM O PISO SALARIAL RECONHECIDO EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. PRETENSÃO QUE ESBARRA NOS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA. ART. 472 DO CPC. INCABÍVEL A CONCESSÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DE REAJUSTE, EXCLUSIVAMENTE, COM BASE NO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. SÚMULA 339/STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência do STJ é firme quanto à inviabilidade da extensão dos efeitos de decisão judicial a terceiros, especialmente a que assegura vantagens pecuniárias a determinados servidores, porquanto tais efeitos somente atingem as partes que integraram a respectiva relação jurídica, nos termos do art. 472 do CPC.

2. Incidência da Súmula 339 do STF: Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

3. Agravo Regimental desprovido (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgRg no Ag 1329376 / CE, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 2012).

## **CAPÍTULO 2 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

### **2.1 Evolução do controle de constitucionalidade no Brasil**

Os diversos sistemas constitucionais têm adotado o instituto do controle judicial de constitucionalidade em diferentes sistemas políticos, constatando-se uma ampla predominância do modelo de controle concentrado.

O controle judicial de constitucionalidade é uma criação do direito constitucional e da ciência política do mundo moderno e, no Brasil, sofreu substancial reforma com o advento da Constituição de 1988, embora tenha preservado o modelo incidental ou difuso.

Passemos à breve síntese histórica para demonstrar a evolução do controle de constitucionalidade, tomando com base os estudos de Gilmar Ferreira Mendes (2009, p.1083-1109).

#### *A Constituição imperial.*

A Constituição de 1824 não estabeleceu qualquer sistema de controle de constitucionalidade, ensejando que o Poder Legislativo assumisse a atribuição de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, e “velar na guarda da Constituição” (art. 15, n. 8 e 9). Esse modelo consagrou a soberania do Parlamento e por outro lado, a instituição do Poder Moderador assegurava ao Chefe de Estado velar para “a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes” (art. 98).

#### *O controle de constitucionalidade na Constituição de 1891.*

O regime republicano inaugurou uma nova concepção que consagrava o modelo difuso de controle de constitucionalidade estabelecido pela chamada Constituição provisória de 1890 (art. 58, § 1º, a e b).

Ainda em conformidade com o disposto no Dec. N. 848/1890, o sistema brasileiro foi estabelecido pela via da exceção ao determinar que a intervenção da

magistratura só ocorresse em espécie e mediante provocação dos litigantes, estabelecendo-se o julgamento incidental de inconstitucionalidade.

A Constituição de 1891 reconheceu a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados em última instância. A Lei de n. 221, de 20.11.1894 explicitou o sistema de controle de constitucionalidade não restando dúvida quanto ao poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle de constitucionalidade.

A reforma constitucional de 1926 procedeu a algumas alterações sem modificar a substância, consolidando o amplo sistema de controle difuso de constitucionalidade do Direito brasileiro.

#### *A Constituição de 1934 e o controle de constitucionalidade*

A Constituição de 1934 alterou profundamente o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade que passou a ser declarada somente mediante a manifestação da maioria da totalidade de membros dos tribunais.

A Carta de 1934 consagrou a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (arts. 91, IV e 96).

A mais inovadora alteração introduzida pela Lei Magna de 1934 consistiu em referir-se à “declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal”. Isto é, condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3) à declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (art. 12, § 2).

Segundo Pedro Calmon, citado por Gilmar Mendes (MENDES, 2009, p. 1087), trata-se de um sucedâneo do direito de veto, atribuindo-se à Suprema Corte o poder de declarar a constitucionalidade da lei de intervenção e afirmar a inconstitucionalidade da lei ou ato estadual.

Cabe registrar que o sistema instituído pela Carta de 1934 assumiu invulgar importância para todo o desenvolvimento do controle de constitucionalidade mediante ação direta no direito brasileiro. Em seu art. 68, o texto constitucional vedou ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas e atribuiu competência ao Senado Federal para “examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo e suspender a execução de dispositivos ilegais” (art. 91, II).

*O controle de constitucionalidade na constituição de 1937.*

A Carta de 1937 consagrou em seu artigo 96, parágrafo único, princípio que instituiu uma peculiar modalidade de revisão constitucional, qual seja, declarada a inconstitucionalidade de uma lei que a juízo do Presidente da República seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, o chefe do Executivo poderia submetê-la novamente ao Parlamento.

Do ponto de vista doutrinário, a inovação parecia despida de significado, todavia quando o Presidente Getúlio Vargas, em 1939, editou o Decreto-Lei n. 1564, confirmando textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a reação nos meios judiciários foi intensa.

A Carta de 1937 representou um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade valendo registrar a vedação ao Judiciário de conhecer as questões exclusivamente políticas (art. 94); a perda de qualidade da garantia constitucional do mandado de segurança e a exclusão da apreciação judicial, na via mandamental, dos atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores e interventores dos Estados (art. 319) do Código de Processo Civil.

*O controle de constitucionalidade na constituição de 1967/69.*

A Constituição de 1967 não inovou o sistema de controle de constitucionalidade, mantendo-se o controle difuso e a ação direta de inconstitucionalidade subsistiu tal como previsto na Constituição de 1946.

A representação para fins de intervenção confiada ao Procurador-Geral da República foi ampliada e a competência para suspender o ato estadual foi transferida para o Presidente da República (art. 11, § 2) e preservou-se o controle de constitucionalidade *in abstracto*.

Em 1970, o Procurador-Geral negou-se a submeter decreto-lei de censura prévia a livros, jornais e periódicos ao Supremo Tribunal Federal estabelecendo-se intensas discussões quanto a eventual discricionariedade do Procurador-Geral da República para oferecer ou não a representação de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal.

*O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988.*

A Constituição de 1988 ampliou significativamente os mecanismos de proteção judicial e também o controle de constitucionalidade das leis.

A representação interventiva que se constitui no pressuposto de intervenção federal em Estados foi preservada (CF, art. 34, VII, c/c o art. 36, III), porém nada se fez para a inclusão de instrumento para defesa de direitos subjetivos públicos.

A Constituição consagrou o *habeas corpus* como instrumento processual destinado a proteger o indivíduo contra atos arbitrários do Poder Público ao lado do mandado de segurança destinado a garantir direito líquido e certo (CF, art. 5º, LXIX, a). Ao lado do *habeas data* que garante o direito de autodeterminação sobre informações, instituiu-se também, o mandado de injunção que pode ser utilizado contra a omissão de órgãos com poder normativo que impeça o exercício de direito constitucional assegurado (art. 5, LXXI) e reduziu-se o âmbito do recurso extraordinário.

A criação da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (CF, art. 102, 1, a, c/c o art. 103) apresenta-se como uma grande mudança, ao lado da possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao supremo Tribunal Federal.

A Carta Magna de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar a legitimação para propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103).

A Emenda constitucional n.3/1993 disciplinou o instituto da *ação declaratória de inconstitucionalidade*, firmou a competência do STF para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. A Emenda Constitucional n.45/2004 corrigiu o modelo restritivo da EC n.3/93 estabelecendo que estariam legitimadas para a ADC as normas legitimadas para a ADI.

As mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro alteraram radicalmente a relação existente entre os controles concentrado e difuso, reforçando-se sobretudo o controle concentrado.

Em resposta ao quadro de incompletude de sistema de controle direto surgiu o conceito de 'incidente de inconstitucionalidade' que se pretendia assegurar aos entes legitimados do art. 103 a possibilidade de provocar o pronunciamento do STF sobre controvérsias constitucionais, porém não vingou.

## 2.2 Conceito

Controle de constitucionalidade é o instrumento pelo qual o ordenamento jurídico visa assegurar a supremacia constitucional, por meio da verificação de caso as normas a ele submetidas adequam-se ao texto maior segundo os critérios formais e materiais. À todo texto normativo eivado de inconstitucionalidade, prevê-se a sua exclusão do ordenamento jurídico para preservar a higidez da Carta de Outubro (BULOS, 2009, p.110)

## 2.3 A Supremacia da Constituição

Pressuposto da aplicação de qualquer via de controle de constitucionalidade é preservar a supremacia, tanto material quanto formal do texto constitucional.

É possível afirmar, que apenas após o caso *Marbury versus Madison* nos Estados Unidos da América, em 1803, quando a Suprema Corte exauriu a eficácia de uma lei inconstitucional e fundamentou que todos os juízes deveriam primar pelo respeito da Lei Maior em detrimento das leis ordinárias que lhe sejam contrárias. Desta forma, nasceu o controle difuso de constitucionalidade e pode-se dizer que ficou instituída, de forma concreta, a supremacia da norma constitucional, que seria defendida por Hans Kelsen 131 anos mais tarde (KELSEN, 1998, p.217), segundo o qual:

A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa

A partir do julgado americano, de fato, a Constituição passou a ser o referencial máximo de poder em um Estado Democrático de Direito, consolidando-se como lei maior do “império das leis”. Importa dizer, desta maneira, que não só os entes figurantes do direito privado, mas também os Poderes Executivo e Legislativo deveriam pautar suas ações segundo os preceitos estabelecidos na constituição.

No âmbito da teoria proposta por Kelsen deve-se apontar, também, a existência de certa hierarquia atribuída a cada tipo normativo, estabelecendo entre estes, maior ou menor valor em relação aos outros (FERRARI, 2004, p.53). Trata-se da consagrada pirâmide de Kelsen que tem o texto constitucional em seu vértice superior, subjugando todas demais espécies normativas e elucidando o princípio defendido pelo jurista de que para ser válida toda norma deve buscar seu fundamento em norma superior (KELSEN, 1974, p.269).

Fica evidente desta forma a rigidez a que estão submetidos todos os entes estatais capazes de gerar leis ou atos normativos, pois todos devem obedecer aos princípios e ditames pré-estabelecidos pelas normas imediatamente superiores, que por sua vez obedecem o estabelecido pelas normas que lhes são imediatamente superiores e assim por diante até que a norma se submeta unicamente ao texto constitucional e necessite adequar-se unicamente aos seus preceitos.

Advém da supremacia da constituição a sua rigidez formal, contudo, adverte Paulo Napoleão Nogueira da Silva (1992, p.15):

“o controle de constitucionalidade, a rigor, passa por cima de conceitos tais como o de Constituição flexível ou rígida, na medida em que, em tese, pode incidir de igual maneira sobre as leis e os atos normativos em geral, fundados tanto em uma, como em outra, dessas espécies constitucionais.”

Indubitavelmente a rigidez das constituições funciona de maneira a proteger a *lexmater*, no entanto não existe qualquer intersecção absoluta a ponto de crermos que a Constituição será flexível caso inexista qualquer controle constitucional do Estado. Tampouco a característica flexível, ou não, das constituições é crucial para o exercício do controle de constitucionalidade. Na ótica material, o princípio da rigidez não se trata de um paradigma para os atos normativos, pois cabe a elementos diversos inclusive o próprio bom senso, a manutenção e garantia da ordem. Ainda sobre o controle de constitucionalidade complementa Uadi Lammego Bulos (2009, p.111):

“Um dos fundamentos do controle da constitucionalidade é a proteção dos direitos e garantias fundamentais, porque existe uma tábua de valores na sociedade que deve ser preservada das injunções estritamente políticas, das decisões que contrariam a legitimidade democrática, dos conchavos que deturpam as

conquistas alcançadas no longo e tormentoso processo de elaboração originária da *lex mater*.”

Neste âmbito, o significado do termo “constitucionalidade” de uma lei diz respeito à harmonia entre o seu texto com os princípios norteadores e reguladores de todo o ordenamento jurídico estabelecidos pela Constituição Federal (MENDES, 1998, p. 248).

Devemos entender ainda que o termo “constitucionalidade” deve ser compreendido não somente como noção de conformidade da lei com o texto constitucional, mas também com o significado de lei válida, isto é, promulgada por órgão competente e que obedeceu ao devido processo legislativo antes de ser introduzida no ordenamento jurídico e submetida à análise de conformidade com os ditames do texto constitucional. Nesse sentido (BITTAR apud MENDES, 2009, p. 1054).

“... constitucional será o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a Constituição prescreve para a sua perfeita integração; inconstitucional será o ato que incorrer em sanção — de nulidade ou de anulabilidade — por desconformidade com o ordenamento constitucional.”

Resta evidente nessa conceituação que todas as espécies normativas são dotadas de requisitos formais de constitucionalidade, que poderão eivar a espécie normativa com o vício da inconstitucionalidade tanto quanto a inconstitucionalidade material o faria.

Os pressupostos formais da constitucionalidade das leis, divididos em subjetivos e objetivos, dizem respeito à obediência ao disposto nos artigos 59 a 69 da Carta da República, que estabelecem as regras do processo legislativo. A submissão do legislador a regras constitucionais para confecção de leis exemplifica a submissão do Estado às suas próprias leis e consubstancia o princípio da legalidade estabelecido no art. 5º, II da CF (MORAES, 2003, p. 579).

Os requisitos formais subjetivos advêm da fase inicial do processo legislativo (art. 61, CF) e dizem respeito tão somente à competência para fazê-lo do órgão que editou a espécie normativa. Por exemplo, apresentaria vício de inconstitucionalidade formal subjetiva a lei ordinária que fosse promulgada pelo Ministério da Justiça, vez que a Constituição não lhe atribui competência para legislar.

Em tempo, os pressupostos formais objetivos fazem referência aos critérios de validade estabelecidos pela Constituição Federal. Lei Complementar aprovada sem a observância do quórum mínimo de votação estabelecido no art 69 da CF, por exemplo, apresentaria vício formal objetivo de constitucionalidade.

## **2.4 Formas do controle de constitucionalidade**

Estabelecida a supremacia constitucional e reconhecida a sua força vinculante perante o Poder Público, passa-se à análise das diversas formas possíveis de exercer o controle de constitucionalidade, visto que o vício de inconstitucionalidade pode ser sanado em vários momentos, tendo início, inclusive durante processo legislativo de criação da espécie normativa.

Levando em conta o momento em que o controle será exercido, podemos classificá-lo em preventivo, ou seja, que ocorre antes do aperfeiçoamento da espécie normativa, podendo ser exercido tanto pelo Presidente da República segundo previsão do art. 66, §1 da CF/88 quanto pelas duas Casas Legislativas do Congresso Nacional. Neste último caso o respaldo legal para seu exercício é o art. 58 da CF/88 que institui comissões permanentes cujo objetivo é averiguar a constitucionalidade dos projetos de lei a elas submetidos. A existência de tais comissões está prevista no art. 32, IV do Regimento Interno da Câmara dos Deputados bem como no art. 101 do Regimento Interno do Senado Federal.

Esse modelo foi introduzido no texto constitucional brasileiro por influência francesa, vez que na França a Carta Constitucional prevê a existência de Conselho Constitucional que tem o objetivo de averiguar a constitucionalidade dos projetos de lei.

Contudo, a forma repressiva de controle é regra enquanto a forma preventiva é exceção, visto que a legislação pátria exige que a lei cuja constitucionalidade será averiguada deva ter sido, ao menos, promulgada. O controle repressivo é, portanto, exercido pelo Senado Federal na maioria dos casos, contudo, pode também o Senado Federal, em cumprimento do disposto no art. 49, V da Constituição Federal de 1988 a outra hipótese de controle repressivo exercida pelo Poder Legislativo

Como podemos notar até aqui, há previsão de controle de constitucionalidade exercido tanto pelos Poderes Legislativo e Executivo,

denominado controle político, quanto controle exercido pelo Poder Judiciário, tido como controle jurisdicional. Devido a esta característica, considera-se misto o modelo adotado no bojo da *lexmater* brasileira, atribuindo competência para exercer controle de constitucionalidade para todos os Três Poderes que compõe o Estado brasileiro. (BULOS, 2009, p.115).

Considera-se misto, também, o modelo de controle jurisdicional, ou repressivo, de constitucionalidade brasileiro em razão de existirem em nosso ordenamento dois meios distintos para se averiguar a constitucionalidade das leis, quais sejam o controle difuso, ou concreto, e o controle concentrado, ou abstrato

## **2.5 Controle de constitucionalidade difuso ou concreto**

Como apontado nesse estudo anteriormente, pode-se dizer que a primeira manifestação do controle constitucional por meio difuso se deu nos Estados Unidos da América em 1803, durante o julgamento do caso *Marbury versus Madison* pela Suprema Corte. Nesse julgado o juiz Marshall estabeleceu como inseparável da atividade jurisdicional a aplicação e interpretação da lei, devendo o magistrado zelar sempre pela defesa do texto constitucional caso haja contrariedade expressa em lei inferior.

No Brasil o controle difuso foi apresentado pela constituição de 1891 e se dá de forma incidental, ou seja, mediante arguição de inconstitucionalidade realizada em sede de exceção no caso concreto, podendo ser julgada por todo e qualquer Juiz ou Tribunal perante o qual o processo esteja sendo julgado.

Desta feita, a declaração sobre a constitucionalidade de uma lei será sempre incidental, não representando julgamento do objeto principal da lide por não se ater aos pedidos e à causa de pedir. Tal decisão representa, senão, manifestação jurisdicional a respeito de questão primordial para o julgamento do mérito (FERRARI, 2004, p.178). Nesse caso, o que é conferido ao interessado é obter juízo de constitucionalidade, ou inconstitucionalidade, de lei para isentá-lo de obedecer no caso concreto o ato normativo que fira a Lei Maior (MORAES, 2003, p. 572).

Por ter sempre caráter incidental, a indagação sobre a constitucionalidade da lei terá em seu pólo ativo sempre o sujeito processual que se encontra prejudicado pela eficácia da lei inconstitucional. Tal sujeito, ao suscitar a inconstitucionalidade da lei deverá fundamentar sua petição, apontando com clareza

o vício legal, de forma a condicionar o julgamento do objeto principal do processo à anterior análise de constitucionalidade da espécie normativa que o prejudicou.

Há que se falar que, quando suscitada perante tribunal, a inconstitucionalidade incidental de lei poderá ser declarada apenas mediante voto da maioria absoluta da totalidade de seus integrantes, ou caso exista, do órgão especial daquele tribunal, obedecendo a cláusula de reserva de plenário fundada no art. 97 da Constituição de 1988, sob pena de nulidade da decisão do órgão fracionário (turma, câmara ou seção) (MORAES, 2003, p. 590).

Defende ainda Alexandre de Moraes que (2003, p. 592):

“... cláusula de reserva de plenário atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa, e para o Supremo Tribunal Federal, também no controle concentrado”.

Daí notamos a grande importância da cláusula da reserva de Plenário, vez que sua não observância acarreta nulidade do ato jurisdicional e sua obrigatoriedade abarca, inclusive, o Supremo Tribunal Federal tanto no âmbito do controle de constitucionalidade difuso quanto no concentrado.

Única hipótese de exceção à aplicação do art. 97 da Constituição de 1988 é caso o Excelso Pretório já tenha consagrado em decisão transitada em julgado a inconstitucionalidade da lei trazida à análise de órgão fracionário. Nesse caso, fundado na racionalidade e na interpretação teleológica da cláusula de reserva de plenário, o Tribunal Constitucional homenageia os princípios da celeridade e economia processual, vez que a reserva de plenário visa, em verdade, coibir o julgamento por órgãos fracionários de assuntos apreciados cuja arguição de constitucionalidade tenha sido suscitada pela primeira vez.

Neste sentido podemos observar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA. IPTU. PROGRESSIVIDADE FISCAL. VEDAÇÃO EM PERÍODO ANTERIOR À EC 29/2000. PROCESSUAL CIVIL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL. PROCEDIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. NEGATIVA DE PROVIMENTO. 1. "É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU,

salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana" (Súmula 668/STF). Reiterada aplicação às leis do Município do Rio de Janeiro. 2. Não há reserva de Plenário (art. 97 da Constituição) à aplicação de jurisprudência firmada pelo Pleno ou por ambas as Turmas desta Corte. Ademais, não é necessária identidade absoluta para aplicação dos precedentes dos quais resultem a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Requer-se, sim, que as matérias examinadas sejam equivalentes. Assim, cabe à parte que se entende prejudicada discutir a simetria entre as questões fáticas e jurídicas que lhe são peculiares e a orientação firmada por esta Corte. 3. De forma semelhante, não se aplica a reserva de Plenário à constante rejeição, por ambas as Turmas desta Corte, de pedido para aplicação de efeitos meramente prospectivos à decisão. De qualquer forma, a questão não tem relevância constitucional (RE 592.321-RG, rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 09.10.2009). 4. Sob pena de caracterização como simples falácia ad terrorem, compete ao ente federado demonstrar com precisão numérica a inviabilização da atividade estatal, pretensamente causada pelo dever de reparação de danos reconhecido pelo Judiciário. 5. Constitui inadmissível apelo à catástrofe a afirmação de que o custo da reparação reconhecida pelo Judiciário será distribuído a toda a sociedade, com o aumento da carga tributária. Antes de tudo, questão política-legislativa, que deve ser partilhada com os cidadãos pelos meios legalmente previstos. Insuficiência para afastar, tão-somente por si, direito individual ao ressarcimento de dano tributário. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AI 607616 AgR / RJ, Relator: Min. Joaquim Barbosa, 2010)

### **2.5.1 Efeitos do controle de constitucionalidade difuso**

Uma vez que tenha sido declarada inconstitucional, por meio do controle de constitucionalidade difuso, a lei ou ato normativo terá seus efeitos e implicações jurídicas dele advindas declarados nulos desde a data de sua publicação para as partes envolvidas no processo principal. O efeito *extunc* entre as partes é inerente à declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* pois não se trata de invalidação de lei que outrora fora válida e sim da declaração de que a espécie normativa é natimorta, nunca devendo ter projetado seus efeitos no mundo jurídico (VELOSO, 2000, p. 60).

Apesar de ter seu efeito *extunc* consagrado historicamente, o controle difuso também pode admitir regulação dos efeitos provenientes da decisão que

declara inconstitucionalidade. Isto pois no RE 197.917, após voto confeccionado pelo Ministro Gilmar Mendes, ficou entendido que, por existirem casos onde o efeito *extunc* prejudicaria sobremaneira todo o sistema vigente, bem como as decisões tomadas em momento anterior àquele pleito, seria admissível a atribuição de efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade entre as partes.

Não obstante, é possível que o Supremo Tribunal Federal averigue a constitucionalidade de normas através do controle difuso frente à interposição de recurso extraordinário. Nesses casos, quando o Supremo decide pela inconstitucionalidade da norma em questão, seus efeitos poderão adquirir eficácia *erga omnes* uma vez que o Senado suspenda a eficácia do ato nulo. Ainda nesse cenário, a eficácia da declaração de inconstitucionalidade *erga omnes* seria dotada apenas de efeito *ex nunc*.

## 2.6 Controle de constitucionalidade concentrado

O controle concentrado de constitucionalidade é oriundo da promulgação da primeira Constituição Austríaca em 1920 por grande influência de Hans Kelsen (1985), após a queda do Império Austro-Húngaro.

“Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa a competência para decidir esta questão, dificilmente, poderia surgir uma lei que vinculasse súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico(...) Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos, a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.”

Tratava-se da primeira vez que um Estado equipava-se com um Tribunal exclusivamente para tratar de questões de controle de constitucionalidade das leis, influenciando todos os países da Europa continental e os demais países que adotavam a tradição romano-germânica em seus ordenamentos jurídicos.

Tal forma de controle de constitucionalidade também pode ser chamada de abstrata por não ser vinculada a um caso concreto, não necessitando

estar relacionada a disputa jurídica diversa da própria arguição de inconstitucionalidade.

A inovação da Constituição Austríaca foi implantada em 1965 no Brasil por meio da emenda constitucional nº 16 daquele mesmo ano, atribuindo competência ao Supremo Tribunal Federal para lidar originariamente do controle de constitucionalidade em representação ajuizada pelo Procurador-Geral da República. Vale dizer que a nova competência do Pretório Excelso para julgar a inconstitucionalidade de modo originário apenas se somou à sua prerrogativa de averiguar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos incidentalmente, não a substituindo (MORAES, 2003, p. 605).

A Constituição Federal de 1988 restringe a legitimidade para propositura de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade no rol taxativo de seu art. 103. Após ter sido provocado, o controle concentrado será dotado de características do processo objetivo, isto é, seguirá regras próprias, não sendo abarcado pelas mesmas diretrizes do processo ordinário, comum ou subjetivo. É de suma importância o caráter de processo objetivo do controle concentrado, pois ao se desvencilhar das regras previstas no CPC para resolver conflitos subjetivos, o controle abstrato se ocupa melhor em garantir defesa da regularidade da ordem constitucional (BULOS, 2009, p.149).

O controle abstrato é exercido atualmente por meio de cinco espécies, que apresentaremos em apertada síntese baseada nos ensinamentos de Henrique Savonitti Miranda (2005, p.148-174):

a) **ação direta de inconstitucionalidade**, prevista no art. 102, I, A, da CF/88, tem finalidade de eliminar do mundo jurídico os efeitos de ato ou norma eivado do vício de inconstitucionalidade. São legitimados para propor esta ação os sujeitos constantes no rol do art. 103. Após transitar em julgado a decisão que pugne pela inconstitucionalidade de lei ou ato normativo tem efeito *erga omnes* e vinculante, conforme parágrafo único da Lei 9.868 de 1999. O art. 27 desse mesmo diploma legal disciplina que do ponto de vista temporal os efeitos da ação direta de inconstitucionalidade, apesar de retroagirem, via de regra, à data de publicação da lei inconstitucional (*extunc*), poderão ter efeitos *ex nunc* caso atentem contra a segurança jurídica ou contem com excepcional interesse social e obtenham êxito em votação por maioria de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal;

b) **ação direta de inconstitucionalidade por omissão** encontra fundamento legal no art. 103, §3º da Carta da República. Seu objetivo é reprimir a omissão, total ou parcial, do legislador sobre matérias sobre as quais deveria ter legislado, dando eficácia plena à matéria constitucional que carece de regulamentação. A legitimidade para sua propositura é tema do art. 12-A da Lei 9.868 de 1999, que dá aos integrantes do rol do art. 103 da Carta da República legitimidade para proposição da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Frente a inconstitucionalidade total ou parcial o Excelso pretório delibera sobre a suspensão da norma omissa ou a manutenção de sua eficácia até que o legislador supra as omissões apontadas;

c) **ação direta de inconstitucionalidade interventiva** é instituída pelo art. 36, II da CF e objetiva obstar ofensa aos princípios sensíveis da constituição (art. 34, VII) que possa desestruturar, ou mesmo, fazer ruir o pacto federativo. Apenas o Procurador-Geral da República é legitimado à propor essa ação e, caso julgada procedente será decretada intervenção nos moldes do art. 36 da CF. Única exceção da aplicação do art. 36 é na hipótese em que a sustação do ato impugnado seja bastante para a proteção aos princípios constitucionais e à restauração da normalidade;

d) **ação declaratória de constitucionalidade** foi acrescentada à redação do art. 102 da Carta da República por meio da Emenda Constitucional nº 3 de 1993. Sua finalidade é eliminar insegurança jurídica ou situação de grave incerteza concernente à validade lei ou ato normativo. O art. 103 do texto constitucional enumera todos os legitimados para propor a ação declaratória de constitucionalidade, que uma vez transitada em julgado terá efeito *erga omnes* e vinculante e, caso seja pela constitucionalidade da lei seus efeitos serão *extunc*. Caso a decisão seja pela inconstitucionalidade de lei, assim como na ação direta de inconstitucionalidade o Excelso Pretório deliberará sobre a atribuição de efeitos *extunc* ou *ex nunc* de acordo com os preceitos do art. 27 da Lei 9.868, de 1999;

e) por fim temos a **arguição de descumprimento de preceito fundamental**, que encontra previsão no art 102 em seu §1º da Constituição Federal, sendo regulamentada pela Lei 9.882 de 1999. Seu objetivo é “Evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (art 1º da Lei 9.882/99), sendo que também se ocupará de resolver os casos em que exista relevante fundamento de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal,

estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. São legitimados os constantes do rol taxativo do art. 103 para apresentar arguição de descumprimento de preceito fundamental e após transitar em julgado produzirá efeito vinculante e *erga omnes*. Assim como mencionado anteriormente o Supremo Tribunal Federal poderá deliberar sobre os efeitos da sentença caso preenchidos os requisitos do art. 11 da Lei 9.882 de 1999, análogo ao art. 27 da Lei 9.868.

O Excelso Pretório adotou o seguinte posicionamento quanto ao tema:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO LEGISLATIVO N. 788, DE 2005, DO CONGRESSO NACIONAL. AUTORIZAÇÃO AO PODER EXECUTIVO PARA IMPLEMENTAR O APROVEITAMENTO HIDROELÉTRICO BELO MONTE NO TRECHO DO RIO XINGU, LOCALIZADO NO ESTADO DO PARÁ. ATO CONCRETO. LEI-MEDIDA. AUSÊNCIA DE ABSTRAÇÃO E GENERALIDADE NECESSÁRIOS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO. INVIABILIDADE DA AÇÃO DIRETA. ARTIGO 102, INCISO I, "a", DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual [artigo 102, I, "a", CB/88]. Os atos normativos que se sujeitam ao controle de constitucionalidade concentrado reclamam generalidade e abstração. 2. Não cabe ação direta como via de impugnação de lei-medida. A lei-medida é lei apenas em sentido formal, é lei que não é norma jurídica dotada de generalidade e abstração. 3. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.(BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3573, Relator: Min. Carlos Britto, 2006)

### **2.6.1 Efeitos do controle de constitucionalidade concentrado**

Como observado anteriormente neste estudo, o controle concentrado recebeu grande influência da teoria defendida por Han Kelsen, que no âmbito dos efeitos causados pelas decisões do controle concentrado defendia que o ato em desacordo com a constituição deveria ser anulável a partir da sentença que o declarasse inconstitucional (1998, p. 306-307):

“Dentro de uma ordem jurídica não pode algo como a nulidade, que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula mas apenas pode ser anulável [...] a lei foi válida até sua anulação. Ela não era nula desde o início. Não é, portanto, correto o que se afirma quando a decisão anulatória da lei é designada como ‘declaração de

nulidade', quando o órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei com 'nula desde o início' (*extunc*). A sua decisão não tem o caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo. O sentido do ato pelo qual uma norma é destruída, quer dizer, pelo qual a sua validade é anulada, é, tal como o sentido de um ato pelo qual uma norma é criada, uma norma."

Com efeito, o posicionamento do jurista austríaco foi recebido no ordenamento pátrio pelo parágrafo único do art. 27 da Lei 9.868, de 1999, bem como pelo art. 11 da Lei 9.882, também de 1999. Ocorre que, entretanto, sua aplicação no Brasil é em sede de exceção à regra geral, devendo ser concedido o efeito *ex nunc* apenas em casos onde a segurança jurídica ou relevante interesse social sejam prejudicados, pela nulidade da eficácia da lei ou ato normativo retroagindo desde sua publicação. Ademais, o legislador previu, inclusive, uma cláusula análoga à de "reserva de plenário" no controle de constitucionalidade difuso para tornar mais custosa a atribuição de efeito *ex nunc* aos julgados no controle concentrando, devendo essa deliberação ser aprovada por maioria de 2/3 dos votos de todos os integrantes da Corte Constitucional.

É predominante no Brasil, portanto, o entendimento de que a Lei ou ato normativo tem sua constitucionalidade meramente declarada pelo Excelso Pretório, apresentando esse vício desde que passou a projetar sua eficácia no mundo jurídico, como ilustra ensinamento de Mauro Cappelletti (p.115-116):

"na teoria da nulidade a lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula e, por isso, ineficaz, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas meramente declara uma nulidade da lei inconstitucional."

Por este motivo os efeitos de decisão que declara lei ou ato normativo inconstitucional devem ceifar do ordenamento jurídico todas as implicações da lei ou ato normativo inconstitucional desde a sua publicação, afinal a espécie normativa nasceu nula e nunca haveria de ter projetado sua eficácia em momento algum.

Ao intentar somente a proteção da ordem constitucional, sem estar relacionado a um caso concreto, o controle abstrato visa, mormente, eliminar espécies normativas, ou omissões legislativas, que não obedeçam aos seus pressupostos de constitucionalidade ou estejam em desarmonia ou contrariedade com os preceitos constitucionais. Por este motivo as decisões em sede de controle concentrado valem para todos, ou seja, tem efeito *erga omnes*.

Por fim, há que se falar no efeito vinculante que abrange as decisões do controle concentrado. Tal efeito foi garantido pelo art. 28 em seu parágrafo único da Lei 9.868, de 1999, que tem a seguinte redação:

“Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

O dispositivo legal em análise, observa Henrique Savonitti Miranda (2005, p.156-158), trata-se de esforço infra constitucional para atribuir a força vinculante às decisões do Excelso Pretório. Por esse motivo foi suscitada Questão de Ordem na Reclamação 1.880 ajuizada pelo Município Paulista de Turmalina em face ao Tribunal Regional do Trabalho da 15<sup>o</sup> Região, que culminou na decisão proferida em 6 de novembro de 2002 pelo Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade da norma julgada.

Encontra-se consagrado, portanto, o efeito vinculante no ordenamento jurídico pátrio, que tem por objetivo vincular todos os juízes e tribunais inferiores do país a aplicar a decisão proferida pela Suprema Corte a eventuais casos de mesma natureza.

## CAPÍTULO 3 – COISA JULGADA DECORRENTE DE LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL

### 3.1 O controle dos atos pelo Poder Público

O instituto da coisa julgada, antes de ser elemento processualmente indispensável à composição da lide, é também indissociável da segurança jurídica. Por sua elevada importância a coisa julgada recebe da Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXVI: “**a lei não prejudicará** o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e **a coisa julgada.**” (Grifo nosso).

Contudo o referido dispositivo constitucional causa confusão quando a coisa julgada é fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional, originando a chamada coisa julgada inconstitucional. Diante dessa situação, estaríamos diante de coisa julgada em desconformidade com o texto constitucional, mas que teria imutabilidade conferida pela própria Constituição.

É de fundamental importância a análise da teoria apresentada por Paulo Otero, que estabeleceu em Portugal as diretrizes teóricas adotadas, também, pelos juristas brasileiros na prolífera adaptação aos moldes do ordenamento jurídico pátrio.

Paulo Otero, ao propor a teoria do controle dos atos do poder público, baseia-se fundamentalmente no princípio da legalidade inerente ao estabelecimento do Estado liberal, que restringiu o poder político dos governantes ao submeter-lhes às próprias leis. As leis seriam a “vontade geral” e delimitariam a fronteira entre a esfera da sociedade civil e a zona de ação dos Poderes Públicos. Uma vez que o Poder Público ultrapassasse essa fronteira estabelecida, estaria ele próprio em desacordo com a legislação e com os direitos particulares. Estes atos não poderiam ser aceitos pelo ordenamento jurídico e, por isso, seriam tidos como inválidos (OTERO, 1993, p.22).

A partir desse entendimento, as decisões públicas, principalmente os atos administrativos, passaram a ser submetidos a um controle de validade realizado por órgãos do Poder Judiciário (OTERO, 1993, p. 24):

“Num primeiro momento, esse controle era confiado à própria Administração, em nome de uma visão rígida do princípio da separação de poderes expressa na afirmação ‘julgar a Administração ainda é administrar’; num segundo momento, a referida fiscalização

foi confiada a tribunais, enquanto órgãos constitucionalmente competentes para dirimir litígios jurídico-administrativos, ainda que estes nem sempre fossem considerados integrados no poder judicial, entendendo algumas concepções os tribunais administrativos como órgãos da Administração.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, foi introduzido o princípio da constitucionalidade, que afirmava que os atos do Poder Público, antes de se submeterem às leis, deveriam submeter-se, também, à Constituição como demonstra o autor (OTERO, 1993, p.29)

“Em resumo, podemos afirmar que a actual fase do Estado Constitucional submete toda a actividade do poder público ao princípio da constitucionalidade, ainda que isso não implique sempre, tal como no século passado, a existência de mecanismos de controlo e declaração da invalidade de todos os actos do poder público. Todavia, pode bem proclamar-se que hoje não há Estado de Direito sem, pelo menos, mecanismos de fiscalização da legalidade da actividade administrativa e, em regra, em qualquer forma de controlo da constitucionalidade dos actos legislativos.”

Para o autor português, o princípio da constitucionalidade subordina, também, a atividade jurisdicional, condicionando a validade dos atos do judiciário ao respeito à Constituição e à legislação ordinária. Contudo, estariam garantidos apenas os mecanismos de controle às normas e atos administrativos antijurídicos, os atos jurisdicionais passavam ao largo qualquer garantia (OTERO, 1993, p. 31).

Abrilhanta-se a teoria defendida por Paulo Otero frente às teorias clássicas da jurisdição, que insistiam em dizer que os tribunais eram competentes apenas para executar a lei. A teoria do controle dos atos do Poder Público defende, contudo, que os magistrados poderiam, também, apresentar situação patológica ao ordenamento jurídico, pois poderiam proferir decisões que não executariam as leis, desrespeitando os direitos individuais e, o que se apresenta mais gravoso, desrespeitando a própria Constituição (OTERO, 1993, p. 32).

Ademais, ficou consolidado o papel central exercido pelo magistrado, nos modelos jurisdicionais contemporâneos, qual seja o de interpretar e aplicar o texto legal ao caso concreto. Deste modo, a função do magistrado não seria de mera “execução” da lei, sem qualquer forma de interpretação ou ponderação, mas sim o da responsabilidade por decidir o caso concreto consubstanciando os valores gerais e abstratos da lei em justiça entre as partes. Nesse sentido (OTERO, 1993, p.35):

“Com efeito, a hipervalorização do papel do juiz ao nível da interpretação e integração das normas ordinárias e constitucionais confere-lhe um estatuto central no contexto da própria criação do Direito. Esse estatuto mostra-se mesmo revelador de uma supremacia do juiz perante os demais poderes do Estado, visto as suas funções ultrapassarem um mero controlo negativo-resolutivo dos actos jurídicos.”

Esta constatação é ainda mais grave em Portugal e no Brasil por não estarem os magistrados em ambos os países condicionados a qualquer forma de vinculação aos precedentes da jurisprudência. Ou seja, a atividade jurisdicional não encontra qualquer forma de subordinação ao texto constitucional, e além disso os juízes estariam sob a proteção do princípio da responsabilidade (OTERO, 1993, p. 35):

“Admitir, resignados, a insindicabilidade de decisões judiciais inconstitucionais seria conferir aos tribunais um poder absoluto e exclusivo de definir o sentido normativo da Constituição: Constituição não seria o texto formalmente qualificado com tal; Constituição seria o direito aplicado dos tribunais, segundo resultasse da decisão definitiva e irrecorrível do juiz.”

Foi seguindo esses fundamentos que Paulo Otero concluiu que enquanto atos do poder público, as decisões judiciais devem estar em conformidade com a Constituição. Posteriormente em sua obra, o autor português investiga as características da coisa julgada inconstitucional, seus efeitos processuais e materiais, de forma a tentar afastar a noção de que “todos os poderes públicos constituídos são iguais, porém, o poder judicial é mais igual do que os outros.” (OTERO, 1993, p. 36).

No entendimento do jurista português as decisões judiciais atingem estado de irrecorribilidade que coincidem exatamente com a irrevogabilidade do ato, isso porque nenhum órgão do Poder Público é competente para alterar ou extinguir seus efeitos. Denomina-se coisa julgada, portanto, a instituição que confere estabilidade às decisões judiciais e as firma no ordenamento jurídico.

Dando prosseguimento ao seu raciocínio o autor indaga qual seria, realmente, a proteção constitucional dada à coisa julgada. Obviamente, a obra aborda a Constituição portuguesa, mas devido à sua semelhança com a Carta brasileira e à ampla recepção dada a teoria portuguesa, destacaremos os comentários do autor.

brasileira e à ampla recepção dada à teoria portuguesa, destacaremos os comentários do autor.

A coisa julgada recebe atenção do art. 282 da Constituição da República Portuguesa no que se refere aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, conferindo-lhe efeito *erga omnes* e *extunc*. O n.3 do art. 282 ainda protege a coisa julgada dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade: **“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.” (grifo nosso).

Nesta seara, defende Paulo Otero (1993, p.49):

“A eficácia *extunc* da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral deveria, em bom rigor, determinar também a destruição dos casos julgados, fundados em normas desconformes com a Constituição e agora formalmente banidas da ordem jurídica. No entanto, o artigo 282º, nº 3, 1ª parte, apressa-se a dizer que a declaração de inconstitucionalidade ressalva os casos julgados.”

Entendimento segundo o qual a proteção dada pela constituição à coisa julgada obstaculizaria a criação de leis ou atos administrativos que a derogassem ou lhe desrespeitassem. Entretanto, a Carta Constitucional não atribuiria proteção à coisa julgada frente a novo ato jurisdicional, razão pela qual “a garantia constitucional do caso julgado é, antes de mais, uma exclusão de intervenção directa dos actos jurídicos dos restantes poderes públicos.” (OTERO, 1993, p.51).

Fica evidente a conclusão do autor português, para quem a coisa julgada inconstitucional é passível de ser modificada por nova decisão judicial uma vez que seja eivada de nulidade.

Importantíssimo apontar que para o autor a decisão judicial inconstitucional produz efeitos jurídicos, diferenciando-se, desta forma, dos atos jurídicos inexistentes. Isto porque os atos jurisdicionais, ainda que inconstitucionais, devem apresentar, no mínimo, rudimentos das características de um ato jurídico perfeito, ou seja, devem obedecer aos requisitos formais e materiais mínimos e ser praticado por juiz competente (OTERO, 1993, p. 79).

Adiante em sua obra, Paulo Otero defende que a imutabilidade da coisa julgada conferida pelo art. 282 da Carta Constitucional de Portugal “foi pensado para decisões judiciais conformes com o Direito ou, quando muito,

Explicando, em síntese, o argumento do jurista português, assinala Luiz Guilherme Marinoni (2010, p.33-34):

“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”

A teoria do controle dos atos pelo Poder Público questiona, inclusive, a forma como se procederia a rescisão do caso julgado em Portugal (OTERO, 1993, p. 93). Esta indagação, todavia, é condicionada à organização do Poder Judiciário e dos institutos processuais disponíveis ao jurista em relação ao ordenamento jurídico sobre o qual ele pretende agir. Por esse motivo a teoria portuguesa encontra pouca aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e não receberá atenção da presente dissertação, sem prejudicar, de forma alguma, a tese aqui apresentada.

Por fim, depurando a teoria apresentada pelo jurista português, encontramos duas ideias centrais, quais sejam, a possibilidade de rescisão da coisa julgada por nova decisão judicial e a proteção constitucional a coisa julgada seria limitada, pois atingiria somente as decisões em conformidade com o texto constitucional, devendo ser relativizada quando houvesse conflito entre princípios constitucionais.

Restam evidentes, portanto, os dois fundamentos sobre os quais Humberto Theodoro Jr. e Juliana Faria apoiaram a teoria de sua autoria, conforme será abordado no tópico seguinte.

### **3.2 A Relativização da coisa julgada**

No Brasil o tema da coisa julgada inconstitucional é abordado por corrente doutrinária introduzida no Brasil por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, que se fundamentaram diretamente na teoria de Paulo Otero. Estes autores apresentam brilhante estudo fundamentado a partir do pressuposto de que a impermeabilidade das decisões judiciais é um mito surgido com a discussão sobre a constitucionalidade de atos do Poder Legislativo. Esta preocupação cegou

os juristas em relação aos atos do Judiciário que, preocupando-se em garantir a respeitabilidade de seus julgados, poderiam decidir, em alguns casos, de maneira contrária ao texto constitucional, e pior, atribuiriam a esses julgados, imutabilidade perpétua.

Existiam poucos questionamentos a respeito desse assunto, pois prevaleciam as teorias de que os magistrados meramente aplicavam a vontade da lei ao caso concreto. Contudo, à medida que se atribui maiores poderes ao magistrado, como o de resguardar a Constituição e o de consubstanciar as normas abstratas do Direito em lei no caso concreto, é preciso aumentar o rigor no exame de suas decisões.

O referido aumento no poder dos juízes aliado à imutabilidade das decisões proporciona o desastroso efeito de atribuir superioridade ao Poder Judiciário quando comparado aos demais, afinal apenas o Judiciário poderia dizer o que é a Constituição e o Direito, causando desequilíbrio à tripartição de poderes.

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria invocam ainda o princípio da constitucionalidade que determina como requisito de validade para qualquer ato a conformidade deste com a Constituição. A punição para a não observância deste princípio é a declaração de inconstitucionalidade. Abordaram, em seguida, a viabilidade de se declarar inconstitucional uma decisão transitada em julgado.

Para satisfazerem a esta indagação, os autores investigaram a existência de proteção constitucional à coisa julgada, concluindo que a preocupação do constituinte foi a de resguardar a coisa julgada dos efeitos de eventual lei nova infraconstitucional. Seria norma de direito intertemporal, que estabelece o princípio da irretroatividade das leis, e não a coisa julgada. Nesse sentido observa-se trecho da obra (THEODORO JR., FARIA, 2005, p. 88):

“Como se observa, a preocupação do legislador constituinte foi apenas a de pôr a coisa julgada a salvo dos efeitos de lei nova que contemplasse regra diversa de normatização da relação jurídica objeto de decisão judicial não mais sujeita a recurso, como uma garantia dos jurisdicionados. Trata-se, pois, de tema de direito intertemporal em que se consagra o princípio da irretroatividade da lei nova”

Destarte, o amparo constitucional não alcança a coisa julgada, resultando em entendimento segundo o qual não há necessidade de discussão

sobre a imutabilidade da coisa julgada no Brasil, vez que esta decorre de norma processual civil, naturalmente inferior em hierarquia quando comparada com o princípio da constitucionalidade (art. 1º, I, CF).

Esse primeiro estudo iniciou o debate sobre o tema no Brasil e motivou diversos outros doutrinadores a defenderem a teoria de relativização da coisa julgada conforme os parâmetros estabelecidos por Humberto Theodoro Jr. e Juliana Faria, contudo nos restringiremos à análise do valoroso posicionamento do então Ministro José Augusto Delgado.

Ficam evidentes como os dois principais argumentos dos juristas que defendem a relativização da coisa julgada o fato de que a imutabilidade da coisa julgada é princípio processual atrelado à irretroatividade das leis novas como forma de preservação da segurança jurídica. Retiraram, desta forma, a proteção constitucional da coisa julgada, não devendo esta contar plenamente com a imutabilidade que lhe é conferida atualmente, seguindo a teoria defendida por Paulo Otero em Portugal.

O segundo argumento, que decorre do primeiro é o respeito ao princípio da proporcionalidade, segundo o qual a injustiça decorrente da manutenção da coisa julgada inconstitucional atenta contra a própria constituição em si, sendo necessário dar menos importância ao princípio da irretroatividade das leis para preservar a constituição e a harmonia do sistema jurídico.

A seguir será abordada a forma que a relativização se torna possível segundo os instrumentos processuais disponíveis para seu controle.

Sobre a relativização da coisa julgada o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é o de admiti-la em sede de exceção, como se depreende do seguinte julgado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO. LEI 11.722/95. COISA JULGADA. RELATIVIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Os embargos de declaração, nos termos do art. 535, CPC, são cabíveis para sanar eventual omissão, contradição ou obscuridade, sendo inservíveis como instrumento para rediscussão do mérito da causa. 2. A relativização da coisa julgada é medida excepcional dependente de previsão legal, como ocorre na ação rescisória e revisão criminal, sendo vedado ao Poder Judiciário conferir aumento aos servidores públicos com fundamento no princípio da isonomia, máxime quando

a majoração foi rejeitada em decisão trânsita (Súmula 339 do STF, in verbis: Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia. 3. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: Apelação – servidor público municipal – reajuste de fevereiro de 1995 – os efeitos da coisa julgada em relação a doze autores, e os efeitos prescricionais, em relação aos demais, não restaura o direito à ação, nem tampouco, reabre o prazo prescricional – acolhimento parcial do apelo, para a fixação da verba honorária em 10% do valor da ação. Dá-se parcial provimento ao recurso, exclusivamente em relação à verba honorária. 4. Embargos declaratórios rejeitados. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 603188 Agr-Ed/ Sp, Relator: Min. Luiz Fux, 2012)

### **3.3 Formas de controle da coisa julgada no Brasil.**

Acerca do controle das decisões contrárias a Constituição o debate doutrinário desenvolve-se em torno da utilização dos instrumentos previstos pela legislação ou pelo uso de meios próprios, específicos, como a *querela nulitatis*. A posição favorável à utilização de meios específicos, contudo, tem perdido força em detrimento da argumentação contrária.

Isto ocorre porque a utilização da ação rescisória e da impugnação à execução tem encontrado grande êxito em sua utilização, pois geralmente se valem de previsão legal que lhes dá cabimento, como o art. 485, V e art. 741, ambos do Código de Processo Civil.

Sobre a ação rescisória é interessante analisarmos o julgamento dos embargos de divergência de número 608.122/RJ, em que foi Relator o Ministro Teori Albino Zavascki. Neste julgado é abordada tese jurisprudencial que evidencia e acolhe os fundamentos para a rescisão da coisa julgada baseada em literal violação de lei, requisito estabelecido pelo art. 485, V, do CPC.

Em seu Relatório o Ministro afirma que a posição consagrada nos tribunais superiores é de que não existe violação literal de lei caso a interpretação seja razoável, deve existir, desta forma, violação “especialmente qualificada”. São esses os parâmetros que devem balizar a interpretação da súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

Em outras palavras, a súmula 343 impede o ajuizamento da ação provisória como se fosse apenas recurso cabível após o trânsito em julgado da decisão proferida, pois caso haja posicionamento divergente entre tribunais sobre o mesmo tema, seus entendimentos automaticamente seriam dotados de razoabilidade.

Entende o Relator ainda que a súmula 343 do STF não poderia ser aplicada em casos onde há questionamento sobre a constitucionalidade da sentença pois diante da Supremacia constitucional não deve haver perplexidade, tampouco poderia a Constituição se sujeitar a efeitos jurídicos advindos de ato jurisdicional inválido: “contrariar o precedente tem o mesmo significado, o mesmo alcance, em termos pragmáticos, que o de violar a Constituição”.

Ainda em seu voto, sustenta o Relator:

“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 procedente, 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”.

Reiterando o posicionamento tomado pelo Superior Tribunal de Justiça há vários anos sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se da seguinte forma sobre o tema:

“Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. 2. Julgamento remetido ao Plenário pela Segunda Turma. Conhecimento. 3. É possível ao Plenário apreciar embargos de declaração opostos contra acórdão prolatado por órgão fracionário, quando o processo foi remetido pela Turma originalmente competente. Maioria. 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”

Quanto à hipótese de impugnação à execução prevista no parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil que disciplina:

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

O Código de Processo Civil corrobora esse posicionamento no §1 do art. 475-L, que possui praticamente a mesma redação do parágrafo único do art. 741, mas aborda os embargos a execução de maneira genérica, não se restringindo apenas aos embargos à execução contra a fazenda pública.

Percebe-se que ambos os dispositivos legais mencionados acima objetivam não só atacar a sentença que tenha sido prolatada com base em lei inconstitucional como também se valem das técnicas de declaração parcial de nulidade sem redução de texto e da interpretação conforme à constituição para impedir a execução de sentenças proferidas com base em interpretações consideradas em desconformidade com a constituição pelo Excelso Pretório.

Sobre a eficácia dos artigos em questão a doutrina é pacífica, pois fica evidente a necessidade de desconstituir a sentença eivada pelo vício da inconstitucionalidade. Contudo, acirrada discussão se trava em torno das implicações da rescisão da sentença inconstitucional em relação a coisa julgada formada que dela se originou. Da mesma sorte há questionamentos sobre a situação jurídica após a rescisão de sentença declaratória ou constitutiva.

Até este ponto buscou-se apresentar os argumentos principais da corrente doutrinária que preza pela tangibilidade da coisa julgada que se fundamenta em lei posteriormente declarada inconstitucional. No capítulo seguinte, contudo, apresentaremos posicionamento pela manutenção da imutabilidade da coisa julgada.

### **3.4 A irretroatividade da decisão de inconstitucionalidade em relação a coisa julgada**

Opõe-se à relativização da coisa julgada corrente doutrinária que conta com Luiz Guilherme Marinoni como um de seus mais proeminentes defensores, e baseia-se em entendimentos como o de que a coisa julgada não deve ser compreendida apenas como instituto processual, dentre outros argumentos que serão apresentados neste item.

Marinoni argumenta que não só a coisa julgada é princípio constitucional como também é regra indispensável para a existência do próprio discurso jurídico, afinal nenhum discurso pode existir sem que tenha um desfecho. O trânsito em julgado de uma sentença representa, portanto, o término do discurso jurídico e sua relativização tornaria inválido tanto o discurso jurídico quanto o próprio exercício da jurisdição que dele decorre (MARINONI, 2012, p. 56).

Ainda neste sentido, afirma o autor que a imutabilidade da coisa julgada está ligada diretamente à existência do Estado de Direito, pois representa a força do Estado para compor a lide e estabelecer autonomia em relação aos atos do legislativo (MARINONI, 2012, p.69):

“A coisa julgada expressa a necessidade de estabilidade das decisões judiciais, vistas como atos de posituação do poder, motivo pelo qual, se há sentido em garantir a sua imodificabilidade diante do Legislativo, é mais evidente ainda a imprescindibilidade de se tutela a sua retroatividade 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 art. 485 prevê a desconstituição da coisa julgada em hipóteses específicas por meio de ação rescisória e não faz menção à inconstitucionalidade de leis para, em tese, estabelecer autonomia entre os atos judiciais e os atos do Poder Legislativos.

Marinoni fundamenta sua teoria também no argumento de que a relativização da coisa julgada inconstitucional seria grande afronta aos fundamentos do direito por impedir que o processo tenha um término, estando em contrariedade, inclusive com a garantia constitucional de duração razoável para os processos judiciais (Art. 5º, LXXVIII, CF) como se observa no trecho que segue (MARINONI, 2012, p.105-106):

“Assim, é até mesmo difícil – para não se 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 a contrariar. Esta decisão, por não ser dotada do devido recrudescimento, não configura verdadeira 'decisão final', mas sim um 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”,

Segundo este entendimento, o autor sustenta que uma grave situação de incerteza jurídica recai sobre o ordenamento brasileiro, vez que seria possível que a parte sucumbente de um processo judicial, valendo-se da morosidade da justiça brasileira e da flexibilidade da coisa julgada, mantivesse o pleito em trâmite por tempo indeterminado.

Outro pilar da teoria pela intangibilidade da coisa julgada é o de que a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal não poderia servir de base para desconstituição da coisa julgada formada sobre sentença proferida em intervalo de tempo onde a lei que a fundamentou era considerada constitucional.

A razão desta impossibilidade seria o de que:

“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”

Deste modo a relativização da coisa julgada na situação apresentada atentaria contra a prerrogativa constitucional de exercer o controle difuso de constitucionalidade dos magistrados, estabelecendo contrariedade com o próprio sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil.

Por fim, a teoria pela intangibilidade da coisa julgada apresenta tese segundo os tribunais apresentam *jus proprium*, como consta nos ensinamentos do jurista português João de Castro Mendes (1985, p. 49):

“Daqui decorre que a sentença é um *acto de autoridade soberana*; acto que não pode ser posto em causa por qualquer outro poder do Estado. Daqui decorre que algo que se apresenta como o verdadeiro entendimento da lei de modo algum a toque (Código Civil, art. 13º); e, paralelamente, não a tocam actos baseados na vontade como o cumprimento da obrigação e a transacção. (...)Transitada em julgado, a sentença desprende-se da lei em que se gerou e vale por si mesma, baseada directamente na Constituição”

Este entendimento decorre da concepção de que a sentença contra Direito não pode ser considerada como nula, afinal seu valor jurídico não pode

depende exclusivamente da atividade do Poder Legislativo. A concepção de que o magistrado é mera boca que repete a lei não deve ser admitida.

## CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar, no decorrer da presente monografia, a elevada importância que a coisa julgada tem no Estado Democrático de Direito e como a sua imutabilidade é fundamental para a garantia da segurança jurídica. É devido ao instituto da coisa julgada que é possível compor a lide no atual modelo de jurisdição, pois apenas após o trânsito em julgado que as sentenças passam a produzir seus efeitos.

A lide apenas é composta, contudo, com a ocorrência da coisa julgada material, que torna imutável não só os atos processuais, como no caso da coisa julgada formal, mas também confere imutabilidade ao conteúdo da decisão, impedindo que as partes suscitem o mesmo assunto em novo processo judicial.

Nesta seara é importante destacarmos os limites da coisa julgada, que se tornaram evidentes apenas quando separou-se a noção de coisa julgada com a de eficácia da sentença. Apenas após tal separação foi possível chegar ao entendimento atual de que a sentença só passa a gerar efeitos após o momento processual chamado trânsito em julgado, que torna irrecorrível a decisão judicial. Deste modo, ficou claro, também que a sentença poderá produzir efeitos para terceiros, mas a autoridade da coisa julgada, por outro lado, existirá apenas entre as partes processuais.

A integridade e harmonia do sistema jurídico brasileiro são garantidas, também, por meio do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, com elementos desenvolvidos e aplicados, mesmo que em seus rudimentos, desde a constituição 1891.

Desde então os legisladores e juristas brasileiros se ocuparam de aprimorar os mecanismos de controle de constitucionalidade, construindo um sistema misto que conta tanto com o controle de constitucionalidade misto quanto com o controle concentrado.

No meio incidental de controle de constitucionalidade todo e qualquer juiz é competente para apreciar a constitucionalidade da norma que serve como pano de fundo para o julgamento do objeto principal da lide. Apesar de poder ser suscitado em qualquer grau da jurisdição, a questão da constitucionalidade poderá chegar ao Supremo Tribunal Federal, que proferirá decisão definitiva sobre o

assunto que produzirá seus efeitos, via de regra, a partir da publicação da decisão (*ex nunc*) sem, contudo, atingir terceiros com a referida decisão.

Para complementar o sistema de controle de constitucionalidade, adota-se também o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, que se ocupa unicamente de avaliar a conformidade de leis com o texto constitucional, sem necessitar fundar-se em caso concreto. O controle abstrato de constitucionalidade é prerrogativa exclusiva do Excelso Pretório e suas decisões além de produzirem efeito *erga omnes* também valem a partir da entrada em vigência da lei declarada inconstitucional no ordenamento jurídico e, inclusive, vinculam as decisões de todos os tribunais inferiores (efeito vinculante). Quanto ao aspecto temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, tem-se no Brasil que a lei em desconformidade com a constituição não seria inválida e sim completamente nula, não podendo produzir efeitos em momento algum (*extunc*).

Analizados os institutos indispensáveis da coisa julgada e do controle de constitucionalidade, como deveriam lidar os juristas brasileiros diante de situação em que a coisa julgada se fundasse em lei posteriormente declarada inconstitucional, formando a chamada coisa julgada inconstitucional?

Para responder esse questionamento recorre-se a teoria de Paulo Otero, jurista português que explicitou a necessidade de utilização da regra da proporcionalidade para justificar a subsistência dos super princípios da moralidade e da constitucionalidade sobre o princípio da irretroatividade da lei, atrelada a coisa julgada. Em verdade, o jurista português fundamenta que em um Estado Democrático de Direito a coisa julgada deve, também, se submeter à regra da supremacia constitucional, incorrendo em gravíssima insegurança jurídica caso ferisse a Carta Constitucional em seu conteúdo. Nesta hipótese a coisa julgada não seria amparada por proteção constitucional quanto a sua imutabilidade e deveria ser relativizada justamente para preservar a harmonia constitucional.

Analisa-se também a “nacionalização” da teoria portuguesa pela doutrina nacional, realizada de forma pioneira por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Faria, encontrando enorme aceitação teórica e ensejando posicionamentos favoráveis dos tribunais superiores.

Contudo merecem atenção redobrada os questionamentos apresentados por parte da doutrina, como o relativo à efetiva autonomia do controle incidental de constitucionalidade quando a coisa julgada é rescindida com base em decisão do supremo em sede de controle concentrado. Outro questionamento pertinente que ainda não encontrou resposta satisfatória é a questão da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal em relação a coisa julgada, vez que é entendimento pacífico que os tribunais são dotados de *jus proprium* e a coisa julgada, uma vez constituída, passa a valer autonomamente em relação a legislação.

Os argumentos apresentados por esta teoria não são completamente refutados pela teoria que pugna pela relativização da coisa julgada, entretanto, em face ao atual posicionamento dos tribunais sobre o tema, aumenta a urgência para que seja encontrada uma alternativa viável para obtenção da justiça de fato sem que ocorra desrespeito aos princípios basilares do Estado de Direito.

Em conclusão, a pesquisa documental e a revisão bibliográfica adotadas no tratamento dado ao tema da relativização da coisa julgada em casos em que há declaração posterior de inconstitucionalidade da norma que intitula esta dissertação, evidenciou que os atos jurisdicionais devem, sim, estar sujeitos ao controle de constitucionalidade por melhor servirem aos interesses do Estado Democrático de Direito, contudo o debate ainda não se esgotou e enseja a produção de novos trabalhos que busquem a sua melhor compreensão, valendo registrar que estas conclusões não têm a intenção de esgotar as percepções e os desafios acerca do tema.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 14<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda. **Contribuições ao estudo das questões prévias sob o prisma do limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ASSIS, Araken de. Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 46, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Agravo Regimental no Agravo Regimental em Recurso Especial. AgRg no AgRg no REsp 1298088/ RJ. Terceira Turma. Agravante: Beta Participações LTDA. Agravado: Telemar Norte Leste S/A. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 21 de maio de 2012. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=21607272&sReg=201102175676&sData=20120521&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=21607272&sReg=201102175676&sData=20120521&sTipo=5&formato=PDF). Acesso em 15 de outubro de 2012. 16:23.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. AgRg no Ag 1392020/ RS. Segunda Turma. Agravante: Cifali Companhia LTDA. Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 21 de agosto de 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=17252009&sReg=201002289050&sData=20120821&sTipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=17252009&sReg=201002289050&sData=20120821&sTipo=91&formato=PDF). Acesso em 15 de outubro de 2012. 16:38

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgRg no Ag 1329376 / CE. Agravo regimental no agravo de instrumento. 2010/0131294-9. Primeira turma. Agravante: Edson Menezes da Nobrega e outros. Agravado: Instituto Dr. Jose Frota. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 18 de junho de 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=22215932&sReg=201001312949&sData=20120618&sTipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=22215932&sReg=201001312949&sData=20120618&sTipo=51&formato=PDF) 19:27

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Embargos de Divergência no Recurso Especial, EREsp n. 608122/ RJ. Primeira Seção. Embargante: Fazenda Nacional. Embargado: Rogério Freire Engenharia LTDA. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 28 de maio de 2007. Disponível em

[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200401143164&dt\\_publicacao=28/05/2007](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200401143164&dt_publicacao=28/05/2007). Acesso em 15 de outubro de 2012. 20:32.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 3573 / DF – Distrito Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 19 de dezembro de 2006. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283573%2E%2E+OU+3573%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos> 19:42

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Embargos de Declaração, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário, RE 603188 Agr-Ed/ Sp. Embargante: Viviane Ventura De Freitas e Outro. Embargado: Município De São Paulo. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 25 de abril de 2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28607616.NUME.+OU+607616.ACMS.%29&base=baseAcordaos>. Acessado em 15 de outubro de 2012. 17:23

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Súmula 343, Plenário. Brasília, 13 de dezembro de 1963. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=343.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em 15 de outubro de 2012. 20:51.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, AI 607616 AgR / RJ. Segunda Turma. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravados: Cremildo Ferreira Cardoso, Ary Joaquim De Sant'Anna e Outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 1 de outubro de 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28607616.NUME.+OU+607616.ACMS.%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 15 de outubro de 2012. 17:08

BRASIL. Decreto-Lei n.4.657, 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm) Acessado em 15/10/12 as 21:31

BRASIL. Lei 5.869, 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm#art1220](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm#art1220) Acessado em 15/10/12 as 21:31

BRASIL. Lei 9.868, 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade

perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm) Acessado em 15/10/12 as 21:31

BRASIL. Lei 9.882, 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm) Acessado em 15/10/12 as 21:31

BULOS, UadiLammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas, **Lições de Direito Processual Civil**, vol. I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed.(reimpresso). Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de: J. Guimarães Mengale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos do direito processual civil**. Campinas: RED Livros, 1999.

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

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio, **Manual de Direito Processual Civil**, vol. I, trad. Bras. De Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1985.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Tradução de: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 57

- MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. 2ed. (rev. e atual). São Paulo: RT, 2010.
- MARIONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: RT, 1992.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, João de Castro. Caso julgado, poder judicial e Constituição. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. V. XXVI. Lisboa: 1985
- MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de direito constitucional**. 2. Ed. Brasília: Senado Federal, 2005.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 31, 1º bimestre de 1982, p. 44.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.
- PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa de 1976.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: RT, 2008.

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

SILVA, Paulo Napoleão da. **A Evolução do Controle Constitucionalidade e a Competência do Senado Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**, v. 1. 40 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O dogma da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.