

## DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL (NOVAS E BREVES NOTAS<sup>(\*)</sup>)

PROF. DR. IVO DANTAS<sup>(\*\*)</sup>

### 1. COLOCAÇÃO PRÉVIA

Desnecessário dizer da complexidade do tema que será por nós abordado, sobretudo porque, não apresentado corretamente, contra nossa posição, e de mais uns tantos outros, são lançadas críticas nem sempre fundamentadas, e muitas das quais tentam muito mais confundir, do que esclarecer a matéria.

De nossa parte, logo esclarecemos que o enfoque com que olhamos o tema, é o do *constitucionalista* que, por isto mesmo, em suas lentes vislumbra e deseja sempre a *valorização do texto constitucional frente a qualquer situação*, inclusive frente a pronunciamentos judiciais, em razão da posição de destaque que aquele (o *texto constitucional*) ocupa no ordenamento jurídico, ou seja, a *suprlegalidade de seus princípios e normas*.

Neste sentido, uma afirmativa preambular logo se faz oportuna e necessária: ao defendermos a *rescindibilidade da coisa julgada inconstitucional* (expressão que, em última análise, nos parece contraditória, porque se pretende rescindir algo inexistente), não estamos trabalhando no sentido de comprometermos o instituto da *segurança jurídica*, mas sim, defenden-

---

(\*) O presente texto tem como base inicial o artigo intitulado *Cosa Julgada Inconstitucional: Declaração Judicial de inexistência*. In: Revista Fórum Administrativo. — Direito Público. Belo Horizonte, Ano 2, n. 15 — maio 2002, pp. 586-607. Posteriormente, sempre modificado e atualizado, serviu de roteiro às seguintes conferências: Teresina, TRT, 6.8.2004; Campinas (SP); 1.7.2004; *Seminário sobre Controle de Constitucionalidade*, patrocinado pela Procuradoria do Município do Rio de Janeiro, 19.9.2002.

(\*\*) Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas. Presidente do Instituto Pernambucano de Direito Comparado. Membro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (México); Membro del Consejo Asesor del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 2003; Ex-Diretor da Faculdade de Direito do Recife. Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife (UFPE) — Doutorado (Teoria do Direito Comparado), Mestrado (Direito Constitucional) e Graduação. Doutor em Direito Constitucional (UFMG). Livre-docente em Direito Constitucional (UERJ); Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade da Amazônia — UNAMA. Juiz Federal do Trabalho (aposentado). Advogado.

do-o, na medida em que tanto mais a sério se leva a Constituição do Estado, quanto maior é a certeza de seus cidadãos (no sentido que lhe dá o art. 1º, II da CF/88) de que vivem em um verdadeiro Estado de Direito.

Ademais, como só advogamos a tese da rescisão da coisa julgada no caso de *inconstitucionalidade da decisão*, não admitimos, sob hipótese alguma, falar em *flexibilização da coisa julgada*, pois bem o sabemos que, se esta for admitida da forma como alguns a estão defendendo, aí sim, estaremos diante de uma forte ameaça ao instituto da *coisa julgada*, colocando em risco o instituto da segurança jurídica e, sobretudo, segurança constitucional, na mesma proporção em que hoje já se atenta contra o **Direito Adquirido e o Ato Jurídico Perfeito**, com a aplicação retroativa de novos comandos legislativos, tal como vem ocorrendo nos últimos anos, sob os aplausos e concordância até mesmo de alguns integrantes do Supremo Tribunal Federal. Embora desnecessário, vale esclarecer que nos referimos à Emenda Constitucional n. 41/2003, no que toca à *contribuição previdenciária dos inativos*, cuja análise no momento, foge aos objetivos desta exposição<sup>(1)</sup>.

Em se tratando de legislação infraconstitucional, mencione-se o art. 2.035 e seu parágrafo único, do novo Código Civil Brasileiro (Lei n. 10.406, de 10.1.2002), nos seguintes termos<sup>(2)</sup>:

"Art. 2035: — A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo Único: Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos."

Por outro lado, se bem observada nossa posição, nela não há muito de novidade, visto que o instituto da *rescindibilidade* dos julgados já existe em nosso ordenamento, através da Ação Rescisória prevista no CPC, art. 485<sup>(3)</sup>.

(1) A propósito, veja-se de nossa autoria *Direito Adquirido, Emenda Constitucional e Controle da Constitucionalidade*. 3ª edição revista, aumentada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

(2) A propósito, vejam-se: Gilmar Ferreira Mendes, *Anotações sobre o princípio do direito adquirido tendo em vista a aplicação do novo Código Civil*. In Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César e Roberto Rosas (Coordenadores) *Aspectos Controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003; Mário Luiz Delgado, *Problemas de Direito Intertemporal no Código Civil. Doutrina & Jurisprudência*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004; Maria Helena Diniz, *Parte Especial, Livro Complementar — Das Disposições Finais e Transitórias (arts. 2.028 a 2.046)*. In Antônio Junqueira De Azevedo (Coord), *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, vol. 22, 2003.

(3) Sobre o histórico do instituto, bem como sua existência em diversas legislações estrangeiras, consulte-se Juan Carlos Hillers, *Revisión de la cosa juzgada*. 2ª edición, Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2001, especialmente, Segunda Parte, capítulos I e II.

A inovação de nosso posicionamento, talvez se resuma em clarear uma situação que, às vezes, é confundida com a hipótese da Súmula 343 do STF. Em outras palavras: uma coisa é *interpretação duvidosa*, outra é a situação em que se tem declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato pelo STF.

Nesta segunda situação, por entendermos que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato os declaram inexistentes, a consequência é que (por não existirem), eles não são capazes de gerar direitos nem deveres, e ainda preclusão, prescrição e/ou decadência.

Em decorrência, na hipótese de rescisão de *coisa julgada inconstitucional*, não se há de falar que "o direito de propor a ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão" (CPC, art. 495).

Insistimos: a *rescindibilidade*, nos termos aqui defendidos, não compromete, em nada, o mandamento constitucional segundo o qual "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" (CF/88 art. 5º, XXXVI), pois não estamos admitindo que lei, ou mesmo Emenda Constitucional tenham efeito retroativo para desfazer o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Neste sentido, fica expresso nosso repúdio à Medida Provisória n. 2.180-35 (24.8.2001) que alterou o art. 741 do CPC com a redação dada pela Lei n. 8.953, de 13.12.1994, o qual passou a vigorar acrescido do seguinte *parágrafo único*<sup>(4)</sup>:

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

Por sua vez, igualmente a CLT, pela mesma Medida Provisória 2.180-35 (24.8.2001) acresceu ao art. 844, o § 5º, nos seguintes termos:

"§ 5º Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal." (NR)

---

(4) CPC, art. 741: "Na execução fundada em título judicial, os embargos poderão versar sobre: III — inexigibilidade do título".

Cumpra lembrar que em razão do que determina a Emenda Constitucional n. 32/2001, a qual modificou o art. 62 da CF no tocante à edição das Medidas Provisórias, pode-se dizer que este novo comando inserido no CPC não tem nenhuma característica de *provisoriamente*, mas, ao contrário, de *definitividade*. A propósito, determina a referida EC, em seu art. 2º: "As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional."

A propósito, veja-se Ivo Dantas, *Breves Comentários à Emenda Constitucional n. 32/2001*, no prelo.

Com esta explicação, trazemos à colação ensinamento de *Konfiad Hesse* ao afirmar, no livro *A Força Normativa da Constituição*<sup>(5)</sup>: “*Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas e que, desperdiçado, não mais será recuperado.*”

## 2. A CONSTITUIÇÃO E O SISTEMA JURÍDICO: SUPRALEGALIDADE DOS CONTEÚDOS CONSTITUCIONAIS E SUA EFETIVIDADE, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E SEU OBJETO: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. SISTEMAS DIFUSO E CONCENTRADO DE CONTROLE E SUA APLICABILIDADE NO BRASIL

*Humberto A. Sierra Porto*, em monografia intitulada *Sentencias de Inconstitucionalidad — Jurisdicción Española*<sup>(6)</sup>, citando *Rubio Llorente*, afirma que “la sentencia constitucional, además de ser un acto procesal, es una actividad dirigida a la interpretación creadora del derecho”, o que a coloca em situação ímpar frente às demais espécies de sentenças:

Em seguida, continua o mesmo autor: “La posición de la sentencia constitucional en el sistema de fuentes es de gran importancia para determinar el grado de vinculación de los poderes públicos a las decisiones del Tribunal Constitucional, en este punto la doctrina parece orientarse a situar las sentencias constitucionales en un lugar intermedio entre la Constitución y la ley (cuando en las sentencias se interpretan constitucionalmente las leyes), en todo caso no en un lugar inferior al que ocupan las leyes.”<sup>(7)</sup>

Feita esta observação a que poderíamos chamar de *topográfica* da sentença constitucional, iniciemos com a enumeração de três situações que podem ocorrer quando se enfrenta as relações entre a Constituição e o Sistema Jurídico, especialmente, no nosso caso, em relação ao trinômio *Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*:

- a) — O *Direito Adquirido*, o *Ato Jurídico Perfeito* e/ou a *Coisa Julgada* foram validamente constituídos na vigência de uma determinada ordem constitucional, que é substituída por outra que não lhes reconhece;
- b) — O *Direito Adquirido*, o *Ato Jurídico Perfeito* e/ou a *Coisa Julgada* foram validamente constituídos na vigência de uma determinada or-

(5) Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 191, pp. 23.

(6) Colombia: Universidad Externado de Colombia, Col. Temas de Derecho Público, n. 38, 1995, pp. 7-8.

(7) *Ob. cit.* p. 8.

dem constitucional, que é reformada pelo processo de Emenda e/ou Revisão;

c) — O *Direito Adquirido*, o *Ato Jurídico Perfeito* e/ou a *Coisa Julgada* foram constituídos em confronto com a ordem Constitucional.

Na primeira situação, estamos diante de um *Poder Constituinte* o qual não teria limites jurídico-positivos à sua atuação, pelo que, teoricamente, poderia desconstituir *Direito Adquirido*, o *Ato Jurídico Perfeito* e/ou a *Coisa Julgada* constituídos na vigência do sistema já não mais existente.

Observe-se que utilizamos o verbo *poderia*, isto porque, só muito excepcionalmente, um novo sistema constitucional não respeitaria o sistema anterior. Neste caso, cite-se o exemplo na CF/88, do art. 17 do ADCT.

Na segunda situação, estamos diante de um exercício do *Poder Constituído de Reforma*, possuidor de limites jurídico-positivos à sua atuação, pelo que, sobretudo no sistema oriundo da CF/88, *jamais poderá* desconstituir o *Direito Adquirido*, o *Ato Jurídico Perfeito* e/ou a *Coisa Julgada* constituídos na vigência do sistema que ora se modifica. Neste sentido, é o que prescreve o art. 60, § 4º, inciso IV do texto constitucional.

Aqui, e tal como já anunciamos nas páginas anteriores, sob qualquer pretexto, nem uma *Emenda Constitucional*, muito menos *Jegislação infraconstitucional* poderão agredir o *Direito Adquirido*, o *Ato Jurídico Perfeito* e/ou a *Coisa Julgada*.

Finalmente, a terceira posição, que se apresenta na forma inversa, a saber: **O *Direito Adquirido*, o *Ato Jurídico Perfeito* e/ou a *Coisa Julgada* foram constituídos em confronto com a ordem Constitucional vigente**, o que significa dizer, sem delongas, e como veremos adiante, que não existem *Direito Adquirido*, *Ato Jurídico Perfeito* e/ou *Coisa Julgada Inconstitucionais*, isto é, fundamentados em norma inconstitucional.

Esta última situação é aquela que norteará nossa exposição, razão pela qual, a análise do tema está indissolavelmente ligada ao sistema constitucional brasileiro, isto é, ao fato de possuímos uma *Constituição escrita e rígida*, e por isto mesmo, que exige obediência aos seus comandos, sejam estes expressos em *princípios* ou simplesmente em *normas*, sob pena de em não sendo exigida esta obediência, caminharmos célere para transformar a Constituição em uma simples *carta de intenções* ou *Folha de Papel* na lição de Lassalle, variável ao sabor do momento<sup>(8)</sup>.

A propósito, por oportuno, veja-se o que escreve José Arnaldo Vitalgiano (*Coisa Julgada e Ação Anulatória*)<sup>(9)</sup>: “Com relação a estes procedi-

(8) Podemos afirmar que este é o retrato do atual momento histórico no Brasil, onde a prática de constantes Emendas Constitucionais chega a comprometer a própria *segurança jurídica*. Veja-se nosso já citado livro *Direito Adquirido, Emenda Constitucional e Controle da Constitucionalidade* (3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004, no qual a questão se encontra analisada.

(9) Curitiba: Editora Juruá, 2004, p. 20.

mentos, podemos constatar que existe uma certa resistência no judiciário com relação a qualquer tipo de rescisão de decisões suas que se pretenda. O judiciário, como é de se esperar, prima por ser detentor do poder de decisão final dos conflitos na sociedade. Por isto há a proteção (a nosso ver até excessiva) à chamada coisa julgada e a pequena resistência em aceitar retomar questões anteriormente julgadas, "solucionadas".

Esta constatação, ou seja, a necessidade de que a *supralegalidade constitucional* não seja letra morta ou simples adorno do sistema jurídico-positivo, fez surgir, ao longo da História, vários *sistemas de Controle de Constitucionalidade*, os quais, de maneira geral, poderiam ser classificados em *sistema americano* e *sistema europeu*, muito embora não possamos esquecer a observação oportuna que é feita por *Francisco Fernandes Segado* em artigo intitulado *La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano — Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional*.<sup>(10)</sup>

Estes diversos modos de controle formam o que temos chamado de *Garantias Constitucionais da Constituição*, cujo estudo é objeto do *Direito Processual Constitucional*, ou seja, em nosso modo de entender, os sistemas ou processos encarregados do *controle de constitucionalidade*, formam o objeto material do *Direito Processual Constitucional*, enquanto que as normas processuais existentes na Constituição, são estudadas pelo *Direito Constitucional Processual*.

No caso específico do Brasil, podemos afirmar sem possibilidade de erro, que o sistema que visa a garantir os comandos contidos pela Constituição é formado por diversos tipos de processos, englobando os clássicos modelos acima referidos, ou seja, o *sistema americano* (controle difuso incidental) e o *sistema europeu* (concentrado).

Deste modelo concentrado, o Brasil consagra a *Ação Direta de Inconstitucionalidade*, a *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, a *Ação de Inconstitucionalidade por omissão* e a *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental*, cada uma delas sendo portadora de inúmeras questões, cujas análises, escapam dos limites de nossa participação neste Congresso.

Um ponto, contudo, deve ser frisado: há uma ligação irrenunciável entre os efeitos de cada uma das espécies de controle, e o que nos propomos defender nesta exposição, isto é, que existe uma necessária vinculação do tema *Coisa Julgada Inconstitucional*, aos *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade quanto ao tempo*, ou seja, *efeitos ex-tunc e/ou efeitos ex-nunc*.

Esta vinculação aumenta de importância, no momento em que temos hoje em vigor, no sistema jurídico brasileiro, a *Lei n. 9.868, de 10.11.1999*, que *dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo*

(10) Revista *Direito Público* n. 2 — Out-Nov.Dez/2003, pp. 55-82.

*Tribunal Federal, bem como a Lei n. 9.882, de 03.12.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.*

Referimo-nos, quando trazemos à colação os dois diplomas legais, a possibilidade de que o STF estabeleça *efeitos ex-nunc ou pro futuro* na aplicação das referidas leis.

Assim, na Lei n. 9.868 (10.11.1999), está prescrito (art. 27) que

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

Por sua vez, e dentro da mesma orientação, lê-se na Lei n. 9.882 (03.12.1999):

“art. 11 — Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Em ambas as hipóteses (e já o dissemos em nosso livro *Constituição & Processo — Introdução ao Direito Processual Constitucional*<sup>(11)</sup>), estamos diante do *Fim da Supralegalidade Constitucional*, o que significa dizer que, entre nós, por simples decisão de 2/3 dos membros do STF, o ato inconstitucional não é mais *inexistente* ou *nulo*, pois o ato *inconstitucional, por simples vontade de um determinado quorum do STF, pode ser direito positivo*. Tal significa dizer-se que, por decisão do STF põe-se fim à tradicional posição da jurisprudência brasileira no sentido de que, *só muito excepcionalmente*, se admitia o *efeito ex-nunc* (e não *ex-tunc*) quando se reconhecia, pela via concentrada, a existência de uma inconstitucionalidade.

### **3. AS CONSTITUIÇÕES ATUAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO. A TEORIA DO PROCESSO E SUAS TRANSFORMAÇÕES: DA FORMALIDADE À EFETIVIDADE DO PROCESSO. AS RECENTES REFORMAS DO CPC**

Uma segunda questão diz respeito às transformações por que vem passando a denominada *Teoria do Processo*, em razão da *constitucionalização* deste último.

(11) Curitiba: Editora Juruá, 2003.

Neste sentido, a tendência que se verifica nos sistemas jurídicos estrangeiros, é que as constituições têm trazido para seu objeto, *regras de processo*, expressas não só na enumeração da competência dos diversos órgãos que compõem o Poder Judiciário, mas, igualmente, através da enumeração de *princípios ou garantias processuais* que, em última instância, são da esfera do *Direito Constitucional Processual*. A formulação e conhecimento destas garantias, dão a verdadeira *ideologia constitucional* de cada modelo processual.

Ressaltem-se, a propósito, as recentes modificações sofridas pelo nosso *Processo Civil* bem como pelo *Processo Penal* e pelo *Processo Trabalhista* visando, sobretudo, uma maior *eficácia do processo*, a qual, se por um lado justifica a quebra de algumas tradicionais regras infraconstitucionais do procedimento, por outro não autoriza a quebra ou desobediência dos regramentos ou balizamentos traçados no texto constitucional.

Exatamente aí, ou seja, *no respeito à Constituição*, é que atos e leis são passíveis do *controle de constitucionalidade*, do qual não poderá isentar-se o ato judicial por excelência, ou seja, a *sentença* que não poderá produzir efeitos contrários ao sistema definido pela Constituição. Veja-se o que escreve Paulo Otero no livro *Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional*,<sup>(12)</sup> que "admitir resignados, a insindicalidade 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 como tal; Constitucional seria o direito aplicado nos tribunais, segundo resultasse da decisão definitiva e irrecorrível do juiz".

Este é o ponto nodal, ou seja, o que se pretende, quando se fala em *Relativização da Coisa Julgada*, é que esta não subsista quando o STF reconheça que aquela decisão se baseia em norma declarada inconstitucional por decisão do próprio STF, em decisão de controle concentrado, ou quando o Senado Federal, cumprindo o que determina o art. 52 inciso X da Constituição Federal, "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal" (adiante-se que a expressão "decisão definitiva" diz respeito à decisão proferida em controle difuso, ou seja, em sede de recurso extraordinário).<sup>(13)</sup>

(12) Lisboa: Lex — Edições Jurídicas, 1993, p. 10. Este texto está também citado por Humberto Theodoro Junior e Juliana Cordeiro de Faria, *A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle*. Texto publicado na Revista da Advocacia-Geral da União, Ano II, n. 09, abril de 2001, p. 2, site [www.agu.gov.br/ce](http://www.agu.gov.br/ce)

(13) Na hipótese de controle por via de Ação Direta, por serem *erga-omnes* os efeitos do julgamento, desnecessária será a intervenção do Poder Legislativo (leia-se Senado), como, aliás, observava o Min. Thompson Flores (18.4.77), à época Presidente do STF e, mais recentemente, o Min. Carlos Mário da Silva Velloso na conferência *O Controle da Constitucionalidade das Leis na Constituição Brasileira de 1988* (In *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, pp. 125-139). Para maiores detalhes, veja-se nosso livro *Constituição & Processo — vol. I — Introdução ao Direito Processual Constitucional*. Curitiba: Juruá, Editora 2003, p. 334.



#### 4. A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E A SÚMULA 343 DO STF

A fim de evitarmos má interpretação quanto à posição aqui adotada, cumpre, de logo, afirmar que, a rigor, e apesar de ser uma expressão bem difundida nos dias atuais, em essência, não se há de falar em *Relativização da Coisa Julgada*, pois não aceitamos um tratamento meramente axiológico, isto é, tratado por meio de conceitos como justiça/injustiça. Por outro lado, o que aqui se defende, nada tem a ver com a aplicação da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, por serem duas situações distintas.

Assim, se nos termos da Súmula 343, "Não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de *interpretação controvertida nos tribunais*", quando se tratar de *Coisa Julgada Inconstitucional*, o que se tem, de verdade, é a *inexistência mesma de coisa julgada*.

Em outras palavras: se a inconstitucionalidade reconhecida em *Adin* gera a *inexistência ou nulidade absoluta* da Lei ou Ato, a rigor, não se haveria de falar em *Coisa Julgada Inconstitucional*, visto ser a mesma uma expressão *contraditória, porque inexistente*, tal como ensina *Cunha Peixoto*, citado por *Ada Pellegrini Grinover* em artigo intitulado *Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional*,<sup>(14)</sup> *verbis*:

"Em verdade, a hipótese é simples. Pretende a recorrente rescindir um acórdão que aplicou dispositivo legal posteriormente declarado inconstitucional. Ora, segundo nos parece, lei inconstitucional não produz efeito e nem gera direito, desde o início. Assim sendo, perfeitamente compatível é a ação rescisória" — conclui *Cunha Peixoto*.

Cabe aqui uma observação por demais importante: *ao contrário do que ocorre com a Lei e Atos Administrativos*, que não necessitam de provocação para serem revistos, a *sentença transitada em julgado*, mesmo quando fundamentada em norma tida por inconstitucional, só perde a eficácia *através de novo pronunciamento judicial*.

Sobre a matéria, é importante a lição de *Pontes de Miranda*: "a eficácia da sentença rescindível é completa, como se não fosse rescindível".<sup>(15)</sup>

Neste sentido, *Ada Pellegrini Grinover* no mencionado artigo, após proceder a levantamento das posições jurisprudenciais do STF, afirma:

"Transparece, assim, de todos os votos que enfrentaram a questão da inaplicabilidade da Súmula 343 ao dissídio jurisprudencial em matéria constitucional, sua única motivação: a lei declarada inconstitucio-

(14) *Revista Dialética de Direito Tributária*, n. 8, p. 12.

(15) Cf. Humberto Theodoro Junior, *A Ação Rescisória e o Problema da Superveniência do Julgamento da Questão Constitucional*. In *Revista de Processo*. São Paulo: Editora RT, n. 79, ano 20, julho-setembro, 1995, p. 160.

nal pelo Supremo, com efeitos *ex tunc*, é nula e irrita. Se a decisão aplicou lei, posteriormente declarada inconstitucional, aplicou lei nula e inexistente, e pode por isso ser rescindida.

O que equivale a dizer que a Súmula n. 343 é tida por inaplicável quando a decisão rescindenda aplica a lei, por considerá-la constitucional, e posteriormente é ela declarada inconstitucional, com efeitos 'ex tunc'.

Mas é evidente — continua *Grinover* — que o raciocínio não se aplica aos casos em que a decisão rescindenda julgou inconstitucional a lei, posteriormente considerada constitucional pelo Supremo.

Nesta hipótese, a posterior declaração incidental de constitucionalidade nada nulifica, não se caracterizando a categoria da inexistência, pelo que ficam a salvo da rescisória as decisões que, na constância do dissídio jurisprudencial, consideraram a lei inconstitucional" — conclui.<sup>(16)</sup>

#### 5. A MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.180-35 (24.8.2001) E O ART. 741 DO CPC

Já fizemos referência à Medida Provisória n. 2.180-35 (24.8.2001) e prometemos voltar a ela, lembrando, de logo, que a mesma se encontra em vigor em razão do art. 2º da EC 32/2001, que veio dar nova redação ao art. 62 da Constituição Federal.

Observe-se que a inovação introduzida no art. 741 do CPC, com o acréscimo do parágrafo único, encontra-se, em princípio, na linha do raciocínio que vimos defendendo, ou seja, que havendo decisão proferida pelo STF sobre a inconstitucionalidade de determinada Lei ou Ato, as decisões proferidas pelas instâncias inferiores devem se curvar ao entendimento do órgão máximo do Poder Judiciário, encarregado de defender a Constituição.

Em outras palavras: em razão dos efeitos *erga omnes* e *ex tunc* que marcam as *decisões definitivas proferidas pelo STF em matéria de Controle de Constitucionalidade*, devem estes efeitos alcançar, não só as ações a serem julgadas, mas igualmente, aquelas já decididas e transitadas em julgado.

Contudo, apesar desta concordância inicial, a alteração procedida pela MP n. 2.180 (24.8.2001, art. 10) merece algumas observações e críticas, a saber:

a) — Fere ela o comando constitucional do art. 5º, inciso XXXVI, exatamente, ao determinar que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Não poderia, portanto, uma espécie legislativa que apenas tem *força de lei*, sobrepor-se à Constituição.

(16) Artigo citado, p. 13-14. Itálicos no original.

Não se poderá aceitar, sob nenhum pretexto, o que se estabelece na Medida Provisória, em relação ao art. 741, parágrafo único do CPC, ou seja, que "Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal".

Se ocorria a existência de tais títulos, só através de Ação Rescisória, com novo pronunciamento judicial, poder-se-ia "tornar inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal".

b) — No caso, bem o sabemos, o objetivo da Medida Provisória teve um endereço certo, ou seja, evitar que aquelas ações nas quais se discutiam aplicações de índices referentes aos *Planos Econômicos* editados por diferentes Governos, e que já tinham *decisão transitada em julgado* com conteúdo diverso ao entendimento do STF pudessem ser executados contra a Fazenda Pública, ou necessitassem de *Ação Rescisória*, pois em muitos casos, já era decorrido o prazo de 2 anos;

c) — Uma destas situações visadas pela MP n. 2.180 (24.8.2001, art. 10), é o referente à correção do saldo das contas de FGTS, saldos estes, em milhares de casos, cujas decisões proferidas com o aval do STJ, incluíam índices que o STF não apreciou, deixando-os a critérios do STJ, que já os sumulou;

d) — a MP n. 2.180 (24.8.2001, art. 10), não prevê a hipótese inversa, ou seja, que aquelas ações julgadas em sentido contrário à decisão proferida pelo STF contra a Fazenda Pública, pudessem, igualmente, ser corrigidas; do que é exemplo o índice de 28,86%, que havia favorecido aos militares, não fora extensivo aos servidores civis (Lei n. 8.627/93) por pronunciamentos judiciais e, posteriormente, o STF entendeu ser devido.

Mais uma vez, portanto, o cidadão sai prejudicado por uma legislação casuística, representativa de uma *Vontade Imperial do Executivo*, que em nada foi modificada pela festejada (sem muita razão) Emenda Constitucional n. 32/2001.

## 6. CONCLUSÕES

Pelo visto, o tema aqui tratado não é *mero modismo* como já houve quem insinuasse e, assim, precisa de reflexões cada vez mais profundas, envolvendo constitucionalistas e processualistas que estejam dispostos a troca de opiniões cada vez mais aprofundadas, sobretudo porque, na nossa seara, não há posição ou verdade certa e/ou errada, em sentido absoluto. Cada raciocínio apresentado sentirá a necessidade de ser completado por outros enfoques,

em decorrência da complexidade do fenômeno jurídico, e nisto reside a *dialec-ticidade do raciocínio jurídico* (com perdão pelo neologismo).<sup>(17)</sup>

Assim, mesmo consciente desta necessidade, propomo-nos, diante do que foi dito, apresentar as seguintes *conclusões*, a partir das quais novos aspectos poderiam ser analisados, desde que aceita a trilogia da *Tese, Antítese e Síntese*. São elas:

a) — se a inconstitucionalidade significa *inexistência da lei e/ou ato*, não se poderá falar em *Coisa Julgada*, por encontrar-se esta fundamentada em algo que não existe. Entretanto, a expressão *Coisa Julgada Inconstitucional*, neste caso, a rigor, continua sendo utilizada em um *sentido mais retórico, que científico*;

b) — sendo a *Coisa Julgada* calcada em *norma inconstitucional*, não se há de falar em *relativização ou flexibilização da Coisa Julgada Inconstitucional*, razão pela qual, *os meios processuais utilizáveis para a sua impugnação apenas irão reconhecer, através de novo pronunciamento do Poder Judiciário, que a decisão rescindenda, juridicamente, nunca existiu, por estar calcada em Inconstitucionalidade. Na prática, contudo, sem a rescisão, convém lembrar a lição já citada de Pontes De Miranda, segundo a qual, "a eficácia da sentença rescindível é completa, como se não fosse rescindível"*;

c) — como *incidentalmente, a arguição de Inconstitucionalidade poderá, ser feita a qualquer tempo, em qualquer instância ou Tribunal*, a Ação Rescisória fundamentada em decisão proferida em Recurso Extraordinário, só seria cabível, após a suspensão, pelo Senado, da "execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal" (CF/88, art. 52, X). Também neste caso, não se aplicaria o elemento *tempo*, ou seja, não se há de falar em *Decadência, Preclusão e/ou ainda Prescrição*;

d) — em qualquer hipótese de *Ação Rescisória contra Coisa Julgada Inconstitucional* (e este é um dos pontos mais importantes na discussão), a inicial deverá ser instruída com Certidão ou equivalente do STF que comprove o reconhecimento de inconstitucionalidade posterior da norma em que se fundamentou a decisão que se busca rescindir. Haveria, portanto, em tal situação, mais um requisito ao art. 488 do CPC, ou seja, só com o preenchimento deste requisito, ficaria afastado o elemento tempo (2 anos, CPC art. 496);

e) — cabível poderia ser, igualmente, a *Ação Declaratória de Nulidade Absoluta da Sentença*, em razão da inconstitucionalidade em que esta se

(17) Interessante é a leitura do estudo de Sérgio Bermudes, intitulado *Sindérese e Coisa Julgada Inconstitucional* (In Carlos Valder Do Nascimento, *Coisa Julgada Inconstitucional*, 4ª edição revista e ampliada, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 233 e segs. Neste trabalho, o autor levanta um grande número de questões de natureza processual que, por si só, dariam margem a vários outros artigos.

encontra fundamentada. Vale lembrar que esta última hipótese já foi aceita pelo STF no Recurso Extraordinário n. 97:589, de 17.11.1982, Rel. Min. *Moreira Alves* (v. u., DJU, 3.6.1983),<sup>(18)</sup> porém, dentro do prazo da Ação Rescisória;

f) — diante do que expusemos, não se há de falar (e a repetição é didaticamente necessária) em *atentado à segurança jurídica*, vez que *esta não se poderá assentar no nada, no inexistente, ou seja, em norma inconstitucional*;

g) — dizendo de forma objetiva: *lei ou ato eivados de inconstitucionalidade, não geram direitos nem deveres, pelo que o ato judicial inconstitucional não faz coisa julgada, da mesma forma que não faz ato jurídico perfeito ou direito adquirido*.

### BIBLIOGRAFIA

CAMPOS FILHO, Ezequiel de Melo "A Ação Rescisória como fator de perturbação do sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil". In *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*, vol. 1.

CARLOS HITTERS, Juan. *Revisión de la cosa juzgada*. 2ª edición, Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2001.

COSTA, Marília Carvalho da. *O Princípio da proporcionalidade na relativização da coisa julgada inconstitucional*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5089>>. Acesso em 29.05.2004.

DANTAS, Ivo. "Coisa Julgada Inconstitucional: Declaração Judicial de inexistência". *Revista Fórum Administrativo — Direito Público*. Belo Horizonte, ano 2, n. 15 — maio 2002, pp. 588-607.

DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emenda Constitucional e Controle da Constitucionalidade*. 3ª ed. revista, aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo vol. I. Introdução ao Direito Processual Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003.

DANTAS, Ivo. *Constituição Federal Anotada*. 2ª ed. rev. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição (Do Controle de Constitucionalidade como Garantia da Supralegalidade Constitucional)*. 2ª ed. rev. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DELGADO, José Augusto. "Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais". In *Revista da Advocacia-Geral da União*, ano II, n. 06, janeiro de 2001. Disponível em <[www.agu.gov.br/ce](http://www.agu.gov.br/ce)>.

(18) Citado por Cândido Dinamarco, artigo citado, p. 69.

DELGADO, Mário Luiz. *Problemas de Direito Intertemporal no Código Civil. Doutrina & Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, Francisco Barros. *Breve Análise sobre a Coisa Julgada Inconstitucional*. Publicado no site da Justiça Federal do Rio Grande do Norte. Disponível em <[www.jfrn.gov.br](http://www.jfrn.gov.br)>, p. 6.

DIAS, Francisco Barros. *Coisa Julgada Inconstitucional*. Dissertação Final aos Cursos de Pós-Graduação em Direito (Mestrado). Faculdade de Direito do Recife, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, SP (55/56): 31-77, jan./dez. 2001, pp. 35-36.

DINIZ, Maria Helena. "Parte Especial, Livro Complementar — Das Disposições Finais e Transitórias (arts. 2.028 a 2.046)". In ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (Coord). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, vol. 22, 2003.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Valor Positivo do Acto Inconstitucional*. Lisboa: Associação Acadêmica, Faculdade de Direito de Lisboa, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em matéria constitucional. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: RT, n. 8, pp. 9-38.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Anotações sobre o princípio do direito adquirido tendo em vista a aplicação do novo Código Civil*. In Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César e Roberto Rosas (Coordenadores) *Aspectos Controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coordenador). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coordenador). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 4ª edição revista e ampliada, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*. Lisboa: Lex — Edições Jurídicas, 1993.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação Rescisória e a Retroatividade das Decisões de Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.) — *Constituição e Segurança Jurídica. Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada (Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence)*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

SIERRA PORTO, Humberto A. *Sentencias de Inconstitucionalidad*. Colombia: Universidad Externado de Colômbia, Col. Temas de Derecho Público, n. 38, 1995.

SILVA, Ovídio A. Baptista. Coisa Julgada Relativa? *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: n. 13, pp. 102-112.

SOUZA, Marcelo Rebelo de. *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*. Lisboa, 1988.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Nulidade, inexistência e Rescindibilidade da Sentença. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora RT, n. 19, ano 5, julho-setembro, 1980, p. 26.

THEODORO JUNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle*. Texto publicado na *Revista da Advocacia-Geral da União*, Ano II, n. 09, abril de 2001, p. 2. Disponível em <[www.agu.gov.br/ce](http://www.agu.gov.br/ce)>.

VITAGLIANO, José Arnaldo. *Coisa Julgada e Ação Anulatória*. Curitiba: Juruá, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. Ação Rescisória em matéria constitucional. In: NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.), *Aspectos polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: RT, 2001, p. 1046. O mesmo texto encontra-se publicado na *Revista Fórum Administrativo — Direito Público*. Ano 2, n. 13, março de 2002.