

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

MARCOS LEITE GARCIA

MIGUEL KFOURI NETO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Miguel Kfourri Neto, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-198-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Conpedi acaba de realizar seu XXV Encontro Nacional como mais uma iniciativa de estímulo às atividades de intercâmbio científico entre os atores da Pós-graduação em direito no Brasil. Coube-nos conduzir as apresentações referentes ao Grupo de Trabalho: Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça II. Os artigos dali decorrentes, agora, são ofertados à leitura segundo uma ordem lógica, que prestigia tanto o aspecto principiológico das inovações operadas pelo Novo Código de Processo Civil, mas, sobretudo, dando especial ênfase - como ponto de maior destaque das inovações - à adoção da doutrina do Precedente Judicial. Esperamos com isso proporcionar o acesso eficiente às novidades e novos olhares sobre os avanços do processo civil. Para tanto recomenda-se a leitura pela ordem que se segue:

1. As normas fundamentais do novo CPC (lei 13.105/2015) e o fenômeno de constitucionalização do processo civil.
2. Precedentes e argumentação jurídica.
3. Precedentes e novo cpc: razão argumentativa na consolidação do estado democrático via direito judicial.
4. O novo CPC e o sistema de precedentes (“commonlização”).
5. A aplicação do precedente judicial: contrastes com as súmulas vinculantes.
6. A democratização do processo civil através do sistema de precedentes: o *amicus curiae* como instrumento de participação popular na formação de precedentes vinculantes de grande repercussão social.
7. Os modelos americano e inglês de vinculação ao precedente.
8. Brevíssimas considerações a respeito do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

9. Inovações e alterações do código de processo civil e a manutenção do subjetivismo do termo “insuficiência de recursos” para a concessão da gratuidade de justiça.
10. O princípio da publicidade como medida essencial ao controle dos atos estatais.
11. A contratualização do processo judicial: análise principiológica de sua efetividade à luz do novo diploma processual cível.
12. Novo CPC: negócios jurídicos processuais ou arbitragem?
13. Algumas observações sobre os prazos processuais e o princípio da segurança jurídica no novo código de processo civil.
14. O princípio da cooperação judiciária do novo código de processo civil: uma análise a partir da proteção ao trabalhador frente ao instituto da recuperação judicial.
15. O direito à prova no processo civil: sob uma perspectiva constitucional.
16. A distribuição do ônus da prova no processo coletivo ambiental.
17. Toda decisão será motivada?
18. O artigo 489 do novo código de processo civil e a fundamentação das decisões judiciais na perspectiva dworkiniana.
19. Fundamentação das decisões e a superação do livre convencimento motivado.
20. Operações midiáticas e processo penal: o respeito aos direitos fundamentais como fator legitimador da decisão judicial na esfera penal.
21. Tutelas diferenciadas: instrumento de auxílio à efetivação da justiça
22. Desconstituição do título executivo judicial fundado em norma declarada inconstitucional pelo STF e a impugnação do art. 525, § 12º do CPC.
23. Técnica procedimental e a audiência de justificação nos procedimentos possessórios: por um contraditório dinâmico.

24. O mandado de segurança coletivo e a proteção dos direitos difusos.

Na esperança de encontrarmos dias de maior efetividade processual e procedimental no atendimento e na efetivação dos direitos fundamentais, desejamos uma excelente leitura.

Professor-doutor Rogério Luiz Nery da Silva (UNOESC)

Professor-doutor Marcos Leite Garcia (UNIVALI)

Professor-doutor Miguel Kfoury Neto (UNICURITIBA)

**DESCONSTITUIÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL FUNDADO EM
NORMA DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF E A IMPUGNAÇÃO DO
ART. 525, § 12º DO CPC**

**DECONSTITUTION EXECUTIVE JUDICIAL FOUNDED IN STATED BY NORMA
UNCONSTITUTIONAL STF AND THE CHALLENGE OF ART. 525, § 12 OF THE
CPC**

Ricardo Dos Reis Silveira ¹
Sebastião Sérgio Da Silveira ²

Resumo

O presente estudo aborda o conflito entre a decisão proferida em sede de controle difuso em face de outra posterior, em controle concentrado. A Lei 11232/05 introduziu dois dispositivos CPC que permitiam a desconstituição de título executivo judicial, com trânsito em julgado, contrária à tomada no controle concentrado, por meio de embargos ou impugnação ao cumprimento de sentença (art. 741, II, § 1º e art. 475-L, II, § 1º). O novo CPC permite a desconstituição de decisão definitiva contrária a decisão do STF tomada no controle difuso, art. 525, § 12. Discute-se a possível inconstitucionalidade dos dispositivos (ADI 3.740).

Palavras-chave: Conflito, Coisa julgada, Controle difuso, Controle concentrado, Constitucionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This study deals with the conflict between the ruling on fuzzy control headquarters in the face of another later in concentrated control. Law 11232/05 introduced two devices in the civil procedural legislation that allow deconstitution of possible legal enforcement, with res judicata, contrary to take on the concentrated control, through debtor's defense or appeal the judgment of compliance (art. 741 II, § 1 and art. 475-L, II, § 1). The new CPC allows deconstitution of final judgment when contradicts Supreme Court's decision in the diffuse control, art. 525, § 12. We discuss the possible unconstitutionality of the devices (ADI 3740).

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Conflict, Thing judged, Diffuse control, Concentrated control, Constitutionality

¹ Mestre e Doutor pela UFSCAR. Professor da UNAERP e da UNIFEB. Advogado.

² Mestre e Doutor pela PUC/SP. Pós-Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor da UNAERP e Professor da FDRP/USP. Promotor de Justiça.

I- INTRODUÇÃO

No presente trabalho pretende-se discutir a constitucionalidade de novos instrumentos processuais inseridos no sistema processual civil pátrio que, pela sua conformação, são capazes de desconstituir os efeitos da coisa julgada, operados por uma decisão judicial de mérito definitiva.

A Lei 11.232/2005 havia introduzido dois dispositivos na legislação processual civil, que permitia a desconstituição de eventual título executivo judicial, com trânsito em julgado, mas dissonante de decisão tomada no controle concentrado, por meio de embargos do devedor ou impugnação ao cumprimento de sentença (art. 741, II, § 1º e art. 475-L, II, § 1º, CPC). Agora, o novo CPC foi ainda mais longe, ao permitir a desconstituição de decisão judicial definitiva, quando contraditória com decisão do STF tomada no controle difuso, art. 525, § 12.

O novo CPC, que é lei ordinária, apesar de se afinar, nesse ponto, à opinião de muitos doutrinadores e de entendimentos formados no âmbito do próprio STF, nesse ponto, se propôs a promover uma alteração constitucional por meio de processo legislativo ordinário, isso porque iguala os efeitos da decisão do STF no controle difuso, àqueles próprios do controle concentrado.

Há entendimentos diversos sobre o assunto. Alguns acoimam tais dispositivos de inconstitucionais, pois avessos ao precitado art. 5º, XXXVI, da CF/88, que consagra a intangibilidade coisa julgada. Aliás, esse foi esse o entendimento formado no seio do Conselho Federal da OAB, que questiona a constitucionalidade dos precitados dispositivos processuais através da ADI 3.740. Agora, com o advento do novo CPC, esta ação corre o risco de ser extinta sem julgamento do mérito, já que há precedente do Pretório Excelso no sentido de perda do objeto pela ADI quando a norma questionada é revogada.

Assim colocada a questão, o desafio é agora responder se uma decisão fundada em norma tida posteriormente por inconstitucional pode operar os efeitos naturais da coisa julgada e, em caso positivo, se podem ser desfeitos através de instrumento processual diverso da ação rescisória.

Dessa forma, se a Constituição Federal prevê a ação rescisória como instrumento lícito a desconstituir a coisa julgada, mas não outros, é de se indagar se a legislação ordinária pode inovar nesse assunto?

Temos, pois, um avanço na legislação, especialmente se considerarmos o art. 525, § 12 do novo CPC, sem sabermos, ao certo, se o avanço legislativo se conforma ou não com a Constituição Federal. Essa é a discussão que se pretende enfrentar no presente trabalho.

II- ESTADO DE DIREITO, SEGURANÇA JURÍDICA E A DECONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA

O Estado de Direito trouxe para a política o que podemos chamar de império do direito, cujo objetivo precípua foi a substituição dos governos baseados na vontade do soberano, característica indelével dos Estados modernos absolutistas, por modelos nos quais os governantes estariam vinculados a comandos gerais, abstratos e vinculantes, a lei. Na feliz análise que fez Bobbio sobre a evolução do direito na modernidade e contemporaneidade, ele assevera que houve a substituição do governo de homens, pelo governo de leis.¹ O argumento pode ser criticado, com o contra-argumento de que, mesmo após o surgimento do Estado de Direito, sempre prevalece a vontade de alguém nas tomadas de decisões. Mas, mesmo aceitando a crítica, há sempre a possibilidade de se invocar o paradigma da lei e se questionar o ato do governante. De fato, o paradigma existe e, o ideal é que seja seguido.

Contemporaneamente o constitucionalismo possui dois eixos principais, a separação dos poderes, com a conseqüente implementação de mecanismos de controle recíproco entre eles e, o estabelecimento dos direitos fundamentais, especialmente os individuais, para a proteção do indivíduo contra os eventuais excessos do Estado. Os dois eixos mencionados visam, essencialmente, o controle e a racionalização do poder. Racionalização aqui mencionada, significa, justamente, a tentativa de evitar decisões governamentais lastreadas no arbítrio, nos caprichos de quem governa, devendo, ao contrário, sempre ser sopesada pelo paradigma do direito.

O principal instrumento construído pelo constitucionalismo contra o abuso de poder foi a concepção de direitos individuais intangíveis pelo poder público. Essa categoria de direitos protege o “eu” individual contra a força irresistível da maioria e de quem exerce o poder. Blinda o indivíduo de intromissões do poder público numa esfera da vida que pertence e diz respeito apenas a si, evitando-se, pois, qualquer espécie de totalitarismo.

A aquisição da igualdade jurídica com a Revolução Francesa e a difusão desse princípio pelo mundo, iria sepultar as velhas amarras sociais herdadas da Idade Média, com a perda de privilégios jurídicos tanto pela nobreza, quanto pelo clero. A Revolução Francesa

¹ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 17.

promove, pelo menos ideologicamente, a planificação e uniformização dos estatutos jurídicos de cada uma das classes sociais existentes durante a Idade Média.²

Com inspiração, principalmente, no princípio da igualdade, foi fomentada a existência de uma esfera individual indevassável pelo poder público, que estaria imune a qualquer regra do poder público. Imbricado ao conceito de liberdade e vida, surgem as teses justificadoras da propriedade privada enquanto direito constituinte da individualidade de cada um e necessário ao desenvolvimento e autonomia do “eu”. Além da natural limitação ao poder público, decorrente de sua natureza de direito individual, ela passará a delimitar os extratos sociais, com suas respectivas classes. De modo que a concepção da igualdade jurídica formal perante a lei, que solapava o velho direito medieval calcado na desigualdade pelo nascimento, logo se mostrou “ingênua”, porque outro critério foi criado para garantir a estratificação social, com marcantes diferenças resultantes do nascimento, lastreadas pelo direito à propriedade privada e a garantia do direito de herança. Essa estrutura demanda famílias monogâmicas, justamente para que o patrimônio permaneça concentrado nas mãos de pessoas “certas”, filhos legítimos, em vez de ser pulverizado por relações extraconjugais e filhos “adulterinos”.

O individualismo triunfou na contemporaneidade, o individual sobrepuja o interesse geral, e toma o cume da escala de valores. O próprio conceito de liberdade se sustentará nos alicerces fixados pelos direitos individuais. Há uma verdadeira mutação no conceito de liberdade, isso se compararmos a liberdade dos antigos com a liberdade individualista dos modernos.³

Os direitos individuais, inspirados na filosofia iluminista e desenvolvidos pelo constitucionalismo, estabelecem a linha de fronteira entre o público e o privado, o individual e o coletivo.

² Nesse sentido “*As compilações e a restante legislação do Antigo Regime manifestam assim uma sinceridade desconhecida no direito contemporâneo. Neste período, as normas reflectem as estruturas e a a lógica da sociedade. Ao invés de ignorar as desigualdades a ponto de as perder de vista, a legislação pré-revolucionária reenvia continuamente para elas, é construída sobre o levantamento sistemático das diferenças. (...) Esta espelha a posição em que cada um se encontra perante o quadro legal estabelecido (marido, cidadão, funcionário, comerciante, servo, etc.). Assim, a capacidade jurídica depende da constelação de status configurada pela vontade soberana.*” (REIS MARQUES, MÁRIO. *Um olhar sobre a construção do <<sujeito de direito>>*. Coimbra, Svdia Ivridica, 96, Coimbra Editora, p. 97/100).

³ SKINNER, Quentin. *Liberdade antes do liberalismo*, tradução de Raul Fiker, São Paulo, Editora Unesp, 1999, pp. 31-33.

Exatamente por isso que o artigo 5º da Constituição Federal de 1988⁴ usa, no seu *caput*, a expressão “invioláveis”, apontando para a precípua característica dos direitos individuais, relativa a sua intangibilidade pelo poder público.⁵

Esses direitos, denominados de primeira geração, operam como verdadeira obrigação de não fazer imposta ao próprio Estado, ao próprio poder público:

*“Em termos sintéticos, a ideia central deste critério (de resto, ainda relacionado com o anterior) seria a seguinte: direitos, liberdades e garantias são os direitos de liberdade, cujo destinatário é o Estado, e que têm como objecto a obrigação de abstenção do mesmo relativamente à esfera jurídico-subjectiva por eles definida e protegida.”*⁶

Com base nessa ideia, Gilmar Ferreira Mendes os alcunhou de *cláusulas de bloqueio*, ao assinalar:

*“Essa concepção de direitos fundamentais – apesar de ser pacífico na doutrina o reconhecimento de diversas outras – ainda continua ocupando lugar de destaque na aplicação dos direitos fundamentais. Essa concepção, sobretudo, objetiva a limitação do poder estatal a fim de assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade. Para tanto, outorga ao indivíduo um direito subjetivo que lhe permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.”*⁷

Dentre os direitos individuais destaca-se a liberdade. Ela que inicialmente cingia-se a liberdade de religião, torna-se, também, a liberdade individual do homem de negócios. A individualidade garante a *persona* livre, que tem bens, pode negociá-los de modo livre, conforme sua vontade, que por ser livre, gerará a obrigatoriedade dos contratos por si participados (*pacta sunt servanda – os pactantes são servos do que pactuam*). Vê-se, pois, que

⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

⁵ No direito estrangeiro há disciplina semelhante, relativamente ao assunto tratado. A Constituição espanhola de 1978 usa a expressão invioláveis: “Artículo 10 1. La dignidad dela persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.” A Constituição Portuguesa de 1976 vai mais longe e fixa o direito de resistência expressamente: Artigo 21.º Direito de resistência: “Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.” A Declaração francesa de 1798 prevê: “les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs...”. A Constituição Italiana de 1947, por sua vez, tem a seguinte disposição: “Art. 2- La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.”

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional, Coimbra, Livraria Almedina, 1995, p. 523

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 4

liberdade e propriedade são os cernes do modelo capitalista contemporâneo, com reflexos nítidos em todo o direito, especialmente privado.

Mas não só a liberdade individual do homem proprietário é necessária para o funcionamento da engrenagem do modelo de mercado, há também a necessidade de estabilidade nas relações jurídicas, para que se vede ao poder público, por meio de medidas futuras, desfazer negócios e situações consolidadas no passado. A certeza e estabilidade das relações também faz parte integrante do conceito de liberdade. A instabilidade das relações sinaliza o caos, a revolução, a quebra de paradigmas, indicando a submissão dos indivíduos, aos caprichos dos poderes públicos.

A par da liberdade individual negocial, surge a necessária estabilização dessas situações e a garantia de que as mesmas não sejam desfeitas por atos futuros do poder público, surge, pois, como corolário lógico da liberdade individual de contratar, o direito à segurança jurídica, a estabilidade dos negócios e situações consolidadas sob o mando das regras vigentes quando da celebração do negócio.

A segurança jurídica pode ser enxergada tanto como desmembramento do próprio princípio da liberdade, como também como consequência necessária do direito de propriedade. Por essa razão, o princípio da segurança jurídica compõe o rol dos direitos individuais (art. 5º, XXXI, CF/88⁸). A segurança jurídica, a um só tempo resguarda a vontade dos contratantes, como também o próprio direito de propriedade, já que ratifica a disposição de vontade do proprietário sobre seus próprios bens.

O princípio da segurança jurídica visa resguardar a situações consolidadas sob o mando de certas regras jurídicas, de interferências futuras que poderiam advir com a alteração daquelas anteriores regras jurídicas. Os institutos da coisa julgada, direito adquirido e ato jurídico perfeito vedam o retrocesso do direito no tempo, vedam a possibilidade de norma posterior apanhar fato pretérito, alterando sua morfologia consolidada.

Em objetiva análise, Uadi Lammêgo Bulos assim resume o princípio:

*“(...) a segurança jurídica depende de um conjunto de normas aptas a garantir que se denomina câmbio de expectativas, ou seja, o complexo de condições que visam a proteger o cidadão do arbítrio, gerando uma atmosfera de certeza nas relações.”*⁹

Sobre a relevância de tal princípio o Supremo Tribunal Federal, já teve a oportunidade de asseverar:

⁸“ XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 485.

“em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material.”¹⁰

Conforme adverte Gilmar Ferreira Mendes:

“o direito, por natureza, deve existir para disciplinar o futuro, jamais o passado, não sendo razoável entender que normas construídas a posteriori possam dar definições e consequências novas a eventos já ocorridos no mundo fenomênico.”¹¹

A concreção da segurança jurídica, revela-se em seus subprincípios, quais sejam, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Esta última, mostra-se como um efeito da sentença, que garante a sua imutabilidade quando esgotados os meios recursais para impugná-la. Desse modo, a sentença, que passa a constituir *lei entre as partes*, revelando o caráter substitutivo da jurisdição, torna-se imutável. Os latinos a nominavam de *praeclusio máxima* (preclusão máxima). Sim, pois, se toda decisão judicial tende a definitividade, efeito próprio da preclusão, dando ao processo o caráter de marcha para frente, a sentença petrifica a solução dada ao caso por um terceiro e não permite que os envolvidos rediscutam a questão julgada.

Moacyr Amaral Santos, no mesmo sentido:

“(...)em consequência da coisa julgada formal, pela qual a sentença não poderá ser reexaminada e, pois, modificada ou reformada no mesmo processo em que foi proferida, tornam-se imutáveis os seus efeitos (declaratório, ou condenatório, ou constitutivo). O comando emergente da sentença, como ato imperativo do Estado, se torna definitivo, inatacável, imutável, não podendo ser desconhecido fora do processo. E aí se tem o que se chama coisa julgada material ou coisa julgada substancial, que consiste no fenômeno pelo qual a imperatividade do comando emergente da sentença adquire força de lei entre as partes.”¹²

Liebman não destoa de tal entendimento, a asseverar:

“(...) a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado. Caem todas as definições correntes no erro de substituir uma qualidade dos efeitos da sentença por um efeito seu autônomo”¹³

O dispositivo constitucional focado visa dar guarida a situações consumadas pela coisa julgada, impossibilitando sua alteração por lei posterior.¹⁴ Em se tratando de uma relação

¹⁰ BRASIL. STF, MC 2.900/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 08-04-2003.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de direito constitucional 8ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 352.

¹² MARAL SANTOS, Moacyr. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, 1994, Vol. IV. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 42.

¹³ LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 40.

¹⁴ CPC, Art. 502: *Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.*

processual denominada *subjetiva*, os efeitos da decisão cingem-se às partes do processo, não beneficiando, nem prejudicando terceiros estranhos à relação processual.

Muito embora a rigidez com que a legislação e a própria constituição tratem a matéria, há hipóteses nas quais pode ocorrer a *quebra* dos efeitos da coisa julgada, inclusive da coisa julgada material. Ocorre quando regras ou princípios de ordem pública são desrespeitados, geralmente pela inobservância das condições da ação ou dos pressupostos processuais necessários ao desenvolvimento lícito da relação processual. Tradicionalmente a quebra dos efeitos da coisa julgada dá-se por ação rescisória, mas, ultimamente a doutrina¹⁵ e jurisprudência¹⁶ têm avançado muito no tema e, há considerações fecundas acerca da relativização dos efeitos da coisa julgada e, sendo assim, a coisa julgada poderia ser quebrada por qualquer tipo de ação declaratória.¹⁷

No ordenamento constitucional há expressa previsão da ação rescisória, esta que é o meio tradicionalmente legítimo para desconstituir os efeitos da coisa julgada, arts. 102, I, “j”; 105, I, “e”, 108, I, “b”, numa clara demonstração de que o princípio da segurança jurídica é, como todos os direitos e garantias fundamentais, de ordem relativa e não absoluta. Ou seja, qualquer direito fundamental, individual ou não, pode ceder quando em choque com outro princípio constitucional, num juízo que leva em conta os prestigiados princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Essa é, aliás, a característica dos princípios que os distinguem das normas. Dois princípios, mesmo que colidentes podem sobreviver ao mesmo tempo, afasta-se um e prestigiando-se outro para a solução de um caso. Na situação de confronto de duas normas, uma derroga a outra, não coexistem contraditoriamente num mesmo momento

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa Julgada Inconstitucional, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo da sentença. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁶ Veja-se decisão da década de 80 do STF, que sobre o tema decidiu: “*Ementa: AÇÃO DECLARATORIA DE NULIDADE DE SENTENÇA POR SER NULA A CITAÇÃO DO RÉU REVEL NA AÇÃO EM QUE ELA FOI PROFERIDA. 1. PARA A HIPÓTESE PREVISTA NO ARTIGO 741, I, DO ATUAL CPC - QUE É A DA FALTA OU NULIDADE DE CITAÇÃO, HAVENDO REVELIA - PERSISTE, NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO - A “QUERELA NULLITATIS”, O QUE IMPLICA DIZER QUE A NULIDADE DA SENTENÇA, NESSE CASO, PODE SER DECLARADA EM AÇÃO DECLARATORIA DE NULIDADE, INDEPENDENTEMENTE DO PRAZO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO RESCISÓRIA, QUE, EM RIGOR, NÃO É CABIVEL PARA ESSA HIPÓTESE. 2. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO, NEGANDO-SE LHE, POREM, PROVIMENTO.*” (STF, RE 97589 SC, Rel. Min. Moreira Alves, Data de publicação: 03/06/1983)

¹⁷ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

histórico. Esse é o apontamento feito por Alexy para discriminar princípios jurídicos de normas jurídicas.¹⁸

Nessa esteira a lei 11.234/05 acrescentou ao já revogado Código de Processo Civil, além dos meios próprios de desconstituição da coisa julgada, outras modalidades de desconstituição da decisão (sentença ou acórdão) que já tenham consumado os efeitos da coisa julgada, em situações nas quais foi proferida com lastro em lei ou norma posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁹

Com o advento da lei, alterando a legislação processual, foi proposta ação direta de inconstitucionalidade no STF pelo conselho federal da OAB, cujo pedido é de declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos processuais legais, eis que, estariam a ofender o princípio da segurança jurídica, constante do art. 5^a, XXXVI, CF\88. Referida ação recebeu o número 3.740 em face dos citados dispositivos processuais. O fundamento principal é o de que a Constituição Federal apenas prevê a ação rescisória como meio de quebrar os efeitos da coisa julgada, não podendo o legislador ordinário, à revelia da Constituição Federal, inovar o ordenamento jurídico com a previsão de instrumentos outros capazes de operar os mesmos efeitos de ação constitucionalmente prevista e com reflexos em princípio garantido no artigo 5^a, integrante, pois, do seletivo núcleo duro da Constituição.

Quando da propositura da ação direta, a norma impugnada apenas mencionava a possibilidade de desconstituição do título “*fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal*”. A norma impugnada, nos dois dispositivos acerca do tema que aqui se debate, não discriminava se a decisão do STF, capaz de dar ensejo ao desfazimento do título, seria aquela tomada no controle concentrado de constitucionalidade

¹⁸ ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales, Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89.

¹⁹ Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

(...)

§ 1o 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. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

(...)

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. (Redação pela Lei nº 11.232, de 2005)

ou, também, no controle difuso. Nos valem da expressão “também” porque no controle concentrado de constitucionalidade, como se sabe, as decisões têm efeitos *erga omnes e vinculante* em relação a todos os órgãos públicos, em especial ao próprio judiciário. No controle difuso, ao contrário e, apesar de possível mutação constitucional que vem se operando, a decisão do STF que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma *incidenter tantum*, apenas gera efeitos entre as partes, dependendo, ainda, para a produção de efeitos gerais de resolução suspensiva do Senado Federal, art. 52, X, CF\88.

Essa era uma questão candente, tanto que houve parecer do Procurador Geral da República, que opinou pela interpretação conforme a Constituição (art. 28, p. único da lei 9.868/99), no sentido de conformar os dispositivos impugnados à Constituição, apenas permitindo-se a desconstituição dos efeitos da coisa julgada quando a decisão estiver fundamentada em norma que foi posteriormente julgada inconstitucional pelo STF no controle concentrado e, não, no controle difuso. Seu posicionamento, conservador, diga-se de passagem, esteia-se no fato de a Constituição Federal não atribuir efeitos *erga omnes* ou vinculante às decisões do Pretório Excelso no bojo do controle difuso de constitucionalidade das normas. Esta ação direta, no entanto, corre o risco de ser extinta se seguido o entendimento jurisprudencial do STF, por perda superveniente do interesse de agir e de seu objeto.²⁰ Apesar de existir entendimento em sentido contrário, pelo qual se fixou que, mesmo que revogada a norma anteriormente objeto de questionamento por meio de ação direta, remanescem efeitos residuais de sua vigência, devendo, pois, seguir o processo até seu fim, para que todas as questões pendentes possam ser solvidas.²¹

A situação ganhou combustível novo com a entrada em vigor da lei 13.105/15, novo Código de Processo Civil. Isso porque, além da manutenção dos instrumentos processuais trazidos para o sistema normativo pela lei 11.232/05, o art. 525, § 12 do codex, faz expressa referência a decisões do STF tomadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade das normas. *Verbis*,

“Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

(...)

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1o deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal

²⁰ BRASIL. STF, ADI 709/ PR-MC, Tribunal Pleno, rel. Min. Sidney Sanches, j. 07.10.1992, RTJ 154/401.

²¹ BRASIL, STF, ADI 3232 / TO, Relator Min. Cezar Peluso, j. 14/08/2008, Tribunal Pleno, DJ N°. 202 do dia 24/10/2008.

Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.” – nossos grifos-

Tradicionalmente, até o advento da Constituição de 1988, a doutrina brasileira mais abalizada não admitia, sequer, a impugnação de inconstitucionalidade, tendo como objeto do pedido a própria declaração de inconstitucionalidade da norma, defendendo a manutenção, *ipsis literis* do modelo norte americano em nosso país.

Citando obra de Rui Barbosa de 1893, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello asseverava:

*“ressalvaria para a degeneração política o exame judicial dos atos inconstitucionais da administração, ou da legislatura, se os julgados que os resolvessem pudessem atacar o decreto, ou a lei, na plenitude de sua tese, concluindo pela anulação formal de sua tese, concluindo pela anulação formal de suas disposições, ou pela supressão direta dela na generalidade de seus efeitos. Nesse caso a justiça se transformaria numa instância de cancelamento para as deliberações do congresso, ou do executivo. Seria absorção de todos os poderes no judiciário, ou o conflito organizado entre os três.”*²²

As atribuições do STF com a CF/88 expandiram-se exponencialmente, o que, talvez, mereça fazer rever a visão clássica dos constitucionalistas brasileiros, apegados a uma também clássica visão da separação dos poderes. Claro que a atribuição de poderes a um órgão que controla os outros podendo intervir no mérito de suas decisões é algo que traz perigos sérios ao modelo de separação dos poderes desenvolvido pela clássica doutrina constitucionalista. De todo modo, com o crescimento exponencial do controle concentrado em nosso sistema constitucional a partir de 1988, há uma tendência de se relegar a segundo plano o controle difuso.

Não se olvide, aqui, o fato de o controle difuso de constitucionalidade ganhar, paulatinamente, ares de maior objetividade, igualando-se, quanto aos efeitos, ao controle concentrado, talvez uma solução para sua manutenção em nosso sistema. Aliás, já defendemos essa aparente mutação constitucional, especialmente pelo entendimento jurisprudencial que vem se formando no próprio Pretório Excelso.²³ Mas, de fato, o texto constitucional não atribui à decisão tomada no controle difuso de constitucionalidade os mesmos efeitos que tem aquela

²² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. A teoria das constituições rígidas, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980, p. 121.

²³ SILVEIRA, Ricardo dos Reis e SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Objetivação da decisão no controle difuso de constitucionalidade no Brasil.** In: GUIMARÃES PESSOA, Flávia Moreira. *Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça.* Florianópolis: Conpedi, 2015. disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/2vbeg275/j2TD907A80CYf6E8>, acesso em 25 de março de 2016.

tomada no controle concentrado, de modo a termos, apenas, decisões dos tribunais e teses doutrinários nesse sentido.

Num cotejo entre a sentença que se funda em norma declarada inconstitucional pelo STF no controle concentrado é razoável pensar-se na possibilidade de seu desfazimento por qualquer meio processual, já que a decisão, nesse caso, tem efeitos *erga omnes e vinculante*, por comando expresso da Constituição, art. 102, § 2º da CRF/88. Já em se tratando de decisão tomada pelo STF *incidenter tantum*, mesmo que definitiva, terá, como dito, efeitos inter partes, salvo intervenção do Senado, conforme quer a letra da Constituição. Por isso, a decisão em controle difuso tem caráter “precário” e pontual, porque não obriga ou vincula qualquer órgão público e porque tem efeitos subjetivos.

III- TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL FUNDADO EM NORMA DECLARADA INCONSTITUCIONAL NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE:

Até 1.965 apenas o controle difuso de constitucionalidade das normas existia em nosso sistema jurídico, apesar de a Constituição de 1.934 ter previsto a ação direta de inconstitucionalidade interventiva e, tentando aproximar nosso modelo, de índole americana, com aquele já sedimentado na Europa, de índole objetiva, criou a *resolução suspensiva* do Senado, que daria efeitos *erga omnes* à decisão do STF que reconhecesse, irrecorrivelmente, no controle difuso, a inconstitucionalidade de uma norma. No atual modelo constitucional houve a manutenção do controle difuso de constitucionalidade das normas (art. 97, CF/88), no entanto, a Constituição de 1988 prestigiou, como nunca antes, o controle concentrado de constitucionalidade das normas, elegendo o Supremo Tribunal Federal como seu guardião maior. Por isso, diz textualmente que *competit precipuamente* ao STF a guarda da Constituição, art. 102.

Para além das previsões originárias contidas na Constituição Federal de 1.988 inerentes ao controle concentrado das normas, que já o prestigiavam frente ao controle difuso, o sistema foi aperfeiçoado com a edição das Emendas 3 e 45 à Constituição Federal, bem como com a edição das leis 9.868 e 9.882, ambas em 1.999. A primeira previsão em nível constitucional de efeitos vinculantes para uma decisão tomada no controle concentrado deu-se em relação à ação declaratória de constitucionalidade, inserida em nosso sistema por meio da emenda constitucional número três. Com ela, acreditamos, dava-se, especialmente, ao Presidente da República, um “cala boca” nos tribunais, já que se julgada procedente, declarar-se-ia a constitucionalidade da norma objeto da ação, vinculando todo o judiciário e, acabando

com eventual *guerra de liminares* instaurada. Tanto assim é que, um dos seus pressupostos ou, talvez, uma especial condição para agir, é a existência de comprovada controvérsia judicial acerca da norma *questionada*.²⁴

Com a evolução do entendimento jurisprudencial, em especial do Pretório Excelso e com as atualizações legislativas pertinentes, as decisões nas três mais utilizadas ações no controle concentrado (ADI, ADECON e ADPF) gozam de *efeitos vinculante, erga omnes e extunc*. Esse último efeito faz com que a decisão irradie seus efeitos para desde a edição da norma, tanto em sendo considerada constitucional, como inconstitucional. A norma constitucional surte efeitos jurídicos desde sua edição, enquanto a norma inconstitucional não produz qualquer efeito jurídico *ab initio*. Tem prestígio entre nós a teoria da nulidade das normas inconstitucionais, já que se anuláveis surtiriam efeitos até sua efetiva declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais, afastando, enquanto produtora de efeitos, as disposições constitucionais contrárias, o que não se admite. No entanto, ao STF é garantida a prerrogativa de modulação temporal dos efeitos da decisão, conforme prevê o art. 27 da lei 9.868/99, norma, aliás, de duvidosa constitucionalidade. A lei inova em campo não explorado pela Constituição.

A eficácia *erga omnes da decisão* projeta seus efeitos de modo horizontal, fazendo com que seu comando apanhe a todos, o efeito vinculante faz com que todos os tribunais, administração pública, inclusive órgãos legislativos deixem de aplicar a norma,²⁵ enquanto o efeito vinculante tem o condão de atrelar os referidos órgãos ao conteúdo da decisão proferida pelo STF, numa projeção verticalizada, inclusive quanto a sua *ratio decidendi (transcendência dos motivos determinantes)*.²⁶ A eficácia *erga omnes* permite a identificação daqueles que recebem os efeitos da decisão, enquanto o efeito vinculante tem o condão de condicionar a validade dos pronunciamentos daqueles órgãos ao conteúdo da decisão do STF.

²⁴ Com efeito, prevê a Lei 9.868/99 em seu “art. 14. A petição inicial indicará:

(...)

II - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.”

²⁵ Há entendimento de que as decisões no controle concentrado não apanham ou vinculam o legislativo (ADI 1.850) relativamente à possibilidade de reeditar norma jurídica com o mesmo conteúdo daquela declarada inconstitucional, mas a vinculação se dá em relação a norma que já foi declarada inconstitucional, essa não mais pode produzir efeitos jurídicos. Esse entendimento pretoriano foi encampado normativamente pelo sistema, art. 102 § 2º, CF/88: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).”

²⁶ Posição reafirmada pelo STF nas Reclamações 1.987/2.986.

Ao STF foi cometido o papel de guardião e de último intérprete da Constituição, o que lhe aproxima da ideia de poder moderador. Não é o caso de discutirmos aqui as vantagens ou desvantagens dessa postura constitucional, devemos apenas observar que o STF é o guardião supremo da Constituição, devendo zelar pela sua máxima normatividade²⁷, é o órgão que tem legitimidade plena para dizer o que é a Constituição. De modo que não é desarrazoado dizer que a interpretação que o STF faz da Constituição é *autêntica* (no sentido de ser a mais autorizada e não de tê-la criado). Dando cobro aos argumentos de Hesse²⁸, é papel fundamental da Suprema Corte desvendar a vontade constitucional.

Numa visão sistemática evidencia-se que a decisão do STF acerca da constitucionalidade de uma norma deve sobrepor, naturalmente, a qualquer outra decisão, mesmo que tenha sido discutida a mesma questão constitucional *incidenter tantum*. Tal decorre de sua posição institucional, da sua competência constitucional e, especialmente, da “lógica” do sistema, que ao máximo deve evitar contradições.²⁹ Não é de se tolerar que uma decisão, em processo de índole subjetiva, contradiga decisão proferida no controle concentrado.

Por essa razão, a própria Constituição Federal prevê a reclamação, que pode ser dirigida diretamente ao STF em caso de desrespeito às suas decisões (art. 102, I, “I”, CF/88)³⁰ e para a preservação de competência. A reclamação é instrumento hábil para manter a autoridade da decisão do STF no controle concentrado, quando a decisão tomada no controle difuso é posterior e contradiga aquela, mas é inviável quando a decisão no controle difuso é anterior e já operou os efeitos da coisa julgada.

Nessa situação, admite-se, comumente, a interposição de ação rescisória para desconstituir os efeitos operados pela decisão tomada no controle difuso contrário aquela proferida, *a posteriori*, pelo STF no controle concentrado.³¹ É que a ação rescisória, pela

²⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991, pp. 22/24.

²⁸ Op. cit., p. 16.

²⁹ “Quando Kelsen assevera que uma ciência normativa não pode admitir contradição entre normas que pertencem ao mesmo sistema, ele está transportando a consistência ou não-contradição, que é condição formal da unidade gnosiológica do conhecimento científico do Direito, para o próprio Direito positivo” (VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e Sistema de Direito Positivo*. 3ª. Ed. São Paulo: Noeses, 2005, p. 191)

³⁰ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;”

³¹ Conforme decisão de relatoria do então e exímio Ministro Amaral Santos: ““a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a

disciplina dada ao instituto pelo CPC, obedece a prazo decadencial de dois anos *contados da última decisão proferida no processo*, na forma do art. 975, CPC.

Por conta dessa regra legal e de outros fatores que levam a crer que uma decisão eivada de mácula insanável não deve ser mantida, a doutrina passou a desenvolver argumentos em favor da relativização da coisa julgada.³² Nessa linha argumentativa, a decisão transitada em julgado, pode ser desfeita por qualquer ação declaratória, já que se persegue, nesse caso, o reconhecimento de uma nulidade insanável (*querela nullitatis insanabilis*).

O argumento mais interessante desenvolvido é o de que a sentença que se lastreia em norma inconstitucional acata pedido juridicamente impossível e, assim, transmuda-se em absolutamente nula. Não se trataria de atribuir aos novos instrumentos de impugnação caráter rescindente, “já que, rigorosamente, em casos assim, nada haverá a rescindir-se, pois, que a decisão que acolhe pedido fundado em lei que não era lei (porque incompatível com a Constituição) não terá transitado em julgado porque terá faltado à ação uma de suas condições: possibilidade jurídica do pedido”.³³

IV- DECISÕES AMPARADAS EM LEIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF

A decisão judicial que não mais pode ser atacada por recurso transita em julgado. Transitada em julgado uma decisão judicial, ela atrai a garantia da segurança jurídica, em regra não pode mais ser modificada. Mas há exceções, como aquelas elencadas no art. 966, CPC.³⁴

Há uma dificuldade grande em se enquadrar o direito como ciência, mas é inegável que o ideal político do Direito moderno exige a certeza e a previsibilidade das decisões jurídicas, o que, em uma primeira abordagem, revela-se teoricamente contraditório à postura argumentativa do Direito, pois, se tudo está sujeito, em alguma medida, à argumentação, não

nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo impróprio o mandado de segurança.” (STF - RMS 17.976/1969)

³² Dentre outros, podemos citar: ARRUDA ALVIM, José Manoel. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 549-550; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: RT, 2014, p. 39; TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e a sua revisão*. São Paulo: 2005, RT, p. 337-346; SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Teoria da inexistência no direito processual civil*. Porto Alegre: 1998, Sergio Antonio Fabris, p. 55; CORREIA, André de Luiz. *A citação no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: 2001, RT, p. 95-96; PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: 2004, RT, p. 125.

³³ ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*, RT, São Paulo, 7ª edição, p. 409.

³⁴ Na esfera penal as hipóteses são mais amplas.

se poderia, em tese, alcançar a pretendida certeza sobre o resultado da aplicação das normas jurídicas.

Neil MacCormick, na obra “Retórica e o Estado de Direito”, demonstra que o ideal do Estado de Direito é dinâmico, e não estático, de modo que a certeza jurídica pode existir dentro de alguns limites, embora seja relativa e esteja sempre sujeita a exceções vindouras, as quais, por sua vez, também serão excepcionadas no futuro. De modo que a dinâmica dialética é incessante.³⁵ Essa é uma visão que dá outros contornos ao conceito clássico de segurança jurídica.

A pergunta é se a decisão com trânsito em julgado, pode ser desfeita quando contradiga decisão no controle concentrado e, em caso de resposta afirmativa, qual é, ou quais são, os instrumentos hábeis para dar consecução a esse desiderato?

Se simplesmente afirmarmos que qualquer decisão proferida no controle difuso de constitucionalidade, dissonante de decisão proferida pelo STF no controle concentrado pode, a qualquer tempo, ser desfeita, estaríamos a negar a própria existência do controle difuso, porque negada sua utilidade prática, já que sua decisão, de fato, não atingiria nunca definitividade, a não ser que coincidissem com decisão proferida pelo STF no controle concentrado, como se dependesse de referendo da Corte Suprema.

Mas, ao contrário, qualquer juiz brasileiro pode declarar uma norma inconstitucional, conforme seu convencimento. Decisão que poderá ser hostilizada por recurso próprio. E, essa decisão, quando transitada em julgado, torna-se, efetivamente imutável, mesmo que se confronte com decisão posterior tomada no controle concentrado. Esse entendimento faz parte das regras do jogo. Num caso concreto qualquer, o julgador pode afastar norma que repute inconstitucional, deixando de aplicá-la.

Um problema sério que se põe e não foi contemplado pelo legislador, diz respeito à distância temporal entre o trânsito em julgado da decisão impugnada e a decisão do STF, pois se não for especificado um limite temporal gerar-se-á flagrante insegurança jurídica, com evidente afronta ao princípio que garante a estabilidade das relações consumadas.

É antiga a jurisprudência do STF de que a controvérsia judicial sobre aplicação da norma não enseja ação rescisória:

“STF Súmula nº 343 - 13/12/1963 - Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 150.

³⁵ MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Tradução de Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

Cabimento - Ação Rescisória - Ofensa a Literal Dispositivo Baseado em Texto Legal de Interpretação Controvertida nos Tribunais
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.”

O que não pode é um juiz ou tribunal declarar constitucional uma norma tida pelo STF, no controle concentrado, como inconstitucional.

Quando uma norma é declarada inconstitucional no controle concentrado ela é expurgada do ordenamento jurídico, é nula, não produz efeitos, daí, inclusive, a conclusão de que a declaração opera efeitos *ex tunc*. É sedimentado o entendimento na doutrina nacional de que uma norma inconstitucional é nula de pleno direito, sob pena de “revogar”, mesmo que momentaneamente, a Constituição.

Conforme fizemos ponderar, o direito é “ciência” argumentativa, pela qual a síntese transforma-se novamente em tese, que pode ser contraditada e, assim, por diante...

Se mantida decisão tomada no controle difuso de que norma inconstitucional deve ser aplicada para reger determinada relação jurídica, então o juiz que decide convola-se em legislador positivo, porque cria, *ex nihil*, norma para a regência da relação *sub judice*, em clara inovação do ordenamento jurídico.

É só imaginarmos a questão inerente a lei que criou a cédula de crédito bancário (10.931/04). Ela é questionada em nossos tribunais quando a sua constitucionalidade, tanto no controle difuso, como no controle concentrado.

Imaginemos que no controle difuso, determinada decisão reconheça a constitucionalidade da lei que implementou referida cédula em nosso sistema e, posteriormente o STF declare a norma inconstitucional (ADI 2.316). Ora, essa declaração, como dito, expurga a norma do ordenamento desde seu nascimento, salvo se modulados os efeitos temporais da decisão pelo próprio STF (art. 27 da lei 9.868/99). Nesse caso, não há como se pensar na sobrevida da sentença ou decisão que esteja em confronto com a decisão do STF e, isso, pelos motivos já apresentados.

Se o STF reconhece a inconstitucionalidade da norma no controle concentrado, tal entendimento abre ensejo para o desfazimento de todas as decisões tomadas no controle difuso dissonantes daquela. Mas o contrário não deve se dar. Isso porque quando o juiz reconhece que uma norma é inconstitucional no controle difuso, sua decisão apenas afasta a incidência da norma para aquele caso, sem irradiar qualquer efeito para além daquela específica relação processual.

Nessa específica situação, deve ser prestigiado o princípio da segurança jurídica e mantidos os efeitos da decisão que afastou, *incidenter tantum*, a aplicação da norma, tida, naquele específico caso, como inconstitucional.

Problema maior surgiu com o art. 525, § 12 do novo Código de Processo Civil, porque, como já observado, refere-se à possibilidade de desfazimento da decisão final transitada em julgado quando a mesma vier a se apresentar dissonante de decisão do STF tomada no controle difuso.

Ora, a lei atribuiu a uma decisão do STF efeitos não previstos na Constituição Federal. Ao contrário, a carta maior é categórica ao exigir no art. 52, X que a decisão final do STF, que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma *incidenter tantum*, para projetar efeitos para além da relação processual na qual é dada, deve contar com um ato normativo editado pelo órgão legislativo.

Apesar da já mencionada mutação constitucional que vem se operando no plano jurisprudencial, entendendo que a resolução suspensiva do Senado se tornara “caduca” em meio ao cada vez mais processo de objetivação das decisões do STF, temos o fato de que o poder constituinte originário quis dar ao modelo constitucional implementado em 1988 a conformação que salta “da letra” da Constituição.

Em um sistema no qual a Constituição é rígida, não se admite alterar o sentido da constituição por meio de “atalhos”. Ou melhor, não se permite que norma infraconstitucional, com processo legislativo mais simplificado do que aquele exigido para a alteração da Constituição, possa invadir campo normativo próprio da Constituição, alterando seu sentido.

Houve muita ousadia do legislador e dos autores do anteprojeto do novo CPC em incluir a expressão “difuso” no mencionado dispositivo codificado.

Essa questão, por certo, será solvida pelo STF, mas, nesse caso, se pergunta: é legítimo que o STF julgue essa questão e, por meio de sua decisão referente a ampliação dos efeitos de suas próprias decisões ao arrepio do querer constituinte?

Entra em jogo uma discussão que nos remete a outro assunto, relativo às mutações ocorridas na fisionomia clássica da separação dos poderes e a consolidação do STF como verdadeiro poder moderador.

IV- CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O art. 525, § 12 do Código de Processo Civil, que há pouco entrou em, na esteira da legislação anterior, autoriza a desconstituição de decisão judicial final transitada em julgado, por meio outro que a ação rescisória. Em doutrina, o melhor argumento para amparar ou

legitimar o expediente processual aqui mencionado, é o de que, a decisão amparada em norma inconstitucional não teria o condão, sequer, de transitar em julgado, já que faltaria condição necessária para o exercício lícito da ação, qual seja, possibilidade jurídica do pedido.

O problema é que a norma goza de presunção de constitucionalidade, até sua declaração de inconstitucionalidade e, havendo uma distância temporal grande entre a decisão impugnada e a declaração de inconstitucionalidade, a situação pode gerar séria insegurança jurídica. A questão inerente ao limite temporal para o manejo da impugnação ou de eventual ação declaratória é uma questão que deve ser enfrentada.

Há que se distinguir, também, o reconhecimento, numa decisão judicial da constitucionalidade de uma norma, que posteriormente é declarada inconstitucional pelo STF, da situação na qual a norma é declarada inconstitucional e posteriormente tem sua constitucionalidade confirmada pelo STF. No primeiro caso, não há como subsistir a decisão, porque o juiz estaria criando uma norma, agiria com legislador positivo, na segunda situação deve imperar a segurança jurídica e ser mantida a decisão.

Por fim, o novo paradigma trazido pelo art. 525, § 12 do CPC, que permite o desfazimento da decisão definitiva quando passa a contrastar com decisão posterior do STF no controle difuso, é questão de grande complexidade. Isso porque, a norma infraconstitucional inova o ordenamento jurídico invadindo esfera constitucional a respeito, já que a Constituição não atribui tais efeitos à decisão do STF tomada no controle difuso, ao contrário, a Constituição manteve o instituto da Resolução Suspensiva e, quando quis dar efeitos *erga omnes* para uma decisão do STF o fez expressamente.

O dispositivo codificado suscita muitos questionamentos quanto a sua constitucionalidade e, de maneira quase inevitável, estará sobre o crivo do STF. Saber se é legítimo o Supremo referendar legislação ordinária que amplia os efeitos de suas decisões, como dissemos, é outra questão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. IV. 7ª edição Rio de Janeiro: Forense, 1884.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas**, São Paulo, José Bushatsky Editor, 1980.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

CORREIA, André de Luizi. **A citação no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Inconstitucional**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1998.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **A competência no processo civil**. São Paulo: 2004, RT.

REIS MARQUES, Mário. **Um olhar sobre a construção do <<sujeito de direito>>**. Coimbra, Svdia Ivridica, 96, Coimbra Editora.

SKINNER, Quentin. **Liberdade antes do liberalismo**, tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1999.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Teoria da inexistência no direito processual civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

SILVEIRA, Ricardo dos Reis e SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Objetivação da decisão no controle difuso de constitucionalidade no Brasil**. In: GUIMARÃES PESSOA, Flávia Moreira. *Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça*. Florianópolis: Conpedi, 2015. disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/2vbeg275/j2TD907A80CYf6E8>, acesso em 25 de março de 2016.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**: São Paulo: RT, 2005.

VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e Sistema de Direito Positivo*. 3ª. Ed. São Paulo: Noeses, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

