

Coisa julgada inconstitucional e a afirmação do direito judicial

José Carlos Francisco ¹

I – OBJETO E OBJETIVO; II – APROXIMAÇÃO: A AMPLIAÇÃO DOS MECANISMOS DE CONTROLE CONCENTRADO, ABSTRATIZAÇÃO E VERTICALIZAÇÃO; III – COLISÃO: SEGURANÇA JURÍDICA, ISONOMIA E DIREITO JUDICIAL; IV – TENDÊNCIA À AFIRMAÇÃO DO DIREITO JUDICIAL; V – MECANISMOS PARA A DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL; 1 – Ação Rescisória; 2 – Ação Declaratória de Nulidade de Sentença (Querela Nullitatis); 3 – Impugnação ao cumprimento de sentença; 4 – Embargos à Execução em face da Fazenda Pública; 5 – Alegações incidentes no próprio processo executivo em face da Fazenda Pública; 6) Desconstituição de ofício; 7 – Natureza normativa de pronunciamentos pacificadores do Supremo Tribunal Federal; VI – CONCLUSÃO; VII – BIBLIOGRAFIA

I – Objeto e Objetivo

O objeto central deste estudo é analisar o papel do Direito Judicial como elemento a ser considerado na ponderação feita em casos de colisão entre a coisa julgada inconstitucional e as decisões pacificadoras do

¹ Professor na Universidade Mackenzie/SP, Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC, Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo – USP, Pós-doutor pela Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), e Juiz Federal na 3ª Região.

Supremo Tribunal Federal, sempre em matéria cível. A expressão “*coisa julgada inconstitucional*” é empregada como referência às decisões judiciais transitadas em julgado em instâncias jurisdicionais distintas do Supremo Tribunal Federal, de modo que, neste texto, essa denominação alcança tanto decisões incidentais de quaisquer juízos ou Tribunais quanto decisões proferidas em ações de controle de constitucionalidade proferidas por Tribunais de Justiça em cláusulas de reprodução obrigatória das Constituições Estaduais, mas não abrange mudanças de orientação da parte do próprio Supremo Tribunal Federal (seja por mutação constitucional ou por mudanças de Ministros que integram a Corte).² Já a expressão “*orientações pacificadoras do Supremo Tribunal Federal*” é utilizada para todas as decisões dessa Corte que sejam conclusivas em matéria de controle de constitucionalidade, abrangendo tanto decisões providas de efeito vinculante direto ou expreso (tais como súmulas vinculantes e a parte dispositiva de acórdãos em matéria de controle abstrato de constitucionalidade) quanto decisões que ostentem efeito vinculante indireto ou implícito (p. ex., decisões em repercussão geral e em súmulas persuasivas). Por sua vez, juntamente com preceitos normativos postos pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo (leis, regulamentos, etc.), costumes e doutrina, a expressão “*Direito Judicial*” é usada como fonte do Direito para realçar a importância que as decisões judiciais ostentam na atualidade (particularmente em matéria de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal).

O objetivo deste estudo é demonstrar que o sistema jurídico brasileiro leva à necessidade de superação da coisa julgada inconstitucional em favor da prevalência do entendimento pacificador do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle de constitucionalidade.³ Para o desenvolvimento deste objetivo, inicialmente relatamos a ampliação dos mecanismos de controle concentrado e a abstratização e a verticaliza-

2 Muito embora algumas premissas desenvolvidas neste estudo também sejam aplicáveis a casos nos quais o Supremo Tribunal Federal altera seu entendimento (o que levaria a temas como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e modulação de efeitos), optamos por um corte temático para delimitar nosso estudo ao confronto entre decisões transitadas em julgado em instâncias distintas do Supremo Tribunal Federal e orientações pacificadoras dessa Corte Constitucional.

3 A expressão coisa julgada “inconstitucional” é reveladora da visão negativa que fazemos dessa situação jurídica, o que prenuncia nosso condicionamento para superá-la.

ção do sistema jurisdicional, o que acentuou a colisão entre segurança jurídica (garantida pela coisa julgada inconstitucional) e isonomia derivada das decisões pacificadoras dessa Corte. Na sequência, afirmamos a tendência ao fortalecimento do Direito Judicial a partir da unicidade proporcionada pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, para então tratarmos de mecanismos para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional, passando pela ação rescisória, pela ação declaratória de nulidade de sentença (*querela nullitatis*), pela impugnação ao cumprimento de sentença, pelos embargos à execução em face da Fazenda Pública, por alegações incidentes no próprio processo executivo em face da Fazenda Pública, pela desconstituição de ofício e pela natureza normativa de pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal. Concluímos com o reconhecimento da força normativa das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, especialmente em favor da pacificação dos litígios, da eficiência jurisdicional e da unidade do Direito Judicial.

Nossa pesquisa centrou-se em temas eminentemente cíveis, motivo pelo qual não abordaremos aspectos criminais, ainda que em parte a problematização seja semelhante.⁴

II – Aproximação: a ampliação dos mecanismos de controle concentrado, abstratização e verticalização

Embora o controle de constitucionalidade direto tenha sido introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com a previsão da ação interventiva na Constituição de 1934, foi com mecanismos abstratos e concentrados trazidos pela Emenda Constitucional 16/1965 que o sistema nacional ganha volume, complexidade e expressividade. Desde então, a representação de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Procurador-geral da República diretamente no Supremo Tribunal Federal, já possibilitou que decisões *erga omnes* pacificadoras da Corte Constitucional colidissem com coisas julgadas inconstitucionais.

⁴ Meus agradecimentos aos integrantes do Grupo de Pesquisa Cidadania, Constituição e Estado Democrático de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em especial a Daniel Morelli pela colaboração na pesquisa do material empregado neste estudo. <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4231115D6>

O Constituinte Originário de 1988 potencializou as colisões entre coisas julgadas inconstitucionais e decisões pacificadoras de Corte Constitucional ao ampliar os mecanismos de controle concentrado, merecendo destaque: 1º) a ampliação das legitimações para propositura das ações de controle concentrado, sobretudo pela atribuição de legitimidade ativa para entidades de classe de âmbito nacional, previstas no art. 103, IX, da Constituição vigente (especialmente relevante para o aumento de ajuizamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade Federal – ADI); 2º) a determinação dessa mesma ampliação ao Constituinte Decorrente, já que o art. 125, § 2º da ordem federal de 1988 impõe ao Constituinte Estadual a conferência de legitimidade ativa a mais de um órgão para propositura da representação de inconstitucionalidade perante Tribunais de Justiça; 3º) a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO, autoaplicável) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF, aplicável apenas em 1999 com a edição da Lei 9.882). Emendas Constitucionais também reforçaram o rol dos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade, tal como a Emenda 03/1993 que previu a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e principalmente inseriu o efeito vinculante às decisões proferidas nessa ação, mais adiante estendidas à ADI e à ADPF pela Lei 9.868/1999, pela Lei 9.882/1999 e também pela Emenda Constitucional 45/2004. Foi essa Emenda 45/2004 que, na esteira de mais uma reforma do Poder Judiciário, previu a Súmula Vinculante e demais medidas para a celeridade e eficiência na prestação jurisdicional.

Esses passos do Constituinte Originário e do Constituinte Reformador, seguidos pela legislação ordinária, são alguns dos muitos exemplos da marcha do sistema jurídico brasileiro para a valorização das decisões do Supremo Tribunal Federal em sua tarefa de Corte Constitucional. Merecem também referência o contido no art. 557 do código de Processo Civil que permite decisões monocráticas em recursos e até mesmo ações originárias de tribunais (tais como ações rescisórias) quando a matéria estiver pacificada, e a repercussão geral trazida pela referida Emenda Constitucional 45/2004 que, dentre outras medidas, caracterizam a “abstratização” e a “verticalização” do controle de constitucionalidade brasileiro.⁵

⁵ A Repercussão Geral permite que o Supremo Tribunal Federal selecione recursos extraordinários por critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica que ultrapassem os

Essa tendência à “abstratização” e à “verticalização” do controle de constitucionalidade brasileiro é aceita pela jurisprudência brasileira, dada a necessidade de reconhecer a necessidade de unificação do Direito Judicial a partir da força expansiva e orientadora do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional, mesmo quando a decisão é tomada em controle difuso de constitucionalidade.⁶ Por isso, embora o confronto entre a coisa julgada inconstitucional e decisões pacificadoras do Supremo Tribunal Federal possam ser importantes desde a Emenda 16/1965, a ampliação dos mecanismos de controle concentrado direto e abstrato e a tendência à abstratização e verticalização do sistema de controle de constitucionalidade dão contornos bem mais intensos ao problema analisado neste estudo.

interesses subjetivos da causa (agindo como verdadeiro filtro recursal), e a decisão da Corte Constitucional será aplicada pelas instâncias inferiores aos casos idênticos. Em princípio os recursos extraordinários serão aceitos pelo Supremo Tribunal, mas o Plenário pode recusar a análise da Repercussão Geral (em decisão irrecorrível) por ao menos 8 votos, conforme previsto nos arts. 543-A e seguintes do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei 11.418/2006). Como reflexo da abstratização e da verticalização na atuação do Supremo Tribunal como Corte Constitucional, o art. 543-A, § 3o, do Código de Processo Civil prevê que haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou à jurisprudência dominante do Tribunal.

6 Sobre a abstratização, MENDES, Gilmar. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um clássico de mutação constitucional. Informação Legislativa, v. 14, n. 162, p. 162-165, Brasília: abr./jun. 2004, e PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. Sincretismo no Controle de Constitucionalidade. Parte II – Abstratização do controle difuso de constitucionalidade. Revista Jurídica Consulex. Ano XI, nº 242, 15/02/2007. No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RE 376.852 de 17-12-2003, tratando de recurso extraordinário como modo de jurisdição constitucional, afirmou que este instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a fundação de defesa da ordem constitucional objetiva. No Superior Tribunal de Justiça, trazemos à colação o REsp 821.435/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 11/09/2006 p. 230: “PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. PIS. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 9.718/98. CONCEITO DE FATURAMENTO. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. PRECEDENTES DO STF (...) Não podem ser desconsideradas as decisões do Plenário do STF que reconhecem constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de diploma normativo. Mesmo quando tomadas em controle difuso, são decisões de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, § único: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”), e, no caso das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05).....”

III – Colisão: segurança jurídica, isonomia e direito judicial

Acreditamos que a solução para o confronto entre a coisa julgada inconstitucional e as decisões pacificadoras do Supremo Tribunal Federal “ainda” deva ser buscada pela ponderação entre os direitos e as garantias fundamentais que estão em colisão.⁷ Dizemos “ainda” porque, de fato, “ainda” não há previsão na Constituição ou em lei expressamente dispendo como resolver essa colisão, embora acreditamos que há diversos preceitos normativos suficientemente indicativos da opção do sistema jurídico brasileiro por fazer prevalecer a orientação pacificadora do Supremo Tribunal Federal em detrimento da coisa julgada inconstitucional (p. ex., art. 457-L e art. 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil).⁸ Contudo, por verdadeiro respeito à resistência apresentada no passado e persistente no presente em favor da manutenção da coisa julgada inconstitucional, optamos por construir nossa linha argumentativa pela ponderação feita a partir da colisão entre os direitos e as garantias fundamentais em conflito.

Usando a Teoria Externa como método de trabalho para a verificação dos limites dos direitos e das garantias fundamentais em colisão, e considerando que inexistem soluções expressas no ordenamento constitucional e em leis para o confronto analisado neste estudo, primeiramente é necessário definir a extensão da colisão para passarmos

7 Sobre o tema, SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003.

8 Devemos também reconhecer que, por vezes, o sistema jurídico se mostra reticente na afirmação da prevalência da orientação pacificadora do Supremo Tribunal Federal, pois há previsões normativas expressas admitindo a manutenção da coisa julgada individual em desfavor do que restar consolidado em decisões erga omnes ou ultra partes em ações coletivas. É o que se nota no art. 104, da Lei 8.078/1990 (CDC), segundo o qual “As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.” No mesmo sentido, o art. 22, § 1º, da Lei 12.016/2009, segundo o qual “No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante. § 1o O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.”

à ponderação visando à construção de uma solução minimamente aceitável.⁹ Diante disso, para chegarmos à posição definitiva (após as restrições por conta de outros mandamentos constitucionais), num primeiro momento, as posições iniciais ou *prima facie*, que saltam aos olhos, mostram, de um lado, o âmbito de proteção da segurança jurídica (na perspectiva de coisa julgada inconstitucional feita por instâncias distintas do Supremo Tribunal Federal) e a confiança legítima numa decisão definitiva posta pelo Estado após percorrido o processo judicial e, de outro lado, a igualdade derivada das decisões pacificadoras proferidas pelo Supremo Tribunal.

Mas a colisão entre a coisa julgada inconstitucional e as posições do Supremo Tribunal tem outras faces relevantes, pois, num segundo momento, após análise mais ampla da questão, se alinham em favor das orientações da Corte Constitucional também a própria segurança jurídica proporcionada por suas posições pacificadoras (evitando decisões divergentes e conflitantes sobre um mesmo assunto), a máxima da coerência (que exige um mínimo de racionalidade no conjunto das decisões judiciais, o que é agredido pelos acidentes que geram a coisa julgada inconstitucional e a insegurança da “loteria do processo”), a impessoalidade na aplicação das regras judiciais advindas do Direito Judicial (associada à igualdade) e a autoridade das decisões verticalizadas do sistema processual abrigado pela Constituição, tanto no efeito vinculante expresso ou direto quanto no efeito vinculante implícito ou indireto (e o Supremo Tribunal Federal está no vértice desse sistema em matéria de controle de constitucionalidade na República).

É verdade que a garantia da coisa julgada é trazida pelo art. 5º, XXXVI da Constituição de 1988, justificadamente como proteção fundamental à segurança jurídica e, exatamente por isso, revela-se como cláusula pétreia à luz do contido no princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, do qual decorre a segurança) e do previsto no art. 60, § 4º, IV, ambos do ordenamento constitucional. Vale dizer, a coisa julgada não pode ser banalizada, sob pena de sacrifícios à ordem de valores que restou positivada no sistema constitucional brasileiro, mesmo

9 Sobre a “loteria do processo”, CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Jurisprudência Lotérica. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 90, abril de 2001, v. 786, p. 108/128.

porque o trânsito em julgado supõe um pronunciamento definitivo do Estado, que não deve permitir que um bem, já por ele reconhecido, sofra diminuição ou prejuízo por uma nova decisão sua.¹⁰

Contudo, a proteção à coisa julgada não é o único valor ou garantia a direito contemplada pelo sistema constitucional vigente, de tal modo que deve coexistir com os demais direitos e garantias fundamentais previstos no mesmo ordenamento constitucional. Para as ponderações visando à solução dessa colisão, há limites (e também limites aos limites), pois a coisa julgada derivada do controle incidental possui seu núcleo essencial que não pode ser aniquilado, mas também não pode ser potencializado ao ponto de se impor como única garantia do sistema jurídico, ignorando o restante do ordenamento constitucional.

Portanto, como grande parte dos direitos e garantias fundamentais, a coisa julgada tem natureza relativa, pois deve conviver com limites derivados das demais previsões constitucionais com as quais colide, e somente a análise de casos concretos, realizados mediante ponderação suficientemente justificada por argumentação consistente, permitirá afirmar que a coisa julgada inconstitucional deverá permanecer incólume, ou se será modificada com efeitos *ex tunc*, *ex nunc* ou prospectivos. Como exemplo da complexidade e da diversidade de possibilidades que esse tema gera, a análise dessa colisão pode ensejar soluções distintas em matéria trabalhista (se o empregador for da iniciativa privada, de pequeno, médio ou grande porte, ou se o empregador for ente estatal, etc.) ou em matéria tributária (se o contribuinte tem coisa julgada a seu favor ou a seu desfavor, se o tributo tem finalidade fiscal ou extrafiscal, etc.), de modo que a análise de casos e a produção de argumentação consistente dependem de contornos que somente as situações concretas proporcionam.¹¹

10 Sobre o tema, CHIOVENDA, Giuseppe, Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, trad. 2ª ed. italiana, Guimarães Menegale e notas Enrico Tullio Liebman, São Paulo: Saraiva e Cia Editores, São Paulo: Saraiva, 1945, n. 233, p. 387/388.

11 Sobre o tema, FRANCISCO, José Carlos. Igualdade, segurança, livre iniciativa, livre concorrência e relativização da coisa julgada. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurélio; MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). Tributação das empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2006. págs. 427-448, analisando o tema na perspectiva tributária e da livre iniciativa.

IV – Tendência à afirmação do direito judicial

Ainda que somente a análise de casos concretos permita afirmar qual deverá ser a solução na colisão entre a coisa julgada inconstitucional e as orientações pacificadoras Supremo Tribunal Federal (e quando cabível, dos Tribunais de Justiça), parece-nos que, como regra geral, as ponderações devem dar prevalência às decisões da Corte Constitucional em desfavor da coisa julgada acidental formadas por instâncias distintas do Supremo Tribunal (que pode permanecer somente por exceção).

Há várias linhas argumentativas para afirmar que, em geral, a solução dessas colisões deve favorecer as conclusões do Supremo Tribunal Federal, dentre elas a sustentação construída sob o paradigma da isonomia e suas diferentes manifestações. Supondo existência de coisa julgada inconstitucional *inter partes* que gere área de proteção e de favorecimento a uma pessoa (beneficiada por uma decisão judicial que a desonera, p. ex., de custos e gastos), ao passo em que todo o restante da sociedade civil está sujeita a esses custos e gastos em razão de conclusão pacificadora do Supremo Tribunal Federal, fica evidente que essa área de proteção é “acidental” e se mostra indevida à luz da igualdade, ou ainda eventualmente violadora da livre iniciativa e da concorrência (se for o caso de atividade econômica); o inverso também é verdadeiro, pois se da coisa julgada *inter partes* advier obrigação ou custo ao autor da ação, haverá ônus tão somente àquele que teve postura de cidadania de levar ao Poder Judiciário questão litigiosa, ao mesmo tempo em que todo o restante da sociedade civil estará desonerado (mesmo aqueles que “dormiram em berço esplêndido”). Exemplos como esses ilustram a conclusão pela necessidade de prevalência da orientação pacificadora do Supremo Tribunal Federal em desfavor da coisa julgada inconstitucional “acidental”, especialmente para garantia da igualdade, ou mesmo de outros princípios como a livre iniciativa e a livre concorrência.

A prevalência das orientações pacificadoras do Supremo Tribunal Federal também pode ser justificada com amparo em indicativos do próprio sistema normativo positivado. Como já adiantamos, embora inexistam um dispositivo constitucional ou legal afirmando categoricamente, e em quaisquer condições, a superação da coisa julgada inconstitucional em favor das orientações da Corte Constitucional, há vários comandos

normativos indicativos dessa preferência do Legislador. Como exemplos, a já referida tendência à abstratização e verticalização do controle de constitucionalidade vem acompanhada de vários mecanismos processuais que ou foram ajustados para contemplar a relativização da coisa julgada também por essa causa (como a ação rescisória e a ação declaratória de nulidade de sentença), ou foram expressamente criados para permitir a relativização em razão da colisão objeto deste estudo, como é o caso da impugnação ao cumprimento de sentença do art. 475-L, e os embargos à execução do art. 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, que podem ser opostos quando a coisa julgada inconstitucional estiver em desacordo com a orientação do Supremo Tribunal Federal.

Mas neste estudo damos destaque à construção argumentativa que se assenta no Direito Judicial. Desde os dias iniciais nos cursos de ciências jurídicas, aprendemos que o Direito tem várias fontes, dentre elas a jurisprudência e, mesmo que o papel das decisões judiciais possam ter relevância diferente nos sistemas de *civil law* ou de *common law*, é bem verdade que a afirmação de entendimentos judiciais consolidados apresenta papel relevante nesses dois sistemas.¹² Também é verdade que, atualmente, há maior convergência entre os sistemas de *civil law* e de *common law*, potencializando a importância da jurisprudência dominante e de súmulas persuasivas ou vinculantes na formação do Direito.¹³

Nem mesmo as visões positivistas puras renunciaram ao trabalho judicial na formação do Direito e, especialmente sob a influência de teorias neo ou pós-positivistas, positivismo inclusivo e tantas outras, é

12 A propósito da jurisprudência como fonte do Direito, CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

13 VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. Corpo e Alma da Magistratura Brasileira. Rio de Janeiro: Editora Revan e IUPERJ, 1997, ps. 258, afirmam que a magistratura brasileira vive uma transição, uma vez que não se desprende inteiramente das grandes referências da sua formação doutrinária, instituídas no campo da *civil law* e do positivismo jurídico, mas essa influência está relativizada pelo fato de o magistrado se entender como um agente efetivo no processo de produção do Direito, admitindo, de algum modo, uma atuação mais ativa (própria do campo político-cultural da *common-law*). Sobre Súmulas Vinculantes, ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Súmula do Supremo Tribunal Federal: natureza e interpretação. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 57, ano 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./set., 2006.

visível que o papel da construção do Direito também se dá pela atuação jurisdicional, realçando sua importância de tal modo que a simples referência à jurisprudência deve ser substituída por Direito Judicial. Em realidade, o Poder Judiciário sempre participou do processo de criação do ordenamento jurídico, mas esse papel se acentuou em face da complexidade, do dinamismo, do tecnicismo e do pluralismo que marca a sociedade de risco e a modernidade líquida da atualidade, diante do que os atos normativos se servem de textos abertos (com princípios, *standards* ou conceitos indeterminados) para proporcionar maior abrangência ou elasticidade hermenêutica e, por isso, abrem maior espaço para a tarefa construtiva da interpretação judicial.¹⁴

Não se quer, com isso, dizer que o Direito Judicial deve avançar para se tornar protagonista no cenário normativo, pois é o Direito firmado na lei que deve ocupar esse papel, especialmente pelo sistema de investidura democrática dos membros dos Parlamentos e dos Poderes Executivos que concorrem para a produção do direito positivado em leis. Contudo, dada a maior relevância da atuação judicial na realidade contemporânea, como toda e qualquer fonte do Direito, as construções judiciais que formam o Direito Judicial têm de proporcionar a mesma estabilidade e previsibilidade das demais fontes (especialmente a lei), estimulando a confiança legítima dos cidadãos nas orientações pacificadoras das Cortes Constituições.¹⁵ Vale dizer, tal como a regra legal (que se impõe com características de abstração, impessoalidade, generalidade, imperatividade e inovação), a regra judicial, que compõe o Direito

14 BITTENCOURT, Lucio. A interpretação como parte integrante do processo legislativo. Revista do Serviço Público Vol. IV, nº 3, dezembro de 1942, ps. 121-127, já na primeira metade do século XX, afirmava que a interpretação é parte integrante do processo legislativo dada a impossibilidade de o Legislador tudo prever. Sobre sociedade de risco, BECK, Ulrich. La Sociedad del Riesgo Mundial. En busca de la seguridad perdida. Barcelona : Ediciones Paidós Ibérica, 2008, e a respeito da modernidade líquida, BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Zahar, 1998 e Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Sobre o trabalho construtivo no processo interpretativo, TAVARES, André Ramos. A teoria da concretização constitucional. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, nº 07, Belo Horizonte: Ed. Fórum – Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC, julho/setembro 2008.

15 A respeito da confiança legítima, CALMES, Sylvia, Du princepe de protections de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, Paris: Éditions Dalloz, 2000, e WEBER-DÜRLER, Beatrice, Vertrauensschutz im öffentlichen Rech, Habilitations-schrift, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1983.

Judicial produzido em forma de orientações pacificadoras do Supremo Tribunal Federal, tem de ser capaz de superar os acidentes que geram a coisa julgada inconstitucional em favor da estabilidade, previsibilidade e unicidade das demais fontes do Direito. Para servir como referência confiável de comportamento, o Direito Judicial deve se assentar na segurança jurídica produzida pela verticalidade e pela abstratização da atuação jurisdicional, permitindo unicidade a partir das decisões das pacificadoras das Cortes Constitucionais.

Mesmo se inexistir efeito vinculante expresso, direto ou explícito, ainda assim é necessário que as estruturas julgadoras de primeiro e de segundo grau reconheçam o efeito vinculante indireto, reflexo ou implícito das orientações das Cortes Constitucional que decorre, p. ex., de instrumentos como súmulas persuasivas e de decisões em repercussões gerais desacompanhadas de edição de súmula vinculante.¹⁶ Ainda que o juiz natural e a livre convicção motivada permitam ao magistrado julgar segundo seu entendimento, sem se curvar a posições que contrariem a compreensão do problema concreto posto nos autos levados ao seu julgamento, é imperativo que esses julgadores (de primeira e de segunda instância) compreendam sua inserção na estrutura judiciária verticalizada concebida pela Constituição e, também, que cumpram seus deveres na formação dos requisitos de segurança e de confiabilidade necessários ao Direito Judicial. Os magistrados devem registrar seus entendimentos contrários às posições firmadas em instâncias superiores (por coerência com suas próprias convicções e também para que seus julgados sirvam de instrumentos de manifestação de divergências e de pluralismo jurídico), mas devem se curvar ao que restou consolidado pelas orientações do Supremo Tribunal Federal, em favor da unificação do Direito Judicial. Do contrário, as decisões acidentais apenas criarão insegurança e desigualdade, sob o pálido pretexto da independência da atuação jurisdicional, que na verdade pode ocultar a falta de humildade intelectual e de compreensão do papel do julgador na mecânica do sistema jurisdicional que proporciona o Direito Judicial.

¹⁶ Acerca das súmulas persuasivas, CARVALHO, Leon Rogério Gonçalves de. O regime jurídico-constitucional das súmulas vinculantes no contexto da atividade normativa do Poder Judiciário. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP - São Paulo, orientador Elival da Silva Ramos, 2010.

Assim, o fortalecimento do Direito Judicial é também um dos fatores que leva à prevalência das decisões e orientações pacificadoras do Supremo Tribunal Federal (e, dos Tribunais de Justiça, no seu papel de controle de constitucionalidade estadual) em face de coisa julgada inconstitucional.

Acrescente-se, por fim, que a superação da coisa julgada inconstitucional determina, por arrastamento ou atração, a invalidade de todos os direitos e prerrogativas derivados (por atos ou fatos subsequentes) dessa coisa julgada e com a qual exista dependência lógica, pois se na origem há uma inconstitucionalidade, não há que se falar em direito adquirido ou ato jurídico perfeito contrários à ordem constitucional.

V – Mecanismos para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional

Afirmada a tendência à prevalência das orientações pacificadoras do Supremo Tribunal Federal (e dos Tribunais de Justiça, quando cabível) em relação às coisas julgadas inconstitucionais, resta analisar quais instrumentos viabilizam a relativização dessa coisa julgada accidental.¹⁷ Como já destacado em nossa proposta de estudo, o foco são as matérias cíveis que correspondem ao objeto de nossa pesquisa, de modo que não trataremos de temas criminais, embora a linha argumentativa exposta neste trabalho também sirva (em linhas gerais) para o mesmo problema colocado na esfera criminal (com necessários ajustes à luz de princípios formadores dessa matéria, tais como a presunção de não culpabilidade, *in dubio pro reo*, etc.). Abaixo apresentamos os mecanismos que nos parecem mais comuns para a superação da coisa julgada inconstitucional.

1. Ação Rescisória

Conforme previsto no art. 485, V, do Código de Processo Civil, o tribunal no qual se deu a formação da coisa julgada será competente

¹⁷ DINAMARCO, Cândido. Coisa Julgada Inconstitucional – Coordenador Carlos Valder do Nascimento. 2ª Edição. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2002, p. 63 e seguintes, escreve que “A escolha dos caminhos adequados à infringência da coisa julgada em cada caso concreto é um problema bem menor e de solução não muito difícil, a partir de quando se aceite a tese da relativização dessa autoridade – esse, sim, o problema central, polêmico e de extraordinária magnitude sistemática, como procurei demonstrar.”

para processar e julgar ação rescisória se o trânsito em julgado estiver fundamentado em literal violação de lei. Por certo que o significado da expressão “lei” deve ser ampliado para permitir que o julgado também possa ser rescindido no caso de violação da Constituição, nisso se inserindo a coisa julgada que se sedimenta entendimento que contraria orientação pacificadora do Supremo Tribunal Federal. Ao menos dois desafios são normalmente apresentados à aplicação da ação rescisória nesses casos.

O primeiro desafio diz respeito ao teor da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda estiver baseada em texto normativo de interpretação controvertida nos tribunais; vale dizer, se a coisa julgada inconstitucional se escorou em uma das interpretações possíveis sobre tema então polêmico e não consolidado. Esse problema já foi superado por entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, ao admitir ação rescisória quando a decisão de outro Tribunal divergir de seu posicionamento em matéria constitucional, pois o contrário importaria em afronta não só à força normativa da Constituição, mas também ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional, além do que significaria fortalecer as decisões das instâncias ordinárias em detrimento do controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição da República.¹⁸

O segundo desafio diz respeito ao termo inicial para a contagem do prazo decadencial de dois anos para propositura da ação rescisória. Em condições normais, esse prazo se inicia na data do trânsito em julgado da decisão a ser rescindida (assim entendido o dia subsequente àquele ao qual não caiba mais recurso), o que pode inviabilizar o ajuizamento desse meio desconstitutivo da coisa julgada caso o paradigma para a rescisão (orientação pacificadora do Supremo Tribunal Federal) seja posterior ao decurso desse prazo decadencial de dois anos.

Acreditamos que a ação rescisória é um dos principais e mais eficientes mecanismos para a superação da coisa julgada inconstitucional, espe-

¹⁸ Nesse sentido já decidiu o E. STF, no RE-A5R 326.612.AM, Rel. Min. Gilmar Mandes, 10.12.2002.

cialmente porque, além de seu juízo rescindendo (desconstitutivo da coisa julgada), seu juízo rescisório permite novo julgamento da ação subjacente com a análise do caso concreto visando à aferição do cabimento de efeito *ex tunc*, *ex nunc* ou prospectivo da decisão rescisória. Não bastasse, a ação rescisória proporciona percepção mais detida do que efetivamente deve ser desconstituído em face das frequentes diversidades de julgados sobre um mesmo tema. Pela importância da ação rescisória, parece-nos perfeitamente aceitável interpretação construtiva que viabilize a contagem do prazo de dois anos a partir da publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal que sirva de paradigma para a rescisão do que transitou em desacordo com o entendimento da Corte Constitucional.

Não tendo decorrido o prazo decadencial de dois anos contados da decisão transitada em julgado a ser desconstituída, a ação rescisória é instrumento amplamente aceito como modo para superação da coisa julgada inconstitucional. Todavia, em sendo necessário contar o prazo tendo como termo inicial o paradigma posto pelo Supremo Tribunal Federal, a viabilidade da ação rescisória deve ser cotejada com as demais ferramentas possíveis para a mesma finalidade de prevalência do entendimento pacificador do Supremo Tribunal Federal em detrimento da coisa julgada inconstitucional.

2. Ação Declaratória de Nulidade de Sentença (Querela Nullitatis)

A ação declaratória de nulidade de sentença, conhecida como *Querela Nullitatis*, também tem aparecido dentre os instrumentos hábeis à superação da coisa julgada inconstitucional. A vantagem dessa ferramenta é que a *actio nullitatis* pode ser exercitada a qualquer tempo, pois dada sua natureza declaratória, não está sujeita a prazos de prescrição ou decadência, motivo pelo qual o juiz de primeiro grau receberá esta ação que tramitará pelo rito ordinário e viabilizará a superação da coisa julgada inconstitucional.¹⁹

¹⁹ Sobre os contornos gerais dessa ação declaratória de nulidade, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Também, WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, ps. 31 e seguintes.

Embora inicialmente admitida em casos nos quais o trânsito em julgado se formou sem a citação de uma das partes, o âmbito de cabimento da ação declaratória de nulidade de sentença vem se ampliando para casos nos quais há grave vício, ao ponto de a sentença de mérito proferida ser tida como ato juridicamente inexistente (p. ex., ilegitimidade *ad causam* e quando se formulou pedido incompatível com o ordenamento jurídico). Paulatinamente vem sendo alargado o âmbito da *Querela Nullitatis* para também compreender a coisa julgada inconstitucional, pois seria juridicamente inexistente decisão transitada em julgado que se escorou em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, caso no qual haveria impossibilidade jurídica porque a sentença aplicaria preceito ou entendimento inconstitucional.²⁰

Acreditamos que o cabimento da *Querela Nullitatis* para casos de coisa julgada inconstitucional não vulgariza essa ação, podendo ser usada se não for viável o ajuizamento da ação rescisória.²¹ Apesar disso, parece-nos que a coisa julgada inconstitucional não deva ser considerada como ato inexistente, mas sim nulo (nulidade absoluta, conforme classificação frequente a respeito de atos inconstitucionais), já que o entendimento no qual se afirmou provavelmente se mostrava inicialmente possível e justificável à luz do ordenamento jurídico, embora não coincidente com o que restou consolidado pela orientação do Supremo Tribunal Federal.²²

3. Impugnação ao cumprimento de sentença

Com a eliminação da ação de execução de julgado do sistema processual civil promovida pela Lei 11.232/2005, o cumprimento das coisas julgadas (ou simplesmente “cumprimento de sentença”) passou a ser regido pelo contido no art. 475-I do Código Processual. Como não há

20 TALAMINI, Eduardo. Coisa Julgada e sua Revisão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

21 A limitação do uso da ação declaratória de nulidade de sentença é afirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, p. ex., no do RESP 1.048.586/SP e no RESP 928.133/SP.

22 Nem sempre a inconstitucionalidade resulta em pronúncia de nulidade, mas, via de regra, o preceito normativo tido por inconstitucional é considerado nulo de pleno direito.

mais ação executiva, o vencido poderá apresentar impugnação ao que lhe for imposto no cumprimento da decisão transitada em julgado e, nos moldes do previsto no art. 475-L, II, e § 1º, do Código de Processo Civil, essa impugnação poderá versar sobre inexigibilidade do título, assim também entendido 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, vale dizer, em orientações pacificadoras da Corte Constitucional.

É claro que essa ferramenta para a superação da coisa julgada inconstitucional tem aplicação às ações condenatórias, quando então será necessário dar cumprimento ao julgado nos moldes do art. 475, I, do Código de Processo Civil, sendo inadequada para ação meramente declaratória ou para ação desconstitutiva/constitutiva (cujos provimentos condenatórios geralmente se resumem aos honorários e demais ônus da sucumbência).

Além do “desconforto” de, em primeiro grau e mediante impugnação, ser descumprida decisão transitada em julgado muitas vezes em tribunais, existe fundada resistência à aplicação dessa impugnação para casos nos quais a coisa julgada se formou antes da entrada em vigor das alterações do Código de Processo Civil que introduziram essa medida de prevalência das orientações pacificadoras do Supremo Tribunal Federal em desfavor da coisa julgada inconstitucional. À luz da garantia da irretroatividade prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição, parece-nos correta a argumentação que permite essa impugnação apenas para desfazer coisas julgadas surgidas após a lei processual que as previu, problema também enfrentado pelo previsto no art. 741, parágrafo único do Código de Processo Civil.

4. Embargos à Execução em face da Fazenda Pública

A Lei 11.232/2005 não extinguiu a ação de execução de julgado quando o título judicial impuser obrigação de pagar à Fazenda Pública que, por motivos variados (em especial o controle da expedição de requisições de precatório), ainda depende de ação executiva na forma do art. 730 do Código de Processo Civil para honrar suas condenações

de pagar. Por isso, nos termos previstos no art. 741, II, parágrafo único do Código Processual, na execução em face da Fazenda Pública, os embargos poderão versar sobre inexigibilidade do título, assim também considerado 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 (ou seja, orientações pacificadoras da Corte Constitucional).

A exemplo do que se dá com a previsão do art. 475-L, II, § 1º, essa previsão do art. 741, II, parágrafo único do Código de Processo Civil tem aplicação apenas para provimentos condenatórios que exigem ação de execução em face do Poder Público, e também traz a questão da irretroatividade em prejuízo da coisa julgada formada antes da inserção dessa ferramenta de combate à coisa julgada inconstitucional, o que se deu com a primeira reformulação do art. 741, nesse sentido, feita pelo art. 10 da Medida Provisória 1.984-17, de 04.05.2000 (DOU de 05.05.2000), sucedida pelas Medidas Provisórias 2.102 e 2.180, até resultar na Medida Provisória 2.180-35, de 24.08.2001 (DOU de 27.08.2001), cujos efeitos se prolongaram nos termos do art. 2º da Emenda Constitucional 32/2001 até a edição da atual redação dada pela Lei 11.232/2005.

Tanto quanto a impugnação do art. 475-L, II, § 1º do Código de Processo Civil, acreditamos plenamente válido e útil os embargos em face da Fazenda Pública do art. 741, II, parágrafo único do mesmo código, pois ambos vão ao encontro da necessidade de prevalência da orientação pacificadora do Supremo Tribunal Federal em desfavor da coisa julgada inconstitucional. Contudo, não nos parece que essa prevalência possa se dar ao arrepio da irretroatividade garantida pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição, mas reconhecemos a existência de julgados que aplicam essas disposições mesmo para coisas julgadas formadas anteriormente à inclusão dessas modalidades processuais no sistema normativo.²³

23 Favorável à impossibilidade de aplicação retroativa da previsão do art. 741, II, parágrafo único, do Código de Processo Civil, no Superior Tribunal de Justiça, REsp 1059874/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 02/09/2008, DJe 20/10/2008: “PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONVERSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PARA URV. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL QUE AFASTA A

Observe-se que o reconhecimento da impossibilidade de aplicação retroativa do art. 475-L e do art. 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, não significa que a coisa julgada inconstitucional deva prevalecer, pois certamente deverá ser buscado outro meio compatível como o ordenamento constitucional para fazer valer a orientação pacificadora do Supremo Tribunal Federal.

5. Alegações incidentes no próprio processo executivo em face da Fazenda Pública

Mesmo sem opor embargos à execução em face da Fazenda Pública nos moldes do art. 741, II, parágrafo único do Código de Processo

APLICAÇÃO DE LEI POSTERIORMENTE DECLARADA CONSTITUCIONAL PELO STF. TRÂNSITO EM JULGADO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA MP 2.180-35/01. ART. 741, PARÁGR. ÚNICO DO CPC. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. 1. A Corte Especial deste Tribunal, no julgamento do EREsp. 806.407/RS, de relatoria do ilustre Ministro FELIX FISCHER, pacificou o entendimento de que o art. 741 do CPC, por ser norma processual, possui incidência imediata, inclusive em relação aos processos em andamento, entretanto, deve ser respeitado o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, motivo pelo qual não se aplica às sentenças com trânsito em julgado em data anterior à vigência da citada MP, qual seja, 24.08.2001. 2. Recurso Especial do INSS conhecido e desprovido”. Em sentido contrário, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, os Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 0048360-88.1998.4.03.9999/SP (98.03.048360-9) – Terceira Seção – Rel. Des. Federal Sérgio Nascimento, Dje 28.09.2011 “PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APLICAÇÃO IMEDIATA DO ART. 202, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DO ART. 58 DO ADCT PARA BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS CONCEDIDOS APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E ANTES DA EDIÇÃO DA LEI N. 8.213/91. INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. LEI PROCESSUAL. ART. 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E ARTIGOS 467, 468, 473, 474 E 610, TODOS DO CPC. OFENSA À AUTORIDADE DA COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. PROPÓSITO DE PREQUESTIONAMENTO. I - II - Se o ordenamento jurídico (artigos 467, 468, 473, 474 e 610 do Código de Processo Civil e artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição da República) busca proteger a estabilidade das relações jurídicas e, de forma indireta, a paz social, por outro lado, a presença de decisões judiciais abrigadas pelo manto da imutabilidade, em contraste com a Constituição da República, têm o potencial de desestruturar todo o sistema normativo, espalhando o sentimento de iniquidade perante os jurisdicionados, de modo a afetar justamente aquilo que se propunha a preservar, a segurança jurídica. III -... IV - O reconhecimento da inexistência de título executivo e, por consequência, a nulidade da decisão exequenda, em sede de embargos à execução, em virtude de inconstitucionalidade, encontra amparo no parágrafo único do art. 741 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.232/2005. A rigor, tal preceito veio positivar entendimento que decorria do próprio sistema jurídico, no sentido de priorizar a compatibilidade dos provimentos jurisdicionais com a Constituição da República, mesmo que fosse em prejuízo da coisa julgada. Portanto, não importa que a decisão exequenda tenha sido prolatada antes da edição do aludido dispositivo legal, pois, conforme mencionado anteriormente, este veio apenas formalizar regra que defluía do próprio ordenamento jurídico. V -...”

Civil, partindo do conceito de que a coisa julgada inconstitucional tem vício intrínseco do qual resulta a nulidade do tema que nela se assentou (em razão da divergência com o entendimento pacificador do Supremo Tribunal Federal), é possível superar a acidental decisão que desafia o entendimento da Corte Constitucional mediante alegações incidentes no próprio processo executivo em face da Fazenda Pública.²⁴

Se a conclusão na qual se funda o título executivo contiver vícios insanáveis (e, repetimos, a inconstitucionalidade é tida predominantemente como nulidade absoluta), é sustentável que, mesmo sem ajuizamento de embargos (porque já decorrido o prazo, p. ex.), a ação executiva seja ajustada ao entendimento e orientações do Supremo Tribunal Federal mediante alegações incidentes.²⁵

6. Desconstituição de ofício

É controversa a possibilidade de o julgador, de ofício, determinar o ajustamento da coisa julgada inconstitucional aos termos consolidados pela orientação pacificadora do Supremo Tribunal Federal. Dada a inércia, a imparcialidade e a vinculação dos magistrados à coisa julgada, por certo há fundados argumentos para sustentar que, sem embargos ou outra provocação da parte que sucumbiu perante a coisa julgada inconstitucional, o magistrado não pode determinar o descumprimento do que transitou em julgado motivado no desacordo com o entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal.

Mas também há elementos consistentes para justificar que o comando da coisa julgada inconstitucional perdeu eficácia jurídica diante do entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal com conteúdo vinculante direto ou expresso. Antes de se subordinar à coisa julgada, o magistrado

24 DINAMARCO, Cândido. *Coisa Julgada Inconstitucional* – Coordenador Carlos Valder do Nascimento. 2ª Edição. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2002, os. 63 e seguintes, escreve que: “Tomo a liberdade de tomar à lição de Pontes de Miranda e do leque de possibilidades que sugere, como: a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; e c) a alegação incidenter tantum em algum outro processo, inclusive em peças defensivas.”

25 No Superior Tribunal de Justiça, admitindo a desconstituição da coisa julgada por intermédio de alegações incidentes ao próprio processo executivo, note-se o REsp 622.405/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 14/08/2007, DJ 20/09/2007, p. 221.

se submete à supremacia da própria ordem constitucional que, no sentido afirmado pela Corte Constitucional com efeito vinculante expresso, desautoriza a coisa julgada accidental que contraria seu entendimento.

Já nos casos de decisões pacificadoras não vinculantes expressamente, a construção argumentativa deverá se fazer pela abstratização e pela vinculação indireta ou implícita que as orientações do Supremo Tribunal Federal atualmente proporcionam, ainda mais em se tratando de pronunciamentos tirados em repercussões gerais ou súmulas persuasivas, permitindo que o magistrado, de ofício, siga o que resta afirmado como constitucional em detrimento da coisa julgada inconstitucional.

Além disso, a coisa julgada inconstitucional se funda em entendimento que resta viciado pelo desacordo com a orientação do Supremo Tribunal e, por isso, traz consigo vícios insanáveis (nulidade absoluta), matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo julgador. Não bastasse, posicionamento favorável à superação da coisa julgada inconstitucional por determinação de ofício da autoridade judicial é reforçada pela natureza normativa das decisões do Supremo Tribunal Federal.

7. Natureza normativa de pronunciamentos pacificadores do Supremo Tribunal Federal

Os preceitos normativos são caracterizados por textos abstratos (tratam de hipóteses e não de casos concretos), impessoais (aplicáveis a todos), genéricos (cuidam de todos os temas com interesse jurídico), imperativos (trazem comandos que podem ser impostos pelo Estado) e inovadores (criam novas situações jurídicas), cujas manifestações são diversificadas na atuação do Poder Legislativo (emendas, leis complementares, etc.) e também estão presentes na atuação do Poder Executivo (de modo direto pelas medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos, e indireto na iniciativa de projetos de lei, dentre outras modalidades). Já a atividade normativa do Poder Judiciário é acanhadamente reconhecida pela doutrina, normalmente para algumas decisões coletivas da Justiça do Trabalho, resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, e regimentos internos de tribunais com efeito *externa corporis*, além de poucos casos de iniciativa privativa de projetos de lei.²⁶

²⁶ Sobre o assunto, CLÈVE, Clèmerson Merlin, *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais,

Contudo, dada a crescente importância da atividade jurisdicional na complementação dos espaços deixados pelos princípios, *standards* e conceitos indeterminados empregados por preceitos normativos (particularmente os constitucionais e os legais), a expressão “ativismo judicial” tornou-se corrente e, independentemente das críticas e aplausos que essa atividade desperte, é necessário reconhecer que há decisões judiciais que claramente estampam as mesmas características dos textos normativos.²⁷

Os dispositivos vinculantes de acórdãos em ações de controle abstrato de constitucionalidade (ADI, ADC, ADO, ADPF e, eventualmente, até em decisões proferidas ações interventivas), e também de súmulas vinculantes, ostentam caráter abstrato, impessoal, genérico, imperativo e inovador e, assim, devem ser considerados como atos normativos.²⁸ Por isso, é possível e aceitável juridicamente que, ao serem proferidas, essas decisões do Supremo Tribunal Federal sejam reconhecidas como normativas de tal modo que repercutam na coisa julgada inconstitucional nos mesmos moldes dos demais preceitos normativos. Por certo que

1993, p. 83, FREITAS, Manoel Mendes de, Poder Normativo da Justiça do Trabalho – Poder Regulamentar do Chefe do Poder Executivo – Análise Comparativa, São Paulo: Revista LTr Vol. 55, no 06, junho de 1991, p. 650, e VELLOSO, Carlos Mário da Silva, A delegação legislativa – A legislação por associações, in Temas de Direito Público, Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1994, p. 409.

27 O significado de “ativismo judicial” é bastante polêmico, assim como sua legitimidade e viabilidade. Sobre o tema, RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente. Revista do Advogado. Ano XXVIII, 99, setembro de 2008, MARSHALL, William P., Conservatives and Seven Sins of Judicial Activism, University of Colorado Law Review, 2002, Forthcoming, Vol. 73, ps. 101/140, e LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

28 BURDEAU, Georges, HAMON, Francis, et TROPER, Michel, *Droit Constitutionnel*, 26^a édition, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence – L.G.D.J., 1999, p. 123, afirmam que o juiz que realiza o controle de constitucionalidade exerce função legislativa parcial, pois ele não pode se guiar pelas considerações de oportunidade como as assembleias parlamentares, embora possa interpretar a constituição de tal maneira que a lei se torne conforme ou contrária a ordem constitucional. Ainda que o juiz constitucional não analise todas as normas, suas linhas de entendimento serão observadas pelos que as fazem, de modo que esse juiz deterá condições de orientação geral do processo normativo. Ainda sobre o tema, JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. Rio de Janeiro: Revista Forense, Ano 101, v. 380, jul./ago, e SIFUENTES, Mônica. Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005. Ainda, LEAL, Vitor Nunes. Atualidades do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 208, ano 61, 1964, e A Súmula do Supremo Tribunal e o restatement of the law dos norte-americanos. São Paulo: LTr, ano 30, jan./fev, 1996.

essa repercussão, em regra, deve operar efeito *ex nunc*, fazendo cessar automaticamente apenas os efeitos vindouros das coisas julgadas inconstitucionais que se projetam para o futuro (em especial as que digam respeito a obrigações de trato sucessivo).

Dada a tendência de abstratização e de verticalização do sistema constitucional brasileiro, acreditamos que o mesmo tratamento deve ser dado em casos nos quais a orientação do Supremo Tribunal Federal se dê sem efeito vinculante de direito ou expresso, bastando o efeito vinculante indireto, implícito ou reflexo para reconhecimento da força normativa das orientações pacificadoras da Corte Constitucional (por exemplo, decisões em repercussão geral e em súmulas persuasivas).

VI – Conclusão

Ante ao exposto, afirmada a tendência à prevalência das orientações pacificadoras do Supremo Tribunal Federal em face da coisa julgada inconstitucional, acreditamos que o reconhecimento da força normativa desses entendimentos consolidados da Corte Constitucional tem a virtude de proporcionar rápida e eficiente cessação (em regra, com efeitos *ex nunc*) da eficácia jurídica de decisões transitadas em julgado que contrariem o que resta unificado pelo Direito Judicial. A afirmação da natureza normativa das orientações do Supremo Tribunal Federal parece-nos medida necessária e de racionalidade, sobretudo para matérias cuja litigiosidade alcança números expressivos, pois permite rápida e igualitária solução para milhares e até milhões de coisas julgadas inconstitucionais.

Contudo, reconhecemos, também, a utilidade de medidas judiciais específicas para análise de casos singulares, notadamente quando a coisa julgada inconstitucional deva ser cessada com efeitos *ex tunc* ou até prospectivos. Para esses casos, preferencialmente devem ser empregados os meios e medidas judiciais já reconhecidamente admitidos para a relativização da coisa julgada inconstitucional, dentre os quais se destacam a ação rescisória, a impugnação ao cumprimento de sentença e os embargos à execução de julgado.

Relevante, nos parece, é a superação da coisa julgada inconstitucional em favor das orientações pacificadoras do Supremo Tribunal Federal como modo de afirmação do Direito Judicial, respeitados as funcionalidades e os limites dos instrumentos processuais empregados.

VII – Bibliografia

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Súmula do Supremo Tribunal Federal: natureza e interpretação**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 57, ano 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./set., 2006;
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998 e **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001;
- BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo Mundial. En busca de la seguridad perdida**. Barcelona : Ediciones Paidós Ibérica, 2008 ;
- BITTENCOURT, Lucio. **A interpretação como parte integrante do processo legislativo**. Revista do Serviço Público Vol. IV, nº 3, Dezembro de 1942;
- BURDEAU, Georges, HAMON, Francis, et TROPER, Michel, **Droit Constitutionnel**, 26^a édition, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence – L.G.D.J., 1999;
- CALMES, Sylvia, **Du principe de protections de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**, Paris: Éditions Dalloz, 2000 ;
- CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Jurisprudência Lotérica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 90, abril de 2001, v. 786, p. 108/128;
- CARVALHO, Leon Rogério Gonçalves de. **O regime jurídico-constitucional das súmulas vinculantes no contexto da atividade normativa do Poder Judiciário**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP-São Paulo, orientador Elival da Silva Ramos, 2010;
- CHIOVENDA, Giuseppe, **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. II, trad. 2^a ed. italiana, Guimarães Menegale e notas Enrico Tullio Liebman, São Paulo: Saraiva e Cia Editores, São Paulo: Saraiva, 1945;
- CLÈVE, Clèmerson Merlin, **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993;
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004
- DINAMARCO, Cândido. **Coisa Julgada Inconstitucional – Coordenador Carlos Valder do Nascimento**. 2^a Edição. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2002;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente**. Revista do Advogado. Ano XXVIII, 99, setembro de 2008

FRANCISCO, José Carlos. **Igualdade, segurança, livre iniciativa, livre concorrência e relativização da coisa julgada**. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurélio; MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). **Tributação das empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 427-448;

FREITAS, Manoel Mendes de, **Poder Normativo da Justiça do Trabalho – Poder Regulamentar do Chefe do Poder Executivo – Análise Comparativa**, São Paulo: Revista LTr Vol. 55, nº 06, junho de 1991;

JANSEN, Rodrigo. **A súmula vinculante como norma jurídica**. Rio de Janeiro: Revista Forense, Ano 101, v. 380, jul./ago

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010;

LEAL, Vitor Nunes. **Atualidades do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 208, ano 61, 1964;

_____. **A Súmula do Supremo Tribunal e o restatement of the law dos norte-americanos**. São Paulo: LTr, ano 30, jan./fev, 1996;

MARSHALL, William P., **Conservatives and Seven Sins of Judicial Activism**, University of Colorado Law Review, 2002, Forthcoming, Vol. 73, ps. 101/140;

MENDES, Gilmar. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um clássico de mutação constitucional**. Informação Legislativa, v. 14, n. 162, p. 162-165, Brasília: abr./jun. 2004;

PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. **Sincretismo no Controle de Constitucionalidade. Parte II – Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade**. Revista Jurídica Consulex. Ano XI, nº 242, 15/02/2007;

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010;

SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009;

SARMENTO, Daniel, **A ponderação de interesses na Constituição Federal**, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003;

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005;

TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005;

TAVARES, André Ramos. **A teoria da concretização constitucional**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, nº 07, Belo Horizonte: Ed. Fórum – Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC, julho/setembro 2008;

VELLOSO, Carlos Mário da Silva, **A delegação legislativa – A legislação por associações**, in *Temas de Direito Público*, Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1994;

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Revan e IUPERJ, 1997;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998;

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003;

WEBER-DÜRLER, Beatrice, **Vertrauensschutz im öffentlichen Rech, Habilitations-schrift**, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1983;