

A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: EFEITOS NO PLANO NORMATIVO E NO PLANO DO ATO SINGULAR E REFLEXOS NA EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL

Rodrigo Henkels'

Resumo: Este artigo pretende examinar alguns aspectos importantes da coisa julgada inconstitucional, assim como os efeitos daí decorrentes. O tema é apresentado à luz das doutrinas clássica e contemporânea, enfocando o estudo na abordagem da declaração de inconstitucionalidade e dos seus reflexos na execução de título judicial, buscando a segurança jurídica e a paz social.

Palavras-chave: Declaração de inconstitucionalidade. Sistema ternário da sentença. Coisa julgada inconstitucional. Execução de título judicial. Segurança Jurídica.

1 INTRODUÇÃO

A coisa julgada inconstitucional é, em verdade, a denominação dada à sentença transitada em julgado ancorada em lei

1 Aluno da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC). Assessor jurídico. Bacharel em Direito pela UNIVALI. Coautor do artigo "A coisa julgada como pilar do Estado Democrático de Direito", publicado na Revista da ESMESC, v. 15, n. 21, 2008. E-mail: henkels@ibest.com.br

declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou em interpretação incompatível com a Constituição.

Enfrentando o tema da nulidade absoluta, originado da declaração de inconstitucionalidade, o sistema ternário da sentença demonstra a profundidade dos atos judiciais atingidos, observados ainda os possíveis casos de modulação de efeitos da declaração pelo Supremo (art. 27 da Lei n. 9.868/99) e a separação de seus efeitos no plano normativo e no plano do ato singular.

Com essas premissas, o estudo pretende analisar a impugnação de sentença fundada em lei declarada inconstitucional, como ingrediente que se adiciona à discussão acerca de sua caracterização, concretização e reflexos na execução.

Para essa tarefa foi necessário organizar o trabalho em tópicos específicos, a fim de facilitar a compreensão da temática afeta à coisa julgada inconstitucional e dos seus reflexos na execução de título judicial.

2 DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: NULIDADE IPSO JURE E EX TUNC

A chamada coisa julgada inconstitucional decorre de sentença transitada em julgada desenvolvida com base em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou em razão de interpretação tida como incompatível com a Constituição.

A nulidade da lei inconstitucional e a obrigação de os órgãos estatais de se absterem de aplicar disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal foi introduzida no Brasil na Constituição de 1934 sob o *nomen juris* de “suspensão de execução da lei”, mediante controle do Senado Federal (art. 91, IV), com o propósito inequívoco de emprestar força normativa às declarações de inconstitucionalidade proferidas incidentalmente, até então com efeitos *inter partes* e *ex tunc*. O instituto posteriormente foi incorporado

à Constituição de 1946 (art. 64), à Constituição de 1967/69 (art. 42, VII) e mantido na Constituição de 1988 (art. 52, X), conferindo eficácia *erga omnes* e *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade proferida no caso concreto. A Corte Suprema, por força de seu regimento interno, está obrigada a comunicar ao Senado Federal acerca da declaração incidental de inconstitucionalidade para que seja providenciada a suspensão da lei inconstitucional, por resolução, a qual lhe subtrai a eficácia jurídica, observada, porém, a discricionariedade da casa legislativa, que não está vinculada à decisão do Supremo (pode decidir não retirar a norma do ordenamento ou retirar apenas parte da norma declarada inconstitucional no controle incidental, vedada tão-somente a revogação da resolução anteriormente editada²) e não se sujeita a prazo para apreciar a questão.

A disciplina afeta ao controle abstrato da constitucionalidade, instituída pela Emenda Constitucional 16 de 1965, não permitia ao Supremo Tribunal Federal conferir eficácia *erga omnes* ao julgado, limitando-se, como no controle incidental, à comunicação do Senado Federal sobre a declaração de inconstitucionalidade no processo de controle abstrato das normas, competindo a este decidir sobre a definitiva suspensão da aplicação da lei declarada inconstitucional. Somente em 1977 a pronúncia da inconstitucionalidade em processo de controle abstrato passou a ser dotada de eficácia *erga omnes*, desde a publicação do acórdão, deixando de se submeter ao crivo do Senado Federal³.

A lei declarada inconstitucional é considerada, sem exceções e independente de qualquer outro ato, nula *ipso jure* e *ex tunc*⁴.

2 STF. MS 16.512/DF, rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. em 25/05/1966, DJ de 31/08/1966; Rcl. 691/SP, rel. Min. Carlos Medeiros, j. em 25/05/1966, DJU de 24/08/1966; MS 16.519/DF, rel. Min. Luiz Gallotti, j. em 20/06/1966, DJ de 09/11/1966.

3 STF. Parecer do Min. Rodrigues Alckmin, sessão administrativa de 19/06/1974, DJ de 16 de maio de 1977, p. 3.124.

4 STF. Rp. 971/RJ, rel. Min. Djaci Falcão, j. em 03/11/1977, DJ de 07/11/1978; RE 93.356/MT, rel. Min. Leitão de Abreu, j. em 24/03/1981, DJ de 04/05/1981; Rp. 1.016/SP, rel. Min. Moreira Alves, j. em 20/09/1979, DJ de 26/10/1979; Rp. 1.077/RJ, rel. Min. Moreira Alves, j. em 28/03/1984, DJ de 28/09/1984.

3 SISTEMA TERNÁRIO DA SENTENÇA

A profundidade da nulidade absoluta ou *ipso jure* comporta ainda hoje debates ardorosos, havendo respeitáveis correntes doutrinárias que preconizam que a sentença, quando fundada em norma inconstitucional, seria inexistente, inválida ou ineficaz.

Para fins deste opúsculo, apresentar-se-á o “sistema ternário da sentença”⁵ (análise dos elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia da sentença), observando as limitações próprias da espécie.

Os elementos de existência são aqueles essenciais à formação do ato judicial, a exemplo da sentença proferida por quem não é juiz ou àquela dada à revelia da parte, sem sua citação ou mediante citação nula, não passando, pois, de simples fato. Por ser fato destituído de juridicidade, pode ser simplesmente ignorado, objeto de ação declaratória negativa (na forma do art. 4º e parágrafo único do CPC ou incidental) ou ainda combatido por simples petição, pois “não é pressuposto objeto da ação rescisória a sentença de quem não é juiz, ou deixara de o ser (o que vale o mesmo), pois tal sentença não é sentença; pelo fato da inexistência de juiz, é inexistente” (PONTES DE MIRANDA, 2003, p. 209 e 239).

Os requisitos de validade, por sua vez, qualificam o ato judicial para que entre no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (ser regular), *v. g.* a competência do juiz e a invocação de fundamentos legais (*lato sensu* – compreendendo também, naturalmente, os fundamentos constitucionais) na sentença. Aliás, como adverte José Carlos Barbosa Moreira (2006, p. 200), “o que se concebe seja incompatível com a Constituição é a sentença (*lato sensu*): nela própria, e não na sua imutabilidade (ou na de seus efeitos, ou na de uma e outros), é que se poderá descobrir contrariedade a alguma norma constitucional”, de molde que “se a sentença for contrária à Constituição, já o será antes mesmo de transitar em julgado, e não o será mais do que era depois desse momento”, podendo-se afirmar que “com

5 Adaptação do estudo realizado por Antônio Junqueira Azevedo, na obra *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: 2007.

a coisa julgada material, a inconstitucionalidade se cristaliza, adquire estabilidade; mas continuará a ser verdade que o defeito lhe preexistia, não dependia dela para exsurgir”.

Os fatores de eficácia, enfim, são as projeções próprias do ato judicial, dando ensejo ao resultado pretendido com o provimento jurisdicional invocado. Desses fatores, porém, pode ocorrer a ineficácia pendente ou simples, *v. g.* sentença ilíquida, decorrente da perda do objeto etc., e a ineficácia relativa, cuja oponibilidade não pode ser estendida a terceiro.

O insolúvel problema das nulidades, assim, resta desmistificado quando objetivamente delimitamos o aspecto positivo da sentença, estabelecendo quando ela existe e, uma vez existente, quando vale e, sendo válida, quando ela passa a produzir efeitos.

Assim é que o poder de que dispõe qualquer juiz ou Tribunal para deixar de aplicar a lei inconstitucional a um determinado processo (arts. 97 e 102, III, “a”, “b”, “c” e “d”, da CRFB/88) pressupõe a invalidade da lei e, com isso, a sua nulidade, de molde que a faculdade de negar aplicação à lei inconstitucional corresponde ao direito do indivíduo de recusar-se a cumprir a lei inconstitucional, assegurando-se, em última instância, a possibilidade de interpor recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal contra decisão judicial que se apresente, de alguma forma, em contradição com a Constituição⁶.

4 MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nada obsta, porém, que se admita fórmula intermediária, por questões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, sendo facultado à Corte Suprema, por maioria de dois terços de seus membros, fixar os efeitos da inconstitucionalidade aquém do que o previsto (art. 27 da Lei n. 9.868/99).

A guisa de regra, o Supremo Tribunal Federal poderá, com fulcro no art. 27 da Lei n. 9.868/99, proferir uma das seguintes decisões (MENDES, 2006, p. 95-96):

6 STF. Rp. 980/SP, rel. Min. Moreira Alves, j. em 21/11/1979, DJ de 19/09/1980.

a) declarar a inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*), com ou sem repristinação da lei anterior;

b) declarar a inconstitucionalidade com a suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado na sentença (declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*), com ou sem repristinação da lei anterior;

c) declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, permitindo que se opere a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador, dentro de prazo razoável, venha a se manifestar sobre a situação inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade – restrição de efeitos);

d) declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, para situações em que a norma é válida (constitucional) quando aplicada a certas operações, mas inválida (inconstitucional) quando aplicada a outras. O reconhecimento dessa dupla face do enunciado normativo impõe que a declaração de sua inconstitucionalidade parcial, aplicável a certas situações, dê-se sem a eliminação (redução) do enunciado positivo, a fim de que fique preservada a sua aplicação na parte constitucional às situações admitidas como válidas (ZAVASCKI, 2006, p. 333);

e) declarar a inconstitucionalidade dotada de efeito retroativo, com a preservação de determinadas situações dotadas de singularidade.

Entrementes, não se está negando a inconstitucionalidade da lei, mas adequando os efeitos da declaração a fim de que não acarrete lesão positiva a outros princípios constitucionalmente assegurados.

Sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes (2006, p. 98) preconiza que “configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponde-

ração”, sendo que em muitos casos há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade.

O disposto no art. 27 da Lei n. 9.868/99, aliás, é inspirado no art. 282º (efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade), 4, do Título I (fiscalização da constitucionalidade), da Parte IV (garantia e revisão da constituição), da Constituição da República Portuguesa de 1976, *in verbis*:

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido. 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2.

O sistema português, porém, é expresso no sentido de que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não atingem a coisa julgada, o que somente pode acontecer em casos excepcionais, quando o Tribunal Constitucional assim dispuser (art. 282º, 3, da CRP/76), significando a “imperturbabilidade das sentenças proferidas com fundamento na lei inconstitucional” (CANOTILHO, 2002, p. 1.004).

5 DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: SEPARAÇÃO DOS EFEITOS NO PLANO NORMATIVO E NO PLANO DO ATO SINGULAR

Adverte Gilmar Ferreira Mendes que “no direito brasileiro jamais se aceitou a idéia de que a nulidade da lei importaria, automaticamente, na eventual nulidade de todos os atos que com base nela viessem a ser praticados” (2006, p. 98).

A norma inconstitucional, nesses casos, não é concebida como fonte normativa própria de validade e eficácia dos atos praticados sob seu manto, mas, ao invés disso, “a existência da norma inconstitucional (e a presunção de sua legitimidade) servirá de fato jurídico acarretador da incidência de outras normas [geralmente normas-princípios: boa-fé, segurança jurídica, vedação ao enriquecimento sem causa etc.]” (TALAMINI, 2006, p. 112).

O fenômeno da inconstitucionalidade será sempre um problema de relação entre o parâmetro da Constituição e o ato de poder que com ele não se conforma, ofendendo assim os critérios de validade contidos nas normas constitucionais (NEVES, 1988, p. 69-70), sob um aspecto de valoração negativa (RAMOS, 1994, p. 63).

Afigura-se correto, pois, sustentar que a “lei inconstitucional é um fato eficaz” gerador de algumas conseqüências indeléveis, que merecem ser resguardadas⁷.

Consectário de inferência lógica é que não se deve supor que a declaração de inconstitucionalidade afete todos os atos praticados sob o domínio da lei inconstitucional, sugerindo José Carlos Barbosa Moreira que não se elimine a imunidade da *res iudicata* à posterior declaração de inconstitucionalidade, mesmo no julgamento de ação direta, hipótese em que se teria de lançar mão da rescisória por violação de lei (art. 485, V, do CPC), sujeita ao prazo decadencial, a contar do biênio consecu-

7 STF. RE 79.343/BA, rel. Min. Leitão de Abreu, j. em 31/05/1977, DJ de 02/09/1977 e RE 93.356/MT, rel. Min. Leitão de Abreu, j. em 24/03/1981, DJ de 04/05/1981.

tivo ao trânsito em julgado (2006, p. 211/213), em nítida aplicação analógica ao enunciado no art. 282º, 3, da CRP/76.

Ora, “a coisa julgada não se sujeita – ou poderá se sujeitar – aos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade e, assim, mesmo antes do art. 27 da Lei 9.869/99 – que, na realidade, com ela não tem relação –, já era imune a tais efeitos” (MARINONI, 2006, 236), afigurando-se evidente que “a pronúncia de inconstitucionalidade não faz tábula rasa da coisa julgada erigida pelo constituinte em garantia constitucional”, de molde que “a nulidade *ex tunc* não afeta a norma concreta contida na sentença ou acórdão” (MENDES, 1990, p. 280).

Sintetizando o paradigma bifronte dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, sustenta Gilmar Mendes (2006, p. 99):

Embora o nosso ordenamento não contenha regra expressa sobre o assunto e se aceite, genericamente, a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente de ilicitude, concede-se proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no ‘plano normativo (Normebene)’ e no ‘plano do ato singular (Einzelaktebene)’ mediante a utilização das chamadas ‘fórmulas de preclusão’.

Em suma, é o legislador ordinário quem define a existência das fórmulas de preclusão, fixando os limites contemplados dentro do princípio da nulidade, competindo ao Supremo Tribunal Federal apreciar o plano da norma (*Normebene*) e o plano do ato concreto (*Einzelaktebene*), a fim de excluir a possibilidade de nulificação automática do ato concreto em virtude do ato normativo que lhe confere respaldo.

Eis porque é sintomático que “a eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade não tem o condão de automaticamente desconstituir a coisa julgada das sentenças pretéritas que aplicaram a norma declarada inconstitucional” (TALAMINI, 2006, p. 109), submetendo-se, pois, à ação rescis-

sória ou equivalente, observados os requisitos e o prazo aplicáveis à espécie.

Assim, separando-se os “planos da validade da lei e do ato concreto, tem-se que os atos praticados com base na lei declarada inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade” (MENDES, 2006, p. 99), com exceção da revisão criminal (art. 621 do CPP), que pode ser proposta a qualquer tempo, se o édito condenatório for contrário a texto expresso da lei penal ou proferido com base em lei declarada inconstitucional.

6 IMPUGNAÇÃO DE SENTENÇA FUNDADA EM LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL: CARACTERIZAÇÃO, CONCRETIZAÇÃO E REFLEXOS NA EXECUÇÃO

Inicialmente, a impugnação da sentença transitada em julgado, prolatada com base em lei declarada inconstitucional, somente haveria de se verificar por via de ação rescisória⁸, restando incabível a via especial do mandado de segurança ou a oposição de embargos à execução, de forma que com a superação do prazo para a propositura da ação, a sentença não mais poderia ser questionada.

Com o advento da Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, possibilitou-se a arguição de inexigibilidade do título judicial fundado em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou em interpretação tida por incompatível com a Constituição (art. 741, parágrafo único, do CPC e art. 836, parágrafo único, da CLT).

A matéria foi remanejada pela Lei n. 11.232, de 23 de dezembro de 2005, conferindo a seguinte redação ao § 1º do inciso II do art. 475-L e ao parágrafo único do art. 741 do CPC:

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: (...) II - inexigibilidade do título; (...) § 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste

8 STF. RMS 17.976/SP, rel. Min. Amaral Santos, j. em 13/09/1968, DJ de 26/09/1969.

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. (...) Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: (...) 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.

A partir de então, a execução de título judicial fundada em sentença atingida pela declaração de inconstitucionalidade poderá ser obstada eficazmente por qualquer via hábil para afastar a inconstitucionalidade, *ad instar* da impugnação ao cumprimento de sentença, da ação rescisória etc., com exceção da hipótese de limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (art. 27 da Lei n. 9.868/99), observando que se trata de *concursum electivum* de ações, em que o emprego de um dos remédios processuais cabíveis elidirá o emprego simultâneo ou ulterior dos demais (FABRÍCIO, 1988, p. 25-28).

A respeito dos instrumentos disponíveis, Ovídio Araújo Baptista da Silva (2006, p. 281) propõe que sejam limitados⁹ em:

a) ação rescisória; b) uma sistematização adequada da querela nullitatis. Nunca, porém, c) para permitir o afastamento da coisa julgada suscitado sob a forma de uma questão incidente, no corpo de outra

9 Em atenção à alta relevância da situação de violação da norma constitucional, José Carlos Barbosa Moreira recorre a uma situação de *lege ferenda*, remetendo a solução para uma reforma da lei processual vigente, mitigando a exigência do prazo decadencial, a título excepcional e em razão de particular gravidade, a fim de possibilitar o ajuizamento da ação rescisória a qualquer tempo (2006, p. 220), como nas hipóteses já admitidas pela jurisprudência de incidência da *querela nullitatis* (ações de paternidade, petição de herança do herdeiro omitido na partilha, ofensa a litisconsórcio necessário etc.).

ação, seja formulado pelo autor, como uma questão prejudicial; seja como uma objeção levantada em contestação pelo demandado; nunca igualmente d), tornando a coisa julgada 'relativa' a partir de pressupostos valorativos, como 'injustiça' da sentença, sentença 'abusiva', 'moralidade' administrativa, ou outras proposições análogas, mesmo porque – no que respeita à moralidade – nem só na administração pública ocorrem imoralidades.

Relativamente às proposições valorativas, seria inviável de se conceber um conceito ideal para todas as sentenças, por ser a coisa julgada “uma instituição intrinsecamente produtora de injustiça, porquanto, impedindo que as discussões se eternizem, acaba, de alguma forma, se não frustrando a realização da justiça absoluta, criando para o sucumbente o gosto amargo de uma injustiça”. O critério da abusividade, por sua vez, seria imprestável, em razão do grau da sua indeterminação ou mesmo pela ausência de critério vinculativo a uma situação concreta (BAPTISTA, 2006, p. 272 e 276). Não se pode, sob qualquer prisma, comparar a segurança jurídica, que exerce uma “função instrumental de funcionamento do sistema”, com a moralidade, que é uma “opção interpretativa (de valoração) para casos individuais” (NOJIRI, 2006, p. 325). Enfim, a título de provocação e não ambicionando exaurir as impropriedades existentes, “como saber se a coisa julgada abriga uma simples inconstitucionalidade, para distingui-la daquela que, contendo uma ‘flagrante inconstitucionalidade’, deve ser eliminada?” (BAPTISTA, 2006, p. 280).

Em tema de intertemporalidade da incidência do novel modelo (arts. 475-L, II, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC) em execuções de títulos judiciais revestidos de coisa julgada e que adquiriram essa autoridade antes do início da vigência da nova norma, preconiza-se três possíveis soluções (TALAMINI, 2006, p. 136):

(1ª) a regra só se aplicaria às coisas julgadas formadas depois do início de sua vigência; (2ª) a regra também

se aplicaria às coisas julgadas formadas antes do início de sua vigência que naquele momento ainda pudessem ser desconstituídas por ação rescisória; (3ª) a regra aplicar-se-ia indiscriminadamente a qualquer título revestido da coisa julgada.

Tratando-se de norma de natureza processual possui aplicação imediata, inclusive aos processos em curso, restando limitada, porém, sua retroação aos atos já perfectibilizados, tornando inviável “supor legítima a invocação da eficácia rescisória dos embargos à execução relativamente às sentenças cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência” (ZAVASCKI, 2006, p. 338), prestigiando-se, portanto, a sentença acobertada pela coisa julgada sob o regime processual anterior, à época em que foi formada.

A crítica que se faz é relativa àqueles que elegeram a terceira solução apontada, uma vez que o novel preceptivo jurídico, se ancorado na possibilidade de atingir indistintamente as coisas julgadas anteriores, “não trata[ria] de um aspecto acidental ou secundário do regime da coisa julgada”, versando sobre a possibilidade da própria “eliminação da coisa julgada” (TALAMINI, 2006, p. 136).

Isso porque a tentativa de eliminar a coisa julgada diante de uma nova interpretação constitucional “não só retira o mínimo que o cidadão pode esperar do Poder Judiciário – que é a estabilização da sua vida após o encerramento do processo que definiu o litígio –, como também parece ser uma tese fundada na idéia de impor um controle sobre as situações pretéritas” (MARINONI, 2006, p. 240), quando em verdade “o respeito à garantia constitucional da coisa julgada e à lei é, sem dúvida, o melhor e mais razoável preço que o sistema como um todo paga como contrapartida da preservação de outros valores” (LUCON, 2006, p. 301).

O novo modelo normativo, por sua vez, respeitando a separação dos planos de validade da lei e do ato concreto, concebe fórmula que subtrai a exigibilidade do título judicial calcado em norma declarada inconstitucional.

Sendo assim, serão desconstituídos apenas os capítulos de sentença “de eficácia ‘condenatória’ e sobre os quais repercute logicamente a solução inconstitucional” (TALAMINI, 2006, p. 128), mantendo-se íntegros os capítulos da sentença com eficácia declaratória e constitutiva perante a procedência dos embargos, mesmo quando vinculados à solução inconstitucional.

Fenômeno interessante poderá ocorrer quando houver pluralidade de fundamentos invocados e for acolhida a solução inconstitucional como prejudicial, sem a análise das demais matérias veiculadas, vindo posteriormente ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade daquela norma, em ação direta, possibilitando o emprego do novel preceptivo da impugnação ao cumprimento de sentença e dos embargos à execução contra a Fazenda Pública, clamando a definição de um novo resultado.

À guisa de ilustração, curial se faz a lição de Eduardo Talamini (2006, p. 129-130), que com muita propriedade pontua a problemática:

O contribuinte pediu a restituição do indébito alegando (a) ser inconstitucional a norma que prevê o tributo em questão e (b) não haver incorrido na hipótese de incidência do tributo (não haver praticado o fato gerador). Note-se que há apenas uma causa de pedir, atinente à não-constituição da obrigação. O fundamento *a*, estritamente jurídico, é aspecto interno a essa causa de pedir. De todo modo, o juiz poderia decidir o processo, acolhendo o primeiro argumento, atinente à inconstitucionalidade. O segundo poderia não ser nem apreciado – sem que houvesse qualquer nulidade nisso. Mais: decidindo o juiz em julgamento antecipado, as provas eventualmente necessárias para a demonstração do segundo nem teriam sido produzidas. Suponha-se que depois do trânsito em julgado, o Supremo, em ação direta, reconhecesse a constitucionalidade daquela mesma norma – dando azo ao emprego dos embargos *ex art.*

741, parágrafo único, contra a sentença obtida pelo contribuinte. Nessa hipótese, uma vez desconstituído o título executivo, não se poderia simplesmente impor a derrota ao contribuinte, nem sustentar que o resultado do processo anterior ficaria indefinido *ad etemum*. O contribuinte teria direito a que o segundo fundamento fosse efetivamente instruído e julgado. Três são as possíveis soluções imaginadas: A primeira é de tanto a desconstituição da decisão anterior quanto uma nova (instrução e) decisão para a causa far-se-iam nos embargos. Como óbice a essa solução poder-se-ia opor o tradicional entendimento de que o objeto dos embargos é desconstituir um título ou uma execução, e não formar (outro) título. Em resposta, talvez se pudesse dizer que a nova hipótese de embargos rompe os parâmetros tradicionais dessa medida, funcionando como instrumento rescisório que deve comportar os dois momentos típicos de tais remédios, a rescisão propriamente dita e a definição de uma nova solução. A segunda alternativa seria reputar que a apenas a desconstituição da decisão anterior dar-se-ia nos embargos. A obtenção de nova decisão acerca de outros fundamentos, postos na ação em que se formara o título mas não examinados, dependeria da propositura de nova ação. Uma dificuldade adicional para esse caso seria o problema da prescrição. Eventualmente se alegaria estar prescrita a pretensão, no momento em que, depois de desfeito o título, o interessado viesse a repropô-la. Porém, esse óbice é superável. Haveria de se reputar que o prazo prescricional interrompeu-se com a propositura da anterior ação de conhecimento, reiniciou-se após o trânsito em julgado da sentença condenatória (STF, Súmula 150) e foi novamente interrompido com a propositura da ação de execução. Desse modo, o prazo prescricional antes interrompido começaria a incidir a partir do trânsito em julgado da sentença dos embargos. Mas essa solução apresenta inconvenientes do ponto de vista da economia processual. Todo um processo haveria de ser refeito, desde o início. Ainda

que houvesse possibilidade de emprestar material probatório do primeiro processo, isso apenas atenuaria o problema, não o eliminando. Essa crítica, aliás, aplica-se também à primeira solução imaginada. Por fim, poder-se-ia cogitar de que, tal como na segunda solução, apenas a desconstituição da decisão anterior se desse nos embargos, mas, em vez de se permitir uma nova ação, se possibilitasse a reabertura do processo anterior, para julgamento do outro fundamento. Do ponto de vista da economia processual, é a solução mais indicada. É uma solução, porém, que pode ser censurada pela falta de regra expressa que a autorize. Em seu favor talvez se pudesse invocar o regime adotado quando o executado argüi uma *exceptio nullitatis* (i. e., inexistência) que atinja apenas parte do processo anterior. Reconhecido o defeito, haverá a retomada do processo anterior, do ponto em que sejam aproveitáveis os atos nele praticados.

Para a definição da nova situação jurídica, o fundamental será assegurar à parte a apreciação dos demais fundamentos agitados, sendo que a sede de apreciação dependerá da sedimentação da aplicação da nova norma, podendo-se cogitar, por ora, de uma certa fungibilidade (TALAMINI, 2006, p. 130).

O certo é que a coisa julgada inconstitucional, tecnicamente sentença fundada em norma inconstitucional, clama por uma correta e detalhada disciplina infraconstitucional, sob pena de a abertura custear futuras arbitrariedades.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A coisa julgada inconstitucional, tecnicamente sentença transitada em julgado fundada em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou em interpretação incompatível com a Constituição, e o tema da nulidade absoluta, originado da declaração de inconstitucionalidade, restaram desmitificados por intermédio do sistema ternário da sentença, o qual demonstrou a profundidade dos atos judiciais atingidos sob

os planos da existência, validade e eficácia, destacando que a sentença é afetada tão-somente no campo de sua validade.

Observadas ainda as possíveis hipóteses de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo (art. 27 da Lei n. 9.868/99) e a separação de efeitos no plano normativo e no plano do ato singular, emerge exegese em que a desconstituição do julgado não é atingida imediatamente pela declaração de inconstitucionalidade, consoante aplicação analógica do art. 282º, 3, da CRP/76, clamando o emprego, a tempo e modo, de um dos remédios processuais cabíveis.

A impugnação de sentença fundada em lei declarada inconstitucional, como ingrediente inovador à discussão, pode ser analisada sob três prismas fundamentais: a) sua caracterização, com o advento da Lei n. 11.232/05; b) sua concretização, como instrumento processual apto a subtrair a exigibilidade do título executivo inválido, aplicando-se às coisas julgadas formadas apenas sob sua vigência; e c) seus reflexos na execução, sob a forma de possíveis resultados híbridos que reclamam nova definição jurídica.

Abstract: The purpose of this article is to examine some important aspects of the unconstitutional judged thing, as well as the effects arising therefrom. The theme is presented to the light of the classic and contemporary authors, focusing the study to address the declaration of unconstitutionality and its consequences for the execution of judge title, in search of the judicial security and social peace.

Keywords: Declaration of unconstitutionality. Ternary system of sentence. Unconstitutional judge thing. Execution of judge title. Judicial security.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: 2007.
- BAPTISTA, Ovídio Araújo Baptista. Coisa julgada relativa? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 271-282.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado, querela nullitatis e ação rescisória. In: *Ajuris*. vol. 42. Porto Alegre: s/e, 1988.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, par. ún. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 283-310.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006. p.231-252.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei n. 11.232/2005. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 87-103.
- _____. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 199-220.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1998.

NOJIRI, Sérgio. Crítica à teoria da relativização da coisa julgada. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 311-328.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. 2 ed. São Paulo: Bookseller, 2003.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 12 out. 2009.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 101-142.

ZAVASCKI, Teori Albino. Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 329-340.

