

DA INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE E DA FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Natália Cristina Damásio Silvestrin¹

Resumo: Este artigo aponta o fenômeno da flexibilização da coisa julgada inconstitucional conforme a nova Ordem Constitucional e a inconstitucionalidade superveniente. É apresentado o surgimento da nova Ordem Constitucional e as alterações interpretativas da Constituição. Demonstra-se a forma de controle de constitucionalidade de normas anteriores à Carta Magna e os efeitos da declaração de não recepção da norma pela Constituição. Percebe-se a relevância da flexibilização da coisa julgada quando infringe a Norma Constitucional em conformidade com o Princípio da Constitucionalidade.

Palavras-chave: Coisa julgada. Inconstitucionalidade superveniente. Flexibilização da coisa julgada inconstitucional. Princípio da Constitucionalidade.

¹ Aluna do Módulo III da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC). Bacharel em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL; Bacharelada em Ciências Sociais e Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela parceria EPAMSC/UNIVALI; Especializanda em Direito Processual Civil pela parceria LFG/IBDP; Especializanda em Prática Jurídica pela parceria ESMESC/FURB. E-mail: nataliadamasio@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo a regulamentação sobre a flexibilização da coisa julgada inconstitucional fundamentada em normas com inconstitucionalidade superveniente.

Aponta-se o surgimento da nova Ordem Constitucional e as alterações interpretativas da Constituição correntes nas últimas duas décadas, com fundamento na doutrina constitucionalista e na jurisprudência pátria.

Em seguida se passa ao estudo da forma de controle de constitucionalidade quando de normas anteriores à Constituição Federal e os efeitos da declaração de não recepção da norma pela Constituição.

Por fim, demonstra-se a necessidade de flexibilização da coisa julgada nos casos de ser infringida a norma Constitucional em conformidade com o Princípio da Constitucionalidade.

2 DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL E DA INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE

2.1 Do surgimento da nova ordem constitucional

Diversas Leis do Ordenamento Jurídico Pátrio, ainda em vigor, são anteriores a Constituição Federal de 1988, ou seja, foram publicadas sob a vigência de outra norma constitucional.

O Código de Processo Civil, apesar de ter passado por diversas alterações em seu texto original, é datado de 1973.

Com a promulgação da nova Ordem Constituinte, foi necessária uma análise de todo o ordenamento pátrio, para que, somente as normas que não confrontassem o novo Texto Constitucional pudessem permanecer em vigor.

Não obstante, não foi realizada essa análise de forma integral, cabendo aos Tribunais deparar-se com os questionamentos quanto à recepção das normas, tanto pelo controle difuso, quanto pelo controle concentrado, demandando-se ao Supremo Tribunal Federal decisões definitivas sobre a questão.

2.. Da alteração interpretativa da Constituição

Ao longo das duas décadas de existência da Constituição Federal de 1988, houve diversas alterações quanto à interpretação do Texto Constitucional.

Inicialmente, havia grande resistência jurisprudencial para a aplicação de diversas normas trazidas pelo Constituinte, principalmente quanto às garantias fundamentais.

Politicamente, a Carta Magna de 1988 foi promulgada demarcando o término de longa ditadura militar que assolou o país por mais de vinte anos. Assim, o temor de que grandes alterações jurídicas fossem refletir em um contexto político novamente ditatorial, era latente, inclusive nos Tribunais.

Mudanças gradativas foram ocorrendo em nível de doutrina e jurisprudência, conduzindo à interpretação constitucional atual quanto aos princípios e garantias fundamentais.

Destarte, ao perpassar dos anos com a “nova Constituição”, ocorreu a chamada “Mutação Constitucional” (NOVELINO, 2008, p. 83), ou seja, a alteração informal do significado de determinado objeto jurídico.

Assim, os Tribunais passaram a interpretar diversas normas de forma distinta, adequando-se aos Princípios da Nova Constituição.

2.3 Do controle de constitucionalidade

Sobre o controle de constitucionalidade, Kelsen já demonstrava que não se limita a reconhecer a sanção como elemento integrativo do conceito de inconstitucionalidade. Considerando indispensável, igualmente, a existência de sanção qualificada, isto é, do procedimento de anulação do ato inconstitucional por órgão competente.

Logo, para Kelsen, a jurisdição constitucional é uma decorrência lógica da Constituição em sentido estrito (GRIMM, 1982, p. 152).

Assim, para o Ordenamento Jurídico Brasileiro, a análise efetiva quanto ao controle jurisdicional de determinada norma, cabe ao órgão competente, no caso, o Supremo Tribunal Federal.

Encontra-se controle de constitucionalidade tanto nas normas anteriores à Constituição, quanto nas normas legais posteriores à Constituição, caso típico de inconstitucionalidade.

Quando tratados os casos de contradição entre a Constituição superveniente e o direito pré-constitucional, indaga-se se seria caso de inconstitucionalidade ou de mera revogação.

O Supremo Tribunal Federal, na decisão do HC 85961/09, de relatoria do Ministro Marco Aurélio (2009) demonstrou, em plenário, novamente, a divergência doutrinária quando há norma jurídica anterior à Constituição incompatível com o novo Ordenamento Constituinte.

Comparadas as inconstitucionalidade originária e a superveniente pode-se distingui-las considerando que a superveniência de norma constitucional importa na derrogação do direito anterior com ela incompatível. Deixando, assim, de ser matéria de controle de constitucionalidade e passando então a ser considerada com todas as suas implicações, no âmbito de direito intertemporal (BASTOS, 2002, p. 119).

Todavia, há quem considera que a situação de incompatibilidade entre uma norma legal e um preceito constitucional superveniente “traduz uma valoração negativa da ordem jurídica, devendo, por isso, ser caracterizada como inconstitucionalidade, e não simples revogação” (BITAR, 1996, p. 620).

A inconstitucionalidade superveniente se apresenta como contraponto da inconstitucionalidade originária. Sendo que, pode ocorrer de três formas:

1) quando nova norma constitucional surge e dispõe em contrário de uma lei ou de outro ato precedente;

2) quando resulta de mudanças significativas nas relações fáticas abrangidas pela norma;

3) quando há alteração da interpretação evolutiva da Constituição.

2.4 Da inconstitucionalidade superveniente

Ao avaliar a “constitucionalidade” da norma, encontram-se duas teorias: a primeira entende tratar-se de caso de revogação, ou negativa de ser a “inconstitucionalidade superveniente” um tipo de “inconstitucionalidade”; enquanto a segunda, considera a questão mais uma forma de controle de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, já sob o império da nova Constituição, discutiu o tema amplamente na ADIn nº 2, da relatoria do, então, Ministro Paulo Brossard.

A tese esposada pelo eminente Ministro fundamentou-se sob os seguintes argumentos (BROSSARD, 1992, p. 125):

Disse-se que a Constituição é a lei maior, ou a lei suprema, ou a lei fundamental, e assim se diz porque ela é superior à lei elaborada pelo poder constituído. Não fora assim e a lei a ela contrária, obviamente posterior, revogaria a Constituição sem a observância dos preceitos constitucionais que regulam sua alteração.

Decorre daí que a lei só poderá ser inconstitucional se estiver em litígio com a Constituição sob cujo pálio agiu o legislador. A correção do ato legislativo, ou sua incompatibilidade com a lei maior, que o macula, há de ser conferida com a Constituição que delimita os poderes do Poder Legislativo que elabora a lei, e a cujo império o legislador será sujeito. E em relação a nenhuma outra.

O legislador não deve obediência à Constituição antiga, já revogada, pois ela não existe mais. Existiu, deixou de existir. Muito menos a Constituição futura, inexistente, por conseguinte, por não existir ainda. De resto, só por adivinhação poderia obedecê-la, uma vez que futura e, por conseguinte, ainda inexistente.

É por esta singelíssima razão que as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação, dado que, por outro princípio

elementar, a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham.

Todavia, a controvérsia restou clara quando do voto do, então, Min. Sepúlveda Pertence, que entendeu não haver uma hipótese de revogação, mas de controle de constitucionalidade, citando Jorge Miranda: “a inconstitucionalidade não é primitiva ou subsequente, originária ou derivada, inicial ou ulterior. A sua abstrata realidade jurídico-formal não depende do tempo de produção dos preceitos” (p. 274-276).

Corroborando, o min. Gilmar Mendes (2008, p. 5) acrescentou o fato de não ser concebida a revogação entre normas de densidades normativas diversas.

E ainda, Marcelo Novelino (2008, p. 102), dispôs:

uma norma da Constituição só poderá ser revogada por outra norma constitucional, uma lei federal por outra lei federal e assim por diante. Por essa razão, uma medida provisória não revoga uma lei federal, apenas suspende a sua eficácia (nosso grifo). O mesmo ocorre na hipótese prevista no art. 24, § 4.º: “A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que a questão da inconstitucionalidade somente ocorre quando se cuida de lei posterior à Constituição. Porém, com o advento da Lei nº 9.982 de 1999, o tema perdeu relevância prática ao regulamentar a Ação Direta de Preceito Fundamental, admitindo-se o exame direto da legitimidade do direito pré-constitucional em face da norma constitucional superveniente.

Atualmente, a Suprema Corte entende analisar a recepção da norma, quando antecedente à Constituição Federal, em conformidade com o Min. Paulo Brossard.

Todavia, gize-se, não utilizam o termo “revogação”, mas sim, “não recepção”.

Alexandre de Moraes (2005, p. 661) demonstra que a compatibilidade dos atos normativos e das leis anteriores com a nova Constituição deve ser “resolvida pelo fenômeno da recepção, uma vez que a ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento juridicamente idôneo ao exame da constitucionalidade de atos normativos do Poder Público” editados anteriormente à vigência da atual Constituição.

A Corte Suprema vem aplicando a análise da recepção ou não recepção de norma superveniente à Constituição.

2.5 Dos efeitos da declaração de não recepção da norma pela Constituição

É pacífico o entendimento de que quando se tratar de Controle Concentrado de constitucionalidade, mediante a Teoria da Modulação Temporal dos Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade (SILVA, 1998), conforme previsão do artigo 27 da Lei nº 9.882 de 1999, com fundamento na segurança jurídica, ou de excepcional interesse social, pode o Supremo Tribunal Federal, “por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração, ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento a que venha a ser fixado”. Sendo, assim, sempre *erga omnes*.

Todavia, quando através de Controle Difuso de Constitucionalidade, o efeito é *inter partes* e *ex nunc*.

O ponto se torna controvertido quando apontadas questões de normas anteriores à Constituição, conforme decidiu o Ministro Celso de Mello (2006, Recurso Extraordinário em Agravo Regimental nº 395.902):

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ - PLEITO RECURSAL QUE BUSCA A APLICAÇÃO, NO CASO, DA TÉCNICA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - IMPOSSIBILIDADE, PELO FATO DE O

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO HAVER PROFERIDO DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PERTINENTE AO ATO ESTATAL QUESTIONADO - JULGAMENTO DA SUPREMA CORTE QUE SE LIMITOU A FORMULAR, NA ESPÉCIE, MERO JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO - NÃO-RECEPÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE: NOÇÕES CONCEITUAIS QUE NÃO SE CONFUNDEM - RECURSO IMPROVIDO. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: TÉCNICA INAPLICÁVEL QUANDO SE TRATAR DE JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO DE ATOS PRÉ-CONSTITUCIONAIS. - A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia “ex tunc” (RTJ 146/461-462 - RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso. Precedente: RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA (Pleno). Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339), descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade. Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica da modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo, que, editado em 1984, não

foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional.

Quando a matéria tratar de norma não recepcionada pela Constituição, é desnecessária a manifestação do Tribunal quanto ao seu efeito, justo por tratar-se de não recepção pela Carta Magna de 1988, assim, sem qualquer vigência depois dela. Ao Supremo somente cabe declarar a sua não recepção.

Inclusive, alega-se que “a suspensão da execução da lei inconstitucional não se aplica à declaração de não-recepção da lei pré-constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal”. Portanto, não passíveis da suspensão de execução pelo Senado, estando restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

No HC 85961/09, em plenário, o Ministro César Peluso apontou a seguinte conclusão sobre o questionamento levantado: “não é necessário que o Senado exclua o artigo 595, do Código de Processo Penal, da ordem jurídica, porque a nova Constituição já o fez. Basta que o Tribunal declare que está fora da ordem jurídica”.

3 DA FELIXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

3.1 Da coisa julgada

A coisa julgada é originária do Direito Romano (LIEBMAN, 1945, p. 14). Acredita-se que a regra *bis de eadem re ne sit actio* foi objeto de lei anterior às Doze Tábuas (NEVES, 1970, p. 10-11). Com consistência na certeza e segurança no gozo dos bens da vida, os romanos admitiram a autoridade da coisa julgada por uma razão eminentemente prática (CHIOVENDA, p. 183).

Todavia, com a invasão bárbara do império romano do ocidente, “a jurisdição assumiu caráter privado, de cunho patrimonial, transmissível e alienável”. Esta, “não mais se destinava à aplicação da lei, mas sim à resolução de contendas, com base no resultado das provas”. Assim, havia a presunção de verdade

aplicada às decisões judiciais (CHIOVENSA, p. 197), permanecendo esse conceito até meados do século XIX, o qual, inclusive, inspirou o Código Francês e seus derivados.

Savigny, que vislumbrava a autoridade da coisa julgada na ficção de verdade atribuída à decisão judicial, contrapõe-se a Chiovena (p.514), que visualizava a autoridade da coisa julgada na vontade do Estado, expressando-se através da aplicação, pelo juiz, da (vontade da) lei no caso concreto.

Já, Liebman (1945, p. 50-51), baseado em Chiovena (p.11), iniciou distinguindo a autoridade da coisa julgada dos efeitos da sentença, para, em seguida, definir a primeira como uma qualidade que torna o imutável o comando emergente sentença, tanto no seu conteúdo como nos seus efeitos.

3.1.1 Conceito e Natureza Jurídica

A coisa julgada pode ocorrer sob dois ângulos distintos. Primeiramente, impede que novas discussões sejam travadas no mesmo processo em que determinada sentença, ou acórdão, foram proferidos, denominado-se coisa julgada formal.

Por derradeiro, diante da possibilidade da ação rescisória, até o prazo de dois anos, contados do trânsito em julgado, tem-se a coisa julgada material, onde nem mesmo fora do processo tais decisões podem ser rediscutidas.

Ainda, conforme demonstra Enrico Tullio Liebman (1945, p. 40), a coisa julgada não é um efeito da sentença em si, mas uma especial qualidade que a lei agrega a esses efeitos, tornando-os imutáveis

A coisa julgada tem fundamento constitucional através do princípio da segurança jurídica, essencial ao Estado Democrático de Direito. Desenvolvendo-se em torno de dois pressupostos: a estabilidade e a previsibilidade das decisões dos poderes públicos (WAMBIER). Tratando-se de questão de ordem pública (THEODORO JUNIOR, 2008, p. 607).

Doutrinariamente e na jurisprudência, vem se defendendo a revisão de julgados, inclusive materiais, denominando “flexibilização da coisa julgada”.

Por derradeiro, a proteção constitucional à coisa julgada deixa de ser algo absoluto, podendo o sistema jurídico prever situações em que não ocorre coisa julgada, bem como casos em que, embora tenha ocorrido a coisa julgada, possa ser desconstituída.

3.2 Da flexibilização da coisa julgada

A flexibilização da coisa julgada surgiu devido às injustiças ocorridas, das quais, na área cível, a ação rescisória não se mostrou suficiente para resolver o conflito, originando, então, decisões absolutamente destoantes da realidade e acobertadas pela imutabilidade dos efeitos da sentença.

Destarte, há dois ângulos para a análise do tema: o da inconstitucionalidade, e o da prevalência do valor justiça sobre o valor segurança (BONÍCIO).

Na “doutrina brasileira, o mais importante é saber se determinadas injustiças podem, ou não, serem rediscutidas, frente à imutabilidade das decisões judiciais” (BONÍCIO, p. 9). Assim, é cabível nova análise da questão, quando flagrante injustiça, afastando-se a intangibilidade da sentença transitada em julgado.

O precursor do tema, no direito Brasileiro, foi o Ministro José Augusto Delgado (NASCIMENTO, 2002, p. 92), após dissertar sobre as diversas teorias sobre a *res iudicata*. Alega que:

devem ser confrontadas, na época contemporânea, se a coisa julgada ultrapassar os limites da moralidade, o círculo da legalidade, transformar fatos não verdadeiros em reais e violar princípios constitucionais, com as características do pleno Estado de Direito que convive impelido pelas linhas do regime democrático e que há de aprimorar as garantias e os anseios da cidadania.

Do mesmo entendimento, Araken de Assis (2002, p. 9) alega que a segurança jurídica é valor constitucional que entrou em flagrante declínio e que o fenômeno atingiu diretamente a coisa julgada.

Na jurisprudência, destacou-se o voto proferido no REsp nº 240.712 (2000), no qual o relator, Ministro José Augusto

Delgado, declarou sua “posição doutrinária no sentido de não reconhecer caráter absoluto à coisa julgada” e disse filiar-se “a determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações assumidas pelo Estado”.

No caso concreto, a Fazenda do Estado de São Paulo foi vencida em processo por desapropriação indireta. Posteriormente, fez acordo com os adversários para parcelamento do débito. Após o pagamento de algumas parcelas, voltou a juízo com uma demanda que denominou ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição de indébito. Alegava que houvera erro no julgamento da ação expropriatória, causado ou facilitado pela perícia, uma vez que a área supostamente apossada pelo Estado já pertencia a ele próprio e não aos autores.

Apesar do trânsito em julgado e do acordo depois celebrado entre as partes, o Min. José Delgado votou no sentido de restabelecer, em sede de recurso especial, a tutela antecipada que o primeiro grau concedera à Fazenda e o Tribunal, invocando a *auctoritas rei judicatae*, viera a negar. A tese do ministro prevaleceu por três votos contra dois e a tutela antecipada foi concedida.

Como demonstrado, gradativamente, tem aumentado, em âmbito doutrinário, o entendimento de que não faz coisa julgada a sentença contrária à Constituição Federal.

Contudo, Arruda Alvim e Medina (2008), entendem que “nem sempre a sentença proferida contrariamente à Constituição Federal deverá ser tida por juridicamente inexistente”, somente ocorrendo quando houver questão vedada pela norma constitucional, estando assim, diante de pedido juridicamente impossível.

Todavia, salientam que, uma vez comprovada a não incidência dos princípios ou a sua não aplicação, quando que deveriam ter sido aplicados para a decisão, não há como deixar de equiparar à da ofensa a lei, para efeito de se considerar uma *quaestio juris* corrigível pela via da ação rescisória.

3.3 Do princípio da constitucionalidade

Partindo-se da supremacia da Constituição e de seu primado hierárquico-normativo em relação a todos os atos do Poder Público, exige-se que todo e qualquer ato estatal esteja em conformidade com os princípios e regras previstos na Lei Fundamental, de onde extraem seu fundamento de validade.

Destarte, o Poder Judiciário passa a ser somente mais um dos Poderes da União. Seus atos, tal como aqueles emanados dos poderes Executivo e Legislativo, devem ter validade condicionada a uma relação de compatibilidade com a Constituição da República.

Todavia, Humberto Teodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria (2002, p. 133) frisam:

sempre que se fala em decisão judicial, à mingua da literatura a respeito, tem-se a falsa impressão de que o seu controle de constitucionalidade, no direito brasileiro, é possível apenas enquanto não operada a coisa julgada, através do último recurso cabível que é o extraordinário previsto no art. 102, III, da CF.

Assim, conclui Beserra (2008, p. 7) que “segundo a moderna teoria em foco, os julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário – mesmo tendo alcançado o status de coisa julgada material – não perdem sua natureza de ato emanado do Estado”. Portanto, devem estar de acordo com Constituição, sob pena de invalidade, do contrário implicaria reconhecer a superioridade do caso julgado em relação à própria norma fundamental.

Desse modo, pode-se entender que, uma vez não recepcionado determinado artigo pela Carta Magna, por ofender princípios fundamentais, as decisões emanadas com fundamento neste dispositivo, posteriores à publicação da Constituição, poderiam ser objeto de ação rescisória ou ação declarativa de nulidade de ato jurídico, uma vez estando fundamentadas em preceito contrário à Constituição Federal.

3.4 Da ação rescisória

A ação rescisória é mecanismo de exceção no sistema jurídico, como demonstra Nery Junior (2007, p. 780), tendo como objetivo apagar do mundo jurídico a decisão acobertada pela autoridade da coisa julgada.

Conforme determina o artigo 485, V, do Código de Processo Civil, a sentença de mérito transitada em julgado pode ser rescindida quando violar literal dispositivo de lei.

Assim, há correntes que entendem ser inadmissível que decisão do Supremo Tribunal Federal, posterior à ocorrência do trânsito em julgado da sentença ou acórdão, sirva de fundamento para o ajuizamento de ação rescisória por violação à Constituição ou à lei, quando do reconhecimento da inconstitucionalidade superveniente de norma jurídica utilizada pra fundamentar a decisão.

Alegam tratar-se de ato jurídico perfeito, uma vez que, no momento em que transitou em julgado a decisão fundamentada na norma declarada institucional, esta estava protegida pelas três garantias constitucionais fundamentais do art. 5º, XXXVI, quais sejam: o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e a irretroatividade (da lei ou decisão judicial).

Nery Junior (2007, p. 781), complementa:

se o acórdão do STF que reconhece s inconstitucionalidade da norma tiver transitado em julgado depois do trânsito em julgado da decisão proferida com base na norma tida como inconstitucional pelo STF, a decisão “inconstitucional” fica imune a esse vício porque, quando proferida, a norma declarada inconstitucional pelo STF estava hígida dentro da ordem jurídica.

Portanto, de forma radical, entendem que, mesmo demonstrada a inconstitucionalidade superveniente da norma fundamentadora da decisão, quando transitada em julgado, não cabe sequer ação rescisória por violação à Constituição ou à lei.

Apesar da Súmula nº 343, do Supremo Tribunal Federal, determinar que não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda tiver se baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, e ainda, da Súmula nº 134, do Tribunal Regional Federal, determinar que, mesmo com a fixação posterior de interpretação favorável ao pedido do demandante, não caberá ação rescisória, a Corte Suprema tem firme o entendimento de que essas restrições não são aplicáveis em matéria de interpretação constitucional (MARINONI, 2008, p. 493-494).

Assim, é aceito a ação rescisória para questionar a coisa julgada de sentença de mérito, quando fundada em norma de interpretação constitucional controvertida, porém respeitado o prazo prescricional de dois anos do trânsito em julgado da sentença, conforme o artigo 195, do Código de Processo Civil.

3.5 Da ação declaratória de nulidade de ato jurídico

Diante da existência de prazo prescricional para a ação rescisória, a doutrina e os Tribunais tem admitido a utilização da ação declaratória de nulidade de ato jurídico para questionar sentença de mérito transitada em julgado fundamentada em norma inconstitucional superveniente.

Caso contrário, seria perpetuar na esfera judicial a permanência de decisão com amparo de transitada em julgado, com natureza contrária aos preceitos constitucionais vigentes.

4 CONCLUSÃO

No presente artigo procura-se demonstrar a necessidade da flexibilização da coisa julgada quando da decisão fundamentada em norma inconstitucional superveniente.

A garantia da segurança jurídica é fundamental para o Direito. Todavia, deve-se basilar quais princípios prevalecem. Diante do conflito de uma decisão que vai de encontro com

os princípios e garantias fundamentais, e o princípio da segurança jurídica, surgem os questionamentos: estaria o Direito respeitando e mantendo a segurança jurídica quando viabiliza a imutabilidade de decisões inconstitucionais? Ou ainda: manter decisões contrárias à Carta Magna não seria uma espécie de viabilizar uma maior injustiça com efeito de coisa julgada?

Com o fim de apresentar a regularização sobre a flexibilização da coisa julgada inconstitucional fundamentada em norma inconstitucional superveniente demonstra-se a nova Ordem Constitucional e suas formas de controle de constitucionalidade de norma anterior à Constituição Federal e a necessidade de flexibilização da coisa julgada inconstitucional.

Ao desenvolver a nova Ordem Constitucional e do controle de constitucionalidade de normas anteriores a Carta Magna, este artigo demonstra o surgimento da Carta Magna de 1988, suas alterações interpretativas, a forma de controle de constitucionalidade, a inconstitucionalidade superveniente e os efeitos da declaração de não recepção da norma pela Constituição Federal.

Da flexibilização da coisa julgada, se fizeram visíveis controvérsias e divergências quanto às aplicações da norma em questão.

Diante da não recepção de uma norma pela Carta Magna, por ofender princípios fundamentais, também as decisões emanadas com fundamento neste artigo, posteriores à Constituição, são passíveis de ação rescisória ou ação declaratória de nulidade de ato jurídico, esta, a qualquer tempo, uma vez estando fundamentadas em preceito contrário à Constituição Federal, formando, assim, a coisa julgada inconstitucional.

A análise perpassa questionamentos quanto à validade de decisão fundamentada em norma não recepcionada, questionando se a decisão também não seria ofensiva aos preceitos fundamentais

Quando há decisão que expurga do ordenamento pátrio norma não recepcionada pela Magna Carta, não somente ocorre uma simples decisão de inconstitucionalidade, mas o entendimento de que a norma não foi recepcionada pela Constituição, desde 1988. Assim, os reflexos da inconstitucionalidade superveniente podem ser interpretados de maneira diversa, podendo, inclusive, entender-se pela inconstitucionalidade das decisões já transitadas em julgado com fundamento na norma em questão.

Abstract: This article points out the phenomenon of the unconstitutional *res judicata* flexibility under the new Constitutional Order and the unconstitutional incidental. It presents the appearance of the New Constitution Order and the changes of the interpretation of the Constitution. It is shown how to handle Constitutional rules that preceded the Magna Carta and the effects of the declaration of non-receipt of standard by the Constitution. Realizes the importance of flexibility of *res judicata* when the standard infringes in accordance with the Constitutional Principle of Constitutionality.

Keywords: *Res judicata*. Unconstitutional incidental. Unconstitutional *res judicata* flexibility. Principle of Constitutionality.

REFERÊNCIAS

ASSIS. Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 301, nov. 2002.

BESERRA, Fabiano Holz. *Apontamentos sobre a coisa julgada: de Liebman à relativização do instituto*. Material da 3ª aula da disciplina Prova, Sentença e Coisa Julgada, ministrada no curso de pós-graduação lato sensu televirtual em Direito Processual Civil – IBDP e Anhanguera-UNIDERP|REDE LFG.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Sentença civil: classificação, estrutura, capítulos, efeitos e coisa julgada*. Material da 3ª aula da disciplina Prova, Sentença e Coisa Julgada, ministrada no curso de pós-graduação lato sensu televirtual em Direito Processual Civil – IBDP e Anhanguera-UNIDERP|REDE LFG.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* nº 240.712 - SP, de São Paulo. Relator: Min. José Delgado. Julgado em: 15.02.2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 19 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC* n. 85961-5 - SP, de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 05.03.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE*-AgR nº 395.902 - RJ, de Rio de Janeiro. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 07.03.2006. Publicado em: 25.08.06, DJ. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 out. 2009.

BROSSARD, Paulo. A Constituição e as leis anteriores. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, n. 180, p. 125, 1992.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. Tradução de: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada inconstitucional e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

GRIMM, Dieter. Zum Verhältnis von Interpretationslehre Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratieprinzip bei Kelsen. In: *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Rechtstheorie Beiheft* 4. 1982, p. 152. apud MENDES, Gilmar Ferreira. Constitucionalidade e inconstitucionalidade, defesa da constituição, tipos de inconstitucionalidade. Material da 2ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL - IDP - REDE LFG.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvido Aires. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os diferentes tipos de inconstitucionalidade*. Material da 2ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit. p. 274-276; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 119 e ss. Cf. ADI 2/DF, Relator Paulo Brossard, DJ 21.11.1997; ADI 718/MA, Relator Sepúlveda Pertence, DJ 18.12.1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit. p. 275. Cf., também, BITAR, Orlando. A lei e a Constituição. In: BITAR, Orlando. *Obras completas de Orlando Bitar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. v. 1.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*. Dissertação de Concurso à Cátedra de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1970.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. In: *Coisa Julgada Inconstitucional* / Coordenador Carlos Valder do Nascimento. – Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002 – 2ª edição.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Mecanismos de impugnação da Coisa Julgada no Processo Civil Brasileiro*. Material da 1ª aula da disciplina Recursos e Meios de Impugnação, ministrada no curso de pós-graduação lato sensu televirtual em Direito Processual Civil – UNIDERP/IBDP/REDE LFG.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Agradecimentos

Ao Desembargador Msc. Luiz César Medeiros, que me passou tranqüilidade e segurança para poder questionar, pesquisar, aprender e fundamentar, sendo sempre receptivo e presente, durante a elaboração de pesquisa monográfico anteriormente citado e que propiciou o desenvolvimento deste artigo.

Ao Procurador Msc. Tarso Brandão, professor-colaborador do trabalho monográfico, que além de ter sido meu professor em Princípios Constitucionais do Direito Processual Penal, demonstrando criticidade dosada com razoabilidade, também foi parcialmente participante na inspiração do presente trabalho, instigando questionamentos sobre a aplicação fática dos preceitos constitucionais.

Aos meus familiares sempre presentes apoiando e incentivando minha formação e desenvolvimento.