



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

235926

Nº 3999-PGR-AF

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.740-4

REQUERENTE : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

REQUERIDOS : PRESIDENTE DA REPÚBLICA E OUTRO

RELATOR : Min. Cezar Peluzo

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFO 1º DO ART. 475 - L E PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NAS REDAÇÕES CONFERIDAS PELA LEI FEDERAL N.º 11.232/2005. NORMAS QUE TORNAM 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. INDEVIDA UNIFORMIZAÇÃO NO TRATAMENTO DO TEMA. DESCONSIDERAÇÃO DAS PECULIARIDADES DE CADA CASO E DA IMPORTÂNCIA DO INSTITUTO DA COISA JULGADA PARA O EQUILÍBRIO DAS RELAÇÕES SOCIAIS. POSSIBILIDADE DE PERPETUAÇÃO DE DEMANDAS. PARECER PELA PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO, DANDO-SE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO AO ATO IMPUGNADO, RESTRINGINDO SUA INCIDÊNCIA APENAS NAS DECLARAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE PROLATADAS EM FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE.*

*1. Não se pode, de maneira irrestrita e permanente, atrelar a eficácia do caso julgado que resguarda o título executivo judicial à eventual verificação de inconstitucionalidade da normativa que serviu de fundamento jurídico à sua constituição.*

*2. A coisa julgada é instrumento constitucional-processual que protege a segurança individual e sistêmica. Por essa razão, não pode ser desconsiderada ou relativizada sem que estejam*

4



*presentes razões substantivas fundadas em normas constitucionais e apuradas exhaustivamente em juízos de concordância prática, tanto nos discursos legislativos, quanto nas tarefas discursivas de aplicação judicial.*

*3. A Lei n. 11232/2005, ao dar nova redação ao parágrafo 1o, do art. 741, CPC, não promoveu adequada e proporcionalmente a combinação dos vetores normativos aplicáveis à espécie, excedendo-se no zelo de uma suposta coerência no subsistema das decisões judiciais, no esmero da justiça individual e concreta, em detrimento da segurança jurídica individual e sistêmica.*

*4. O foco do legislador foi lançado exclusivamente sobre a justiça individual do caso concreto, não se dando conta de que ela é somente parte – ainda que importante – da justiça institucionalizada, esta, sim, dependente de elementos sistêmicos e estruturais como a segurança objetivamente considerada.*

*5. Necessidade de correção parcial do equívoco do legislador, promovendo-se o equilíbrio entre a segurança jurídica, coerência das decisões judiciais, justiça concreta e presunção de constitucionalidade das leis.*

*Parecer pela procedência parcial da ação direta de inconstitucionalidade, dando-se ao ato impugnado interpretação conforme a Constituição no sentido de serem autorizados os instrumentos processuais de contrariedade ao caso julgado apenas nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade emanada em controle abstrato de constitucionalidade.*

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em face do § 1º do art. 475 - L e do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, nas redações conferidas pela Lei Federal n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005.

2. Eis o teor das normas impugnadas:

“Art. 475 - L - A impugnação somente poderá versar sobre:

(...)

II - inexigibilidade do título;

(...)

§ 1º - Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

(...)

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

(...)

II - inexigibilidade do título;

(...)

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.”

3. Impugna-se, outrossim, o parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, na redação conferida pela Medida Provisória 2.180-35, “*por força do decidido na Adin 2574*” (fls. 4), com vistas a obstar possível efeito repristinatório decorrente da eventual declaração de inconstitucionalidade pleiteada.

4. Alega o requerente, em apertada síntese, que os dispositivos hostilizados “*atentaram contra a intangibilidade da coisa julgada*” (fls. 8).

5. Prestadas as devidas informações e ouvida a douta Advocacia Geral da União, que se manifestou pela improcedência do pedido, vieram os autos à Procuradoria Geral da República.

4



6. Conforme noticiado nos autos, dispositivo de mesmo teor (o alterado parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, na redação conferida pela Medida Provisória 2.180-35), já havia sido impugnado em anterior ação direta de inconstitucionalidade (ADI 2418).

7. Ao manifestar-se no mencionado processo, o então Procurador-Geral da República, vislumbrando conflito entre os princípios da supremacia da Constituição e da soberania das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas, de um lado, e os princípios da coisa julgada e da segurança jurídica, de outro, afirmou que *“uma colisão de princípios, como a que ocorre diante do problema da coisa julgada inconstitucional, será solucionada tendo em conta as circunstâncias específicas do caso concreto”* (item 41) e que *“não caberá a uma norma, de forma prévia, geral e abstrata, regular os casos em que um princípio constitucional deverá prevalecer sobre outro”* (item 45).

8. Mais uma vez trazida a questão à análise da Suprema Corte, não se vislumbram razões aptas a modificar o posicionamento outrora adotado pelo então Procurador-Geral da República. Sua ratificação, por refletir a solução mais consentânea para o tema em apreço, se impõe.

9. Em linhas gerais, a defesa do texto impugnado, exercida pelo Advogado-Geral da União, sustenta *“não se pode[r] admitir que a coisa julgada, sob o fundamento autônomo de garantir a segurança jurídica das relações processuais, deva imunizar os efeitos de todas as decisões transitadas em julgado, mesmo que elas sejam inconstitucionais”* e que *“o que o legislador tentou (...) foi dar uma devida uniformidade ao tratamento do tema, com respeito ao devido processo legal”* (fls. 256). Alegou ainda que *“no atual contexto do processo civil moderno, (...) em que ganha relevância extrema a preocupação com a justiça das decisões e com a compatibilidade de todos os atos do poder público, sobretudo os judiciais, com a ordem constitucional vigente, não se pode admitir tal situação”* (fls. 261). Noutro modo de dizer, as inspirações das normas estariam no propósito de aperfeiçoar o sistema processual, conferindo-lhe maior uniformidade ao proporcionar o afastamento de imperfeições do modelo, vinda pela expulsão de pronunciamentos judiciais em dissonância com decisão final, de competência do Supremo Tribunal Federal, em seu papel de Corte Constitucional.

10. Ocorre que não é só no atual contexto que preocupações com a justiça das decisões possuem extrema relevância, lançando fundadas dúvidas quanto aos prognósticos legislativos. A uniformidade no tratamento do tema, invocada como avanço pela AGU, antes de se traduzir

f

ADI Nº 3.740

em benefício, parece incitar momentos de verdadeira instabilidade jurídica. Ao lançar dúvidas sobre títulos executivos constituídos, o regime proposto põe em xeque a prestação jurisdicional prestada, que, em última análise, serve de base e de legitimidade da atuação estatal. Não é sem propósito que Nelson Nery Junior destaca *“Para as atividades do Poder Judiciário, a manifestação do princípio do estado democrático de direito ocorre por intermédio do instituto da coisa julgada”*<sup>1</sup>.

11. A questão que ora alcança a pauta de reflexão desse Supremo Tribunal deve ser lida com bastante cuidado, para se evitar que o problema seja encarado como tem sido colocado, ou seja, “emocionalmente, movido pelo nobre sentimento da busca incessante da justiça, mas na verdade muitas vezes influenciado por um prévia e subjetiva valoração do justo e do injusto, que vai em busca dos argumentos para fundamentar conclusões previamente estabelecidas.”<sup>2</sup>

12. A mitigação do procedimento anterior, encerrado e guarnecido de todos os parâmetros típicos da atividade jurisdicional, enfraquece, *prima facie*, essa vital função do Estado, autoproclamado democrático e de Direito. É de se dizer, outra vez com Nery Jr, que:

*“A segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do estado democrático de direito (...) Entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (justo possível), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material.”*<sup>3</sup>

13. É sob essa perspectiva prático-política e pragmática de justiça que se há de buscar o papel constitucional de integração e

1 NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição da República**. 8.ed. São Paulo; RT, 2004, p. 38.

2 GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In **Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 251.

3 Idem, p. 39.



ADI Nº 3.740

aperfeiçoamento da vida em sociedade. A formulação da coisa julgada tem propósitos e fins bem demarcados de instrumento da pacificação social pela atuação ponderada das instituições constituídas. Como destacado por Arturo Hoyos, citado por Alexandre Santos de Aragão:

*“...na tarefa de interpretação constitucional o juiz constitucional deve atuar com prudência, não perdendo de vista as conseqüências das suas interpretações. Uma das premissa sobre as quais repousa este Princípio indica que a Constituição não é como enfatizado pela Suprema Corte dos EUA (Kennedy vs. Mendoza-Martinez, 1963), um ‘pacto suicida’, mas, ao contrário, um pacto que torna possível a convivência social e, por isso, a interpretação constitucional, para manter a vigência e utilidade social, deve permitir a sobrevivência e a prosperidade da sociedade.”<sup>4</sup>*

14. O reparo que se possa fazer à observação do mencionado autor está apenas na ênfase demasiada ao caráter utilitarista do sistema jurídico que pode levar, no limite, à sua instrumentalização totalitária. Mas está ela prenhe de inteligência ao destacar, por outro lado, a função pacificadora atribuída pela modernidade ao direito e ao seu Estado (*État du droit, Stato di diritto, Rechtsstaat, rule of law*), que tem na supremacia da Constituição um *a priori* normativo.

15. Não parece exagerado afirmar-se que esse achado da engenharia político-jurídica, essa “aquisição evolutiva” do sistema social, possibilitou a fusão institucionalizada dos discursos de legitimidade com os de legalidade, laicizando e abreviando os critérios de justiça e a sua aplicação aos casos concretos.<sup>5</sup> Todo o direito, desde então, passou a se

4 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O controle da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à Luz da Teoria dos Poderes Neutrais. In SARMENTO, Daniel. **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, p. 31.

5 LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In ZAGREBELSKY, G.; Portinaro, P.; LUTHER, G. (orgs). **Il futuro della costituzione**. Torino: Einaudi, p. 83 et seq

conter no direito positivo, sem as gotas ameaçadoras de um direito natural sobreposto às cabeças (mortais e falíveis) dos homens, reduzindo o grau de complexidade social e do próprio direito. Nem mesmo a sua abertura principiológica mais recente conseguiu infirmar o poder de integração social que passou a exercer, por meio dessa síntese construída. Ao contrário, atualizou-a em vista das transformações havidas na sobremodernidade.

16. É preciso, no entanto, apreender bem (compreender) o *status* e sentido desse princípio jurídico nodal. E não se pode captá-lo intelectual e totalmente *de dentro* do sistema jurídico, como fazem alguns, se não *a partir* dele, uma vez que é uma de suas condições lógicas de possibilidade, disse-se, seu *a priori* normativo. Não significa atestar com isso que seja ele um insondável dogma ou narrativa mítica (de um pacto seminal), nem, tampouco, um volume semântico preciso que se tome a metro cúbico ou litro.

17. É, repita-se, condição formal de possibilidade, um ente contrafactual e abstrato, que faz girar a validade da Constituição sobre ela mesma, mas que, para isso (notadamente para a continuidade de ser um *a priori* à aplicação do texto constitucional aos futuros casos e conflitos), necessita de um conteúdo que é dado pelos jogos de linguagem que aplicam os seus signos normativos (da Constituição) aos fatos da vida.

18. Esses jogos, como todos os jogos de linguagem, têm uma gramática própria (reconhecida pela comunidade de atores sociais, jurídicos especialmente) que possibilita separar a aplicação correta das imprecisas ou temerárias, sendo aquela e não estas a que promove e concretiza o primado da Constituição, renovando sua força normativa. Em outros termos, o texto e sentido da Constituição são, ao cabo, o próprio sentido e texto da supremacia constitucional.

19. É, por outro lado, o mencionado princípio, como *a priori* lógico reafirmado nas aplicações soberanas da Constituição em sua totalidade como ordem sistêmica (de sentido), que capacita a própria Constituição a ser um complexo de *norma normarum*, *Lex fundamentalis* ou “fórmula de clausura” do sistema jurídico positivo.

20. Esse papel de norma-de-origem ou fonte das fontes do direito parece menos problemático à compreensão quando se tem de aplicar o texto (de sentido) dos enunciados constitucionais às proposições normativas de nível inferior, mas engana mesmo ao olhar atento quando é exercido na aplicação da Constituição a ela mesma.

21. É que, por um curto-circuito hermenêutico, não são considerados todos os passos da operação cognitiva destinada a dar à Constituição aquele caráter de totalidade formal (casuisticamente material) nas tramas de suas aplicações sucessivas.

22. O olho nu ou miúdo percebe muitas vezes, ofuscado por essa dualidade de *status* e significado, a relativização da supremacia constitucional quando se realiza um juízo de adequabilidade entre normas constitucionais em conflito, como sucede com a conclusão de primazia da segurança jurídica sobre o efeito temporal e processual da sentença de inconstitucionalidade.<sup>6</sup> Atropela-se aquele *status* e significado com a mera contingência e qualidade da eficácia da decisão judicial, como se a segurança jurídica não fosse ela mesma uma garantia constitucional (subjéctiva) e da Constituição (objectiva) capaz de, em certas situações, impor-se à eficácia do julgado de constitucionalidade.

23. Posta a questão nesses termos, resta por saber se o legislador agiu constitucionalmente (respeitou a supremacia da Constituição) ao flexibilizar o caso julgado.

24. Diga-se, de princípio, que o título executivo judicial, antes de buscar lastro no direito positivo que serviu de base à demanda da fase de conhecimento, tem seus alicerces firmados na atuação estatal de “dizer o direito”. Volta-se a Nelson Nery Junior para reafirmar-se que a coisa julgada (ou, noutra modo de dizer, a segurança jurídica que nela vem representada) é, em si, a razão de se preservar o título executivo, que não tem base imediata no direito posto ainda que controvertido em face de dispositivo constitucional ou mesmo reconhecido concretamente como inconstitucional. Destaca-se a seguinte passagem:

*“Um efeito especial da coisa julgada é o substitutivo, decorrente da função substitutiva da jurisdição: a sentença de mérito transitada em julgado substitui todas as atividades das partes e do juiz praticadas no processo, de sorte que as nulidades e anulabilidades porventura ocorridas*

<sup>6</sup> Vejam-se, por exemplo, as ponderações de CAPPELLETTI, Mauro. Pronunce di rigetto nel Processo Costituzionale delle Libertà e Cosa Giucata. **Rivista di Diritto Processuale**, v.11,n. 2, 1956, p.135-166; Idem. "Who Watches the Watchmen?" A Comparative Study on Judicial Responsibility. **The American Journal of Comparative Law**, v. 31, n. 1, 1983, p. 1-62; OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex. 1993. Na Itália, o tema ganhou especial relevo com os embates entre Corte Constitucional e Corte de Cassação: VIGORITI, Vincenzo; MERRYMAN, John H. When Courts Collide: Constitution and Cassation in Italy. **The American Journal of Comparative Law**, v. 15, n. 4, 1966 - 1967, p. 665-686





*durante o procedimento terão sido substituídas pela sentença, que as abarca.”<sup>7</sup>*

25. A atuação estatal executiva, com potencial alienação do patrimônio do executado, legitima-se na aceitabilidade (da previsão em abstrato) e na aceitação (concretamente), pelos atores sociais, de que, antes do início dos atos materiais de constrição, decisão judicial, constitutiva do título, foi tomada em regular e pré-determinado rito procedimental.

26. A execução é a atuação estatal de força, imposta às partes com aceitação da sociedade, em modelo que se impõe pela legitimidade de uma prévia decisão, produzida, de maneira racional, sob princípios, garantias e limites reconhecidos, em especial a ampla defesa e o contraditório. É o modelo adotado que possibilita à sociedade manter sua irrestrita crença nessa atuação estatal. Violação de direito, ainda que em tese, não pode ser ignorada, merecendo pronunciamento estatal.

27. Encerrado o procedimento, com pronúncia de decisão, pública e cogente, o Estado entregou a jurisdição. Vale dizer, promoveu a solução do caso concreto trazido ao conhecimento do magistrado no curso de um processo dialético, garantista e aberto a todos os envolvidos para dedução de seus argumentos e razões. A *res judicata* que a torna imutável tem a função de pacificar o ambiente social perturbado pelo conflito de interesses. É nesse quadrante que se devem ler as palavras de Luhmann a dizer que “la res judicata es intocable, a no ser que se apliquen reglas excepcionales prevista por el derecho”.<sup>8</sup> E, ainda, que respeitem os próprios limites funcionais de seu sistema.

28. O título executivo judicial, dada a importância do instituto da coisa julgada para o equilíbrio das relações sociais, está embebido dessas razões, não podendo ser puramente reduzido, de maneira simplista, ao suporte jurídico de fundo. Atrelar sua eficácia à verificação, eventual, de inconstitucionalidade, de maneira irrestrita e permanente, não presta serviço algum ao modelo jurídico-constitucional que adotam as sociedades contemporâneas. Pelo contrário, esse seria um retrato redutor do instituto, que deixaria de lado a sua maior e mais destacada feição, ligada à prestação jurisdicional, sua segurança e sua eficácia em dar resposta aos reclamos sociais.

29. Conforme ensina Cândido Rangel Dinamarco:

<sup>7</sup> NERY JR, Nelson. Ob cit, p. 42.

<sup>8</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Narrafate. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 379



*“a coisa julgada não é instituto confinado ao direito processual. Ela tem acima de tudo o significado político-institucional de assegurar a firmeza das situações jurídicas, tanto que erigida em garantia constitucional. Uma vez consumada, reputa-se consolidada no presente e para o futuro a situação jurídico-material das partes, relativa ao objeto do julgamento e às razões que uma delas tivesse para sustentar ou pretender alguma outra situação.*

*(...)*

*Pelo que significa na vida das pessoas em suas relações com os bens da vida ou com outras pessoas, a coisa julgada material tem por substrato ético-político o valor da segurança jurídica, que universalmente se proclama como indispensável à paz entre os homens ou grupos. Esse valor de primeira grandeza, alçado à dignidade constitucional mediante a garantia do respeito à coisa julgada, só não pode prevalecer quando a estabilidade do julgado significar imutabilidade de situações de contrariedade a outros valores humanos, éticos ou políticos de igual ou maior porte.”<sup>9</sup>*

30. Diante do raciocínio acima transcrito, pode-se constatar que a determinação, de forma taxativa, de que toda e qualquer sentença transitada em julgado, fundada em ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, possa ser desconstituída, significa afirmar, de antemão, que toda declaração de inconstitucionalidade

<sup>9</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* 3.ed., vol. III, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 302-303.



proferida pela Corte Suprema trará em seu bojo um “*valor humano, ético e político de igual ou maior porte*” do que qualquer outro que possa ter sido considerado, em relações processuais singulares, em que tenha havido pronunciamento diverso.

31. Fosse esse o caso, não estariam os Ministros dessa Corte, constantemente, atribulados e receosos quanto à questão da aplicação de efeitos prospectivos às declarações de inconstitucionalidade proferidas, em sede de controle concentrado, ante a penosa tarefa de se identificarem, para tanto, as “*razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social*” a que se refere o art. 27 da Lei 9.868/99.

32. Pelas mesmas considerações anteriormente expostas, não há mácula ao quanto disposto no referido artigo 27. A mais, diga-se que a inconstitucionalidade não possui por consectário natural a nulidade, se houver necessidade de garantir-se a prevalência, adequadamente ajustada, de norma constitucional, notadamente as de direito fundamental. Como bem nota José Adércio L. Sampaio:

*“A Lei n. 9868/1999 deu poderes à maioria de dois terços dos membros do Supremo para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, sob fundamento de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (art. 27). As dúvidas sobre a legitimidade constitucional dessa norma, tanto de natureza formal (invasão de reserva de Constituição ou de regimento), quanto material (desprestígio do princípio da supremacia constitucional) são impressionantes. Mas há quem pense de maneira diferente. As fronteiras de uma reserva de Constituição ou de regimento seriam, no Brasil, demasiadamente imprecisas e não haveria razão suficiente para as ressalvas da ilegitimidade material. Para Zagrebelsky, por exemplo, a continuidade ordenada no tempo seria*

296  
142-00

*um aspecto diacrônico da exigência de coerência do sistema jurídico e da racionalidade da lei, demandando formas de equilíbrio e de coordenação entre a atividade de expulsão das normas inconstitucionais tout court e a necessidade de preservação do próprio direito contra os riscos de descontinuidade normativa e de insegurança jurídica. Weber, por seu turno, fala de conciliação entre interesses ou valores constitucionais concorrentes com a declaração de inconstitucionalidade ablativa, recusando, por isso mesmo, a tese de 'flexibilização da supremacia constitucional'. É essa a razão que justifica a configuração de variados efeitos à sua declaração pela Suprema Corte.”<sup>10</sup>*

33. Impende salientar tamanha a complexidade da problemática atinente à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que o Supremo Tribunal Federal tem, inclusive, admitido a aplicação dos efeitos limitados, a que se refere o art. 27, às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, como se pode inferir de decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, e referendada pelo Plenário do STF, nos autos da Ação Cautelar n.º 189-7:

*“Essas colocações têm a virtude de demonstrar que a declaração de inconstitucionalidade in concreto também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não-aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de*

10 SAMPAIO, José Adércio L. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 241 (notas suprimidas).

*constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, esta decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.*

*(...)*

*Não se nega, pois, o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que **tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).***

*Assim, 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 ponderação.”*  
(DJ de 15.4.2004)

34. Elucidativas neste ponto são, também, as afirmações do Ministro Sepúlveda Pertence, constantes de voto proferido no RE 135.328:

*“O caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramo-nos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia ex tunc; ou ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e a da perda de vigência desde a data da Constituição.*

*Essas alternativas radicais — além dos notórios inconvenientes que gera — faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição — ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada —, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.”*  
(RE 135.328, Ministro Marco Aurélio, DJ de 20.4.2001.)

35. Como enfatiza José Adércio Leite Sampaio, o sistema constitucional é resultado de tensões entre valores de permanência e valores de mudança, de forma que:

*“A permanência tanto se resolve na confiança, na previsibilidade e segurança (efeitos integradores), quanto estabiliza distúrbios sistêmicos, como a desigualdade social crônica, impedindo transformações emancipadoras (efeitos desintegradores ou entrópicos). A mudança atualiza os consesos, mantendo uma identidade democrática entre decisões estatais e “vontade popular” (efeito integrador),*



quando gera clima de incertezas, de demagogias e retraimento social (efeitos desintegradores ou entrópicos)”<sup>11</sup>.

36. Assim, “dada a tensão entre permanência e mudança, tradição e futuro, os critérios de solução dessas questões não se podem resumir a uma única fórmula, pois reúnem situações bem diversas”<sup>12</sup>. Buscar a possibilidade genérica de cindir a coisa julgada subverte a própria lógica de segurança constitucional e de segurança institucional.

37. No raciocínio ora desenvolvido, não se está a defender a imunização indiscriminada de decisões transitadas em julgado, fundadas em normas inconstitucionais, mas, tão-somente, a tese de que, da mesma forma, a desconstituição generalizada de julgados de tal espécie distancia-se, e muito, de se tornar uma universal panacéia. Pelo contrário, a adoção irrestrita dessa idéia defronta-se com inúmeras deficiências, maiores, inclusive, que o aperfeiçoamento a que se propõe.

38. Não se põem em dúvida, portanto, as ponderações feitas, mais uma vez, de Cândido Rangel Dinamarco no sentido de que:

*“A linha proposta não vai ao ponto insensato de minar imprudentemente a auctoritas rei judicatae ou transgredir sistematicamente o que a seu respeito assegura a Constituição Federal e dispõe a lei. Propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição – com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes. Não me move o intuito de propor uma insensata inversão, para que a garantia da coisa julgada passasse a operar em casos*

11 SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito Adquirido e Expectativa de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 251

12 SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito Adquirido e Expectativa de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 252



raros e a sua infringência se tornasse regra geral.<sup>13</sup>

39. De outro lado, ainda que se pudesse admitir a legitimidade do texto impugnado, o que, como já dito, não se revela razoável, é preciso chamar atenção, para a necessária delimitação de seu possível alcance.

40. Visando a prestigiar a segurança jurídica e o excepcional interesse social, o comando previsto nos dispositivos impugnados não há de ser interpretado como aplicável aos casos em que o trânsito em julgado de uma decisão tida como inconstitucional tenha ocorrido em momento anterior à fixação de tal entendimento pela Corte Constitucional, notadamente em controle incidental de constitucionalidade.

41. Sobre o tema, importantes são as considerações de Araken de Assis, que, diante da redação pretérita do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, já mencionava tratar-se de hipótese de excesso legislativo.

*“...aqui o legislador forçou a mão, pois não excluiu que a pronúncia da inconstitucionalidade seja posterior ao trânsito em julgado. Por conseguinte, não se passa o evento no plano da validade: os vícios de qualquer ato jurídico lhe são contemporâneos, jamais supervenientes. Além disto, a parte final do parágrafo subentende a possibilidade de o vencido argüir nos embargos, inovadoramente, a antinomia entre a aplicação e a interpretação da lei chancelada no pronunciamento e a Constituição.”<sup>14</sup>*

42. E prossegue em sua crítica:

*“Além de fenômeno heterogêneo, em razão do direito posto em causa, já se assinalou que a coisa julgada se encontrava em crise no âmbito das*

13 DINAMARCO, Cândido Rangel. “Relativizar a Coisa Julgada Material”. In **Coisa Julgada Inconstitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 72-73. Destaques Somados.

14 Ob. cit. p. 219-220



*relações individuais homogêneas. Admissível e conveniente que seja a relativização da eficácia de coisa julgada neste tipo de litígios, em que se sobreleva o princípio da isonomia – de fato não se compreende e dificilmente se tolerará, que um servidor receba determinada vantagem pecuniária, enquanto os demais não, porque, apesar de inconstitucional a lei que a concedeu, a ação daquele transitou em julgado, por qualquer motivo afeto à álea natural dos trâmites judiciais –, o defeito do art. 741, parágrafo único, reponta na excessiva generalidade. Parece contraproducente sua incidência nas relações privadas, tout cour, nas quais nenhuma necessidade há de uniformidade. A destruição da coisa julgada promoverá, ao contrário, a insegurança jurídica.”<sup>15</sup>*

43. No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior:

*“A necessidade de respeito à segurança jurídica traz consigo a consequência de que a eficácia da deliberação deverá ser examinada caso a caso, não admitindo, portanto, soluções preconcebidas.*

*(...)*

*A atribuição de eficácia apenas ad futurum às decisões que versam sobre a inconstitucionalidade de determinado ato, inclusive a res iudicata, é uma técnica que se destina a 'atenuar notavelmente a contraposta doutrina da eficácia ex tunc, ou seja da retroatividade', permitindo 'graduar progressivamente a efetividade da Constituição sem o preço de uma comoção social a cada novo escalão'. E aludida técnica há de*



*ser aplicada 'principalmente naquelas hipóteses em que uma lei tenha sido, por muito tempo, pacificamente aplicada por todos e sua nulidade pode ocasionar graves repercussões sobre a paz social, ou seja, sobre a exigência de um mínimo de certeza e estabilidade das relações e situações jurídicas'.*

*Esta técnica que vem sendo adotada no âmbito da eficácia das ações de controle concentrado de constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis, haverá de ser igualmente aplicada para solucionar a questão no âmbito das ações em que reconhecida a existência da coisa julgada inconstitucional.*

*O manejo dos instrumentos processuais não pode desestabilizar a segurança das relações jurídicas definitivamente estruturadas, cujos efeitos se consumaram antes do reconhecimento da inconstitucionalidade.”<sup>16</sup>*

44. Em face das ponderações aqui feitas, está claro que o legislador, em sua busca por atender a anseios doutrinários de se conferir suposta plenitude de justiça às decisões, acabou por criar um mecanismo capaz de relegar as mais diversas hipóteses a uma vala comum, o que, muito provavelmente, pode gerar efeitos opostos aos desejados.

45. Com razão, pode-se estar diante de um meio processual capaz de arrastar ainda mais as demandas judiciais. Neste particular, cabe refletir acerca das prudentes indagações de Barbosa Moreira:

*“Suponhamos que um juiz, convencido da incompatibilidade entre certa sentença e a Constituição, ou da existência, naquela, de injustiça intolerável, se considere autorizado a decidir em sentido contrário. Fatalmente sua própria sentença ficará sujeita à crítica da parte agora*

16 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado.** *Revista de Processo*, v. 30, n. 127, set. 2005, p. 33-34.

vencida, a qual não deixará de considerá-la, por sua vez inconstitucional ou intoleravelmente injusta. Pergunta-se: o que impedirá esse litigante de impugnar um juízo a segunda sentença, e outro juiz de achar possível submetê-la ao crivo de seu próprio entendimento? O óbice concebível seria da coisa julgada; mas, se ele pôde ser afastado com relação à primeira sentença, por que não poderia sê-lo quanto à segunda?

É claro que a indagação não se porá uma única vez: a questão poderá repetir-se, em princípio, ad infinitum, enquanto a imaginação dos advogados for capaz de descobrir inconstitucionalidades ou injustiças intoleráveis nas sucessivas sentenças. Em hora como a presente, em que universalmente se proclama a necessidade de abreviar os pleitos, inclusive mediante a redução das oportunidades de se impugnar decisões, chega a ser irônico que se queira adotar um mecanismo cujo uso nenhuma contribuição promete trazer – bem ao contrário! – para que se consiga a suspirada abreviação.”<sup>17</sup>

46. No mesmo sentido são as reflexões de Alexandre Freitas Câmara: “A se admitir isso, estar-se-ia destruindo o conceito de coisa julgada, eis que a parte vencida sempre poderia fazer ressurgir a discussão sobre a matéria já definitivamente decidida, ficando qualquer juiz autorizado a reapreciar a matéria. Desapareceria, assim, a garantia da segurança e estabilidade representada pela coisa julgada.”<sup>18</sup>

47. Está-se a dizer que o legislador não promoveu adequada e proporcionalmente a combinação dos vetores normativos aplicáveis à espécie, excedendo-se no zelo de uma suposta coerência no subsistema das

17 BARBOSA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material. *Revista de Direito Civil e Processual Civil*, v.6, n. 33, jan/fev. 2005. p. 25-26.

18 CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da Coisa Julgada Material. In *Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 31

decisões judiciais eventualmente discordantes, no esmero da justiça individual e concreta, em detrimento da segurança jurídica individual e sistêmica.

48. Quando ele fez apelo à justiça da decisão do caso concreto como razão fundante da soberania e finalidade do direito, esqueceu-se de ver que a integridade do sistema jurídico pressupõe a sua própria existência e operatividade. Embora o direito não seja mera tecnologia, ele é o instrumento de estabilização das expectativas generalizadas (ou generalizáveis) de comportamento que viabiliza a convivência pacífica da diversidade dos projetos de vida e de bem que compõe o horizonte de possibilidades da existência humana nas sociedades complexas.<sup>19</sup>

49. A segurança jurídica que se está a defender não se encontra apenas associada a pretensões individuais de continuidade de interesses prevalentes confirmados em decisão judicial, mas antes se põe como elemento objetivo de garantia da Constituição e, de resto, do próprio sistema jurídico. Sem “expectativas das expectativas” de comportamento não se cria um ambiente suficientemente confiável para que se estabeleçam as relações intersubjetivas.

50. O foco do legislador foi lançado exclusivamente sobre a justiça individual do caso concreto, não se dando conta de que ela é somente parte – ainda que importante – da justiça institucionalizada, esta, sim, dependente de elementos sistêmicos e estruturais como a segurança objetivamente considerada. Com isso, rompeu-se a ponte que liga o Estado de Direito aos seus cidadãos, tanto porque falhou na direção de mediador institucionalizado da formação de consenso, ao não equacionar corretamente a dupla face da segurança jurídica, quanto no sentido inverso, dos cidadãos ao Estado de Direito, na utilização desse consenso politicamente produzido, gerando instabilidade potencial e fática nos sujeitos e no sistema do direito.<sup>20</sup>

51. O excesso legislativo fica ainda mais visível diante do fato de o sistema já possuir os instrumentos hábeis a reformular títulos executivos judiciais fundados em dispositivos legais posteriormente declarados inconstitucionais em ação de controle concentrado com efeitos retrospectivos amplos. E é válido reforçar que esses mesmos instrumentos se harmonizam com o princípio da segurança jurídica, dados os seus

19 LUHMANN, Niklas. **Social Systems**. Trad. John Bednarz, Jr.; Dirk Baecker. Stanford: Stanford University Press, 1995, p. 97

20 LUHMANN, Niklas. **Stato di Diritto e Sistema Social** 2ª ed. Trad. Flavio Spalla. Napoli: Guida, 1990, p. 47

vínculos estreitos com a garantia da Constituição e de sua primazia, qualificados (e nomeados) pela própria Constituição com os atributos de fonte normativa conferidos à decisão de inconstitucionalidade da lei “*on its face*” (art. 102, § 2º, CRFB).

52. Pode-se mencionar, por exemplo, o potencial ajuizamento de ação rescisória, medida processual que deixa em aberto a possibilidade de se aventar a direta e frontal violação, pela decisão transitada em julgado, a literal dispositivo legal, decorrente de eventual descompasso do ato atacado com a Lei Maior, dentro do prazo legal; ou, fora desse prazo, por meio de ação ordinária desconstitutiva (a ação autônoma direta da *querella nullitatis insanabilis*), de embargos à execução ou mesmo em exceção de pré-executividade, vez que a nulidade não se opera automaticamente. Juan C. Hitters adverte que até mesmo em países onde não há previsão expressa de reforma do caso julgado, existe essa possibilidade<sup>21</sup>.

53. Há, com esses *considerada*, portanto, a possibilidade de salvação do texto impugnado, se for dada interpretação conforme à Constituição no sentido de afastarem-se interpretações que admitam os meios processuais previstos no ato impugnado em declarações incidentais de inconstitucionalidade.

54. Essa solução amplia a qualidade da eficácia retrospectiva e nulificante das decisões de inconstitucionalidade com a presunção de legitimidade das leis, reconhecida, a ampliação, pelo juízo de prudência do Supremo Tribunal Federal que não se valeu do meio adequado para modular os efeitos da inconstitucionalidade de modo a afastar a retroatividade ou dela subtrair certas situações jurídicas e subjetivas constituídas. Se não o fez, não julgou relevante o bastante a segurança jurídica ou interesse social em jogo.<sup>22</sup>

55. É preciso dizer que o Tribunal se parece encaminhar para reconhecer efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante a decisões de inconstitucionalidade prolatadas em fiscalização concreta, o que, somado à possibilidade de modulação temporal ou objetiva da coisa julgada da decisão de inconstitucionalidade também nesse modelo, anularia a distinção anteriormente feita, renunciando-se um julgamento de improcedência da presente ação.

21 HITTERS, Juan C. *Revisión de la Cosa Juzgada*. La Plata: Platense, p. 255-257

22 São mais do que pertinentes a propósito as observações de GRANT, J.A.C. The legal effects of rulings that a statute is unconstitutional. *Detroit College of Law Review*, n. 2, 1978, p. 201 et seq

56. Essa, no entanto, é mera tendência ainda a confirmar-se, sendo oportuna a observação de que esse entendimento deixa em aberto e inconclusa a força literal do artigo constitucional 52, X, a dizer que “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

57. Embora impressionantes os fundamentos da tese no sentido de que o referido enunciado normativo estaria a pretender apenas a expansão de publicidade da decisão definitiva, haja vista a decorrência lógica ou natural de tais conseqüências do papel de primaz guardião constitucional afeto a esse Tribunal, como outrora se fez em relação à representação de inconstitucionalidade diante de dispositivo análogo da Constituição de 1967/1969 (art. 42, VII), continuo a enxergar no texto constitucional um limite de difícil transposição.

58. Certo que a letra de norma sustenta pouco, mas sempre está a impor, em toda a sua fragilidade à desconstrução, uma fronteira aos trabalhos hermenêuticos no campo jurídico. Especialmente, no caso, se tomarmos a sua sintaxe com os novos meios que foram postos pelo constituinte derivado e pelo legislador ordinário à disposição do Tribunal. Refiro-me, designadamente, à súmula vinculante (art. 103-A; CRFB; Lei n. 11417/2006) e à repercussão geral no recurso extraordinário (art. 102, § 3º CRFB; Lei n. 11418/2006).

59. Ainda assim poder-se-á dizer que a solução aqui alvitrada é demais formalista e violadora da instrumentalidade das formas: se, pelo menos, a maioria absoluta dos Ministros do Supremo já se manifestara pela inconstitucionalidade da norma, por que esperar a proclamação e seus efeitos em ação do controle de constitucionalidade em tese? Não seria mais lógico e econômico que a decisão incidental fosse usada para desconstituir situações consolidadas, evitando transtornos adicionais – aí, sim, mais gravosos à segurança jurídica – no futuro?

60. Como se pode notar a pergunta transporta elementos de política judiciária que andaria bem não fossem as amarras impostas pelo sistema constitucional. Bem ou mal, elas estão lá. Certo que a mitigação da coisa julgada foi trazida pelo próprio legislador faz pouco tempo; mas há de pensar-se que as alterações constitucionais, de muito mais quilate, foram também promovidas recentemente, procurando garantir o papel soberano do Supremo Tribunal Federal como guarda da Constituição. Por que, por exemplo, não foi introduzida a eficácia geral e vinculante das decisões incidentais de inconstitucionalidade? Poderemos nos contentar em dizer



que a disciplina da coisa julgada é infraconstitucional e está em conformidade com o programa teleológico-normativo do constituinte derivado? A primeira interrogação responde por si. Deixe-se escrito que o devido processo constitucional seria violado, haja vista as garantias maiores de abertura processual à sociedade existentes na fiscalização abstrata apenas. A segunda se bate com tudo que já argumentamos até agora: a disposição legal não promoveu adequado ajustamento das normas constitucionais aplicáveis à questão.

61. Como fizera antes, o Supremo Tribunal Federal não estaria apto a adotá-la por uma questão também de política judiciária? Não, porque não há o ambiente de carência de efetividade do sistema de fiscalização de constitucionalidade existente no final dos anos Setenta nem mesmo em via de exceção, de maneira que a autoproclamação jurisprudencial agora dos efeitos gerais e vinculantes em decisões incidentais de inconstitucionalidade pode dar margem a interpretar-se o processo como mutação constitucional exogenética com os derivativos deslegitimantes a ela associados. Tampouco deve acolher a atenuação da *res judicata*, autorizada pelo ato impugnado, por ser forma oblíqua de conferir tais efeitos à decisão incidental.

62. Finalmente, é de ser enfrentada uma questão intertemporal criada pelo ato impugnado. Tratando-se de norma processual, sua aplicabilidade só poderia dar-se após a vigência de mencionado ato? A afirmação estaria correta se fosse admitida a tese de constitucionalidade mesmo no caso de pronunciamento incidental de inconstitucionalidade, pois o tema estaria localizado no âmbito do poder de configuração legislativo-processual da garantia da coisa julgada de incidência imediata e prospectiva. Na interpretação que se defende aqui, não. É assunto de índole e status eminentemente constitucional, impondo-se, na ausência de mitigação, nulidade *ex tunc*.

Ante o exposto, o parecer é pela procedência parcial do pedido, dando-se interpretação conforme a Constituição, de modo que sejam autorizados os instrumentos processuais de contrariedade ao caso julgado apenas nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade emanada em controle abstrato de constitucionalidade das leis.

Brasília, 19 de maio de 2008.

ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA  
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA