

A INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA DIANTE DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: IMPUGNAÇÃO, RESCISÓRIA E MODULAÇÃO DE EFEITOS

*THE INTANGIBILITY OF RES JUDICATA WHEN FACED WITH
A DECISION OF INCONSTITUTIONALITY: OBJECTION, RELIEF
FROM JUDGMENT AND MODULATION OF THE EFFECTS*

LUIZ GUILHERME MARINONI

Pós-Doutorado na Università degli Studi di Milano. Visiting Scholar na Columbia University. Diretor do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Membro do Conselho da International Association of Procedural Law. Professor Titular da Universidade Federal do Paraná.
guilherme@marinoni.adv.br

Recebido em: 20.09.2015
Aprovado em: 20.11.2015

ÁREA DO DIREITO: Processual; Constitucional

RESUMO: O autor analisa, neste texto, a distinção entre a força obrigatória da parte decisória de decisões de controle de constitucionalidade das leis e da sua *ratio decidendi*. Estuda, também, a possibilidade de se impugnar, pela ação rescisória, decisões que desrespeitam a Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: *Decisum* – *Ratio decidendi* – Controle difuso e concentrado da constitucionalidade – Vinculatividade – Ação rescisória.

ABSTRACT: In this text, the author analyses the distinction between the binding force of the operative part of decisions controlling the constitutionality of the laws and its *ratio decidendi*. It also examines the possibility of challenging, by means of an action for relief from judgment, decisions that fail to abide by the Federal Constitution.

KEYWORDS: *Decisum* – *Ratio decidendi* – Diffuse and centralised control of constitutionality – Binding effect – Action for relief from judgment.

SUMÁRIO: 1. A impugnação fundada em decisão inconstitucionalidade no Código de Processo Civil de 2015: a afirmação dos precedentes constitucionais – 2. A ação rescisória fundada em violação de "norma jurídica" (art. 966, V, do CPC/2015) – 3. A tese de que não há interpretação controvertida de norma constitucional. Crítica – 4. A adoção de "interpretação" depois dita inconstitucional pelo STF: reforço da evidência de que a norma judicial não se confunde com o texto legal e, assim, não pode ser rescindida por norma posteriormente

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

elaborada pela Corte Suprema – 5. Não há distinção entre decisão proferida em controle concentrado e controle difuso para efeito de rescindibilidade de coisa julgada – 6. O verdadeiro fundamento da rescisória: retroatividade do *ius superveniens* sobre a coisa julgada – 7. A previsão de hipótese de rescisória baseada em ulterior decisão de inconstitucionalidade no Código de Processo Civil de 2015 – 8. O caso *Metabel v. União Federal*: a não admissão de ação rescisória baseada em ulterior precedente do STF mediante a afirmação da garantia constitucional da coisa julgada material – 9. Casos em que se admite ação rescisória baseada em violação de norma constitucional – 10. Modulação de efeitos e coisa julgada.

1. A IMPUGNAÇÃO FUNDADA EM DECISÃO INCONSTITUCIONALIDADE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: A AFIRMAÇÃO DOS PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS

Os arts. 475-L, § 1.º e 741, parágrafo único, do CPC/1973 davam ao executado a possibilidade de se defender, respectivamente mediante impugnação e embargos do executado – Fazenda Pública –, com base na alegação de o título executivo estar “fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo STF como incompatíveis com a Constituição Federal”. Tais artigos, quando mal interpretados, evidenciavam um atentado contra a legitimidade do juízo de constitucionalidade do juiz ordinário. Representavam desconsideração do controle difuso e violação da intangibilidade da coisa julgada.

O CPC/2015, no art. 525, § 12, afirma que “considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo STF, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo STF como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso”. Porém, logo depois, no § 14 do mesmo art. 525, deixa-se claro que “a decisão do STF *deve ser anterior* ao trânsito em julgado da decisão exequenda”.

Portanto, não é apenas a decisão que declara a inconstitucionalidade de norma que pode obstaculizar a execução, mas também as decisões proferidas com base nas técnicas da “interpretação conforme” e da “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”. Ademais, podem ser invocadas tanto as decisões em controle concentrado quanto as decisões firmadas em sede de controle difuso.

As decisões proferidas no controle concentrado de inconstitucionalidade têm eficácia *erga omnes* e, por isso, obviamente não podem ser negadas por qualquer juiz ou tribunal. O problema é que os tribunais e juízes não estão sujeitos apenas à eficácia *erga omnes* – que diz respeito à parte dispositiva da

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

decisão –, mas também à eficácia obrigatória dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) da decisão. Note-se que há diferença entre aplicar norma já declarada inconstitucional e aplicar norma cuja inconstitucionalidade está positivada nos fundamentos determinantes de decisão que declarou a inconstitucionalidade de outra norma. Se há declaração de inconstitucionalidade de determinada norma municipal, os fundamentos que determinaram a conclusão da sua inconstitucionalidade devem ser observados quando se está diante de norma de outro Município, mas dotada da mesma substância.¹ Aliás, só em casos desta espécie é que importará o tema dos precedentes obrigatórios ou da eficácia obrigatória dos fundamentos determinantes da decisão.

Quando se afirma que a decisão proferida em controle difuso também pode obstaculizar a execução da decisão, demonstra-se exatamente a importância dos fundamentos determinantes da decisão proferida pelo STF. Ora, é evidente que o § 12 do art. 525 não está preocupado com a parte dispositiva da decisão proferida em recurso extraordinário, uma vez que esta interessa apenas às partes que litigaram no caso que lhe deu origem. Quando se diz que a decisão exequenda pode ser impugnada quando tiver se pautado em norma considerada inconstitucional pelo STF ou se fundado em aplicação ou interpretação de norma tida pelo STF como incompatível com a Constituição Federal (art. 525, § 12, do CPC/2015), obviamente se está a falar dos fundamentos determinantes ou da *ratio decidendi* da decisão do STF.

Portanto, a decisão proferida em recurso extraordinário, para ser invocada para obstaculizar a execução, deve ter as características de um precedente constitucional, em que os fundamentos determinantes ou a *ratio decidendi* estejam delineados.² De modo que o Código de Processo Civil de 2015, quando abre oportunidade para a impugnação invocar decisão do STF anterior à decisão exequenda, afirma claramente a eficácia obrigatória dos precedentes firmados pelo STF.

É preciso advertir, porém, que a adoção da lei ou da interpretação já declaradas inconstitucionais pelo STF pode não ter sido essencial para a condenação. É por isto que, apresentada a impugnação, o exequente deve ter a oportunidade de demonstrar que, ainda que a decisão houvesse observado o precedente do STF, a sentença teria sido de procedência.

1. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. 2015. Capítulo III, item 3.5.

2. MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. São Paulo: Ed. RT, 2015. Esp. capítulos 2 e 6.

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

De modo que o acolhimento da impugnação não é consequência necessária da não observância do precedente constitucional. A obstaculização da execução exige juízo no sentido de que a não adoção da norma ou da interpretação declaradas inconstitucionais pelo Supremo conduziria à modificação do sinal da sentença, que, de procedência, passaria a ser de improcedência. Se o desrespeito ao precedente do Supremo Tribunal Federal não impuser a alteração da sentença, mas admitir apenas a modificação da sua fundamentação, não há como acolher a impugnação.

2. A AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA EM VIOLAÇÃO DE "NORMA JURÍDICA" (ART. 966, V, DO CPC/2015)

Segundo o art. 485, V, do CPC/1973, a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando "violam literal disposição de lei". Diante da incontestável necessidade de se ressaltar a coisa julgada contra a alteração da interpretação dos tribunais, o STF editou a Súmula 343, que afirma não caber "ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver *baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*". Em um dos acórdãos que deram origem a essa súmula, frisou o seu relator, o Min. Victor Nunes Leal, que "a má interpretação que justifica o *judicium rescindens* há de ser de tal modo aberrante do texto que equivalha à sua violação literal". Lembrou, ainda, que "a Justiça nem sempre observa, na prática cotidiana, esse salutar princípio, que, entretanto, devemos defender, em prol da estabilidade das decisões judiciais".³

A Súmula 343 não diz o que é violação literal de lei, mas deixa claro que a decisão que se funda em lei de interpretação controvertida nos tribunais não pode ser objeto de ação rescisória. Isto por uma razão compreensível: é que, se os tribunais divergiam sobre a interpretação da norma, a decisão que adotou uma das interpretações legitimamente encampadas pela jurisdição não pode ser vista como decisão que violou literalmente disposição de lei, que, assim, é suscetível de ser desconstituída mediante ação rescisória.

De modo que a súmula, em vez de encontrar um critério positivo para indicar quando há violação literal de lei, preferiu trabalhar com um requisito capaz de evidenciar quando não há violação literal de lei. Disse, então, que a decisão que aplica lei que tinha interpretação controvertida nos tribunais não está sujeita à ação rescisória.

3. "Para corrigir interpretação de lei, possivelmente errônea, não cabe ação rescisória" (STF, RE 50.046, 2.ª T., rel. Min. Victor Nunes Leal).

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

Porém, o real problema da dicção da norma do art. 485, V, do CPC/1973 é o de que ela é um simples reflexo de uma teoria da interpretação há muito superada. Só há como pensar em “violação literal de lei” quando se supõe que a interpretação judicial pode declarar a norma contida na lei, nos moldes do formalismo interpretativo. Segundo a teoria formalista, a interpretação, enquanto atividade, tem natureza cognitiva. O juiz, ao interpretar, investigaria o significado do texto legal e então o descreveria.⁴ Haveria interpretação para afirmar o que está implicitamente gravado no texto. Esse tipo de interpretação tem ao seu lado as ideias de completude e coerência do direito. Portanto, o juiz não atua com qualquer discricionariedade. Ao decidir, sempre está preso a uma norma preexistente. De modo que a interpretação, enquanto produto, é um mero enunciado descritivo, sujeito ao teste da verdade e falsidade; há apenas uma interpretação correta.⁵ Bem por isso, é possível aceitar que o juiz, ao decidir, pode negar a norma preexistente ou violar a lei.

Sucede que não mais se aceita, no plano da teoria do direito, a ideia de que há um significado unívoco intrínseco ao texto legal. A norma não está no texto legal e não há uma relação de sinonímia entre o texto legal e o resultado obtido com a atividade interpretativa.⁶ Descabe imaginar que é possível investi-

4. “Secondo la teoria che converremo di chiamare ‘cognitivistica’ – ma talora della ‘formalistica’ – la quale risale alle dottrine giuridiche dell’Illuminismo, l’interpretazione (ivi inclusa quella giudiziale) è atto di scoperta o conoscenza del significato” (GUASTINNI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 409).

5. GUASTINNI, Riccardo. *A interpretação: objetos, conceitos, teorias. Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 139 e ss.

6. “Sovente si dice e si scrive, impropriamente, che l’interprete ‘scopre’ il significato delle ‘norme’. In realtà né l’interprete ‘scopre’, né la sua attività ha per oggetto delle ‘norme’. Vediamo di chiarire, incominciando con ciò che si cela sotto il verbo ‘scoprire’ e passando poi ao sostantivo ‘norma’. (...) È chiaro perciò che il vocabolo ‘scoprire’, così come è usato nell’espressione ‘l’interprete scopre il significato di una norma’, è del tutto improprio, ed anzi è dannoso alla chiarezza, perchè occulta – riassumendole in una sola parola – tre attività diverse che possono essere presenti tutte, o possono non essere tutte presenti, nell’attività dell’interpretazione. Dobbiamo perciò correggere l’espressione corrente riformulandola così: ‘l’interprete rileva, o decide, o propone il significato di una norma, ovvero compie più d’una di queste attività’. Ma questa correzione non basta. Infatti anche il vocabolo ‘norma’ è ingannevole. L’interprete rileva, o decide, o propone il significato da attribuire a un documento, costituito da uno o più enunciati, di cui il significato non è affatto preconstituito all’attività dell’interprete, ma ne è anzi il risultato; prima dell’attività dell’interprete, del documento oggetto dell’interpretazione si sa solo che esprime una o più norme, non quale questa norma sia o quali queste norme siano: ‘norma’ significa semplicemente il significato

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

gar (atividade-interpretação) para declarar a norma (resultado-interpretação). Exatamente por isso é equivocado pensar que a interpretação pode violar a lei.

A lei não detém a norma; essa é reconstruída pelo juiz a partir do texto, de elementos extratextuais da ordem jurídica e por meio de diretivas interpretativas e valorações.⁷ A lei e o resultado-interpretação nada mais são do que enunciados, com a diferença de que a primeira é um enunciado do discurso das fontes e o segundo é um enunciado do discurso do intérprete.⁸ Ninguém mais acredita na correspondência biunívoca entre lei e interpretação, na medida em que, como adverte Guastini, toda disposição legal é mais ou menos vaga e ambígua, de modo que sempre tolera diversas e conflitantes atribuições de significado. De uma única disposição legal podem derivar vários resultados interpretativos ou uma multiplicidade de normas, sempre conforme as diversas interpretações possíveis.⁹

A percepção da inexistência de correspondência biunívoca entre disposição e interpretação leva, como consequência lógica, ao abandono dos mitos do “sentido exato da lei” e da garantia da unidade do direito objetivo e faz ver que a função da Corte Suprema somente pode ser a de definir o sentido do direito para garantir a igualdade perante o direito. O valor constitucional tutelado pelo sistema de precedentes das Cortes Supremas não é a unidade do direito, antigo mito atrás do qual se esconderam instâncias autoritárias dos mais variados gêneros, porém a igualdade, realizada empiricamente mediante a vinculação dos tribunais e juízes ao “direito” delineado pela Corte, dependente da evolução da vida social, aberto ao dinamismo de um sistema voltado à atuação

che è stato dato, o viene deciso di dare, o viene proposto che si dia, a un documento che si ritiene sulla base di indizi formali esprima una qualche direttiva d'azione. L'espressione corrente deve perciò essere corretta, perché non sia ambigua, così: l'interprete rileva, o decide, o propone il significato di uno o più enunciati precettivi, rilevando, o decidendo, o proponendo che il diritto ha incluso, o include, o includerà una norma” (TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 61, 63-64).

7. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Lenguaje jurídico e interpretación jurídica. Sentido y hecho en el derecho*. México: Fontamara, 2008. p. 136 e ss.

8. GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare...* cit., p. 65.

9. GUASTINI, Riccardo. *Disposição vs. Norma. Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 34. “(...) molte disposizioni – quase tutte le disposizioni, in verità – hanno un contenuto di significato complesso: esprimono non già una sola norma, bensì una molteplicità di norme congiunte. Ad un'unica disposizione possono dunque corrispondere più norme *congiuntamente*” (GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare...* cit., p. 65-66).

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

de princípios fundamentais munidos de inesgotável carga axiológica e atento à devida percepção das diferenças.¹⁰

Isso significa que a decisão judicial só pode violar a norma que resulta da interpretação. Não é por outro motivo que o art. 966, V, do CPC/2015 deixou de lado a ideia de violação a “literal disposição de lei” (art. 485, V, do CPC/73) e fala em violação de “norma jurídica”. Uma decisão pode violar norma definida em precedente de Corte Suprema ou norma que deriva de texto legal que não suscita dúvida interpretativa. Quando há disputa ou controvérsia sobre a interpretação ou a respeito da norma que se deve extrair do texto só se pode pensar em ação rescisória após a Corte Suprema ter definido a norma válida ou a interpretação adequada. Antes disso há interpretação controvertida nos tribunais, de modo que não há racionalidade em sancionar a decisão que adotou um ou outro resultado-interpretação ou norma.

Lembre-se que, há muito tempo, foi estendido o significado de “violação literal de lei”, demonstrando-se que a própria razão para a rescisória em caso de violação literal de lei infraconstitucional não poderia excluir a admissão da rescisória em caso de violação literal de norma constitucional. Portanto, o raciocínio antes desenvolvido se aplica à hipótese em que se pretende rescindir decisão que interpretou norma constitucional.

O que torna a questão problemática e interessante é que os tribunais, inclusive o STJ e o STF, após terem passado a admitir a rescisória em caso de “violação literal de norma constitucional”, enxergaram uma diferença qualitativa na violação da norma constitucional diante da violação da norma infraconstitucional, ou melhor, uma diferença de natureza entre a interpretação da norma constitucional e a interpretação da norma infraconstitucional, como se a norma constitucional apenas admitisse uma única interpretação ou exigisse uma “interpretação correta”, ao contrário da norma infraconstitucional, que abriria oportunidade a várias interpretações ou a “interpretações razoáveis”.

Porém, não existe motivo para supor que apenas uma dada qualidade de norma – a norma constitucional – pode exigir uma única interpretação. O ponto tem grande relevância – a interpretação é sempre uma compreensão e uma reconstrução normativa. Não há qualquer razão para entender que a interpretação constitucional seja diversa da interpretação infraconstitucional no que tange aos seus resultados. A necessidade de coerência impõe essa observação: ou há interpretação “correta” da Constituição e da legislação infracons-

10. SILVESTRI, Gaetano. *Le Corti Supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei. Le Corti Supreme*, Milano: Giuffrè, 2001. p. 45.

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

tucional – porque, ao fim e ao cabo, tem-se aí sempre um interpretar –, ou não há possibilidade de uma única interpretação correta em qualquer desses planos normativos. Sustentar-se a necessidade de interpretação “correta” no plano constitucional e de interpretação “razoável” no plano infraconstitucional constitui evidente *contradictio in terminis*, porque o ato de interpretar é um só no que tange à compreensão de normas jurídicas.

3. A TESE DE QUE NÃO HÁ INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA DE NORMA CONSTITUCIONAL. CRÍTICA

O STF e o STJ já decidiram no sentido de que a Súmula 343 somente se aplica aos casos em que a decisão se fundou em lei infraconstitucional. Afirma-se que a lei constitucional “não é uma lei qualquer, mas a lei fundamental do sistema”, que não pode gerar duas ou mais interpretações razoáveis, porém apenas uma “interpretação juridicamente correta”.¹¹

Contudo, equipara-se “interpretação correta” à interpretação proferida pelo STF. Nesta linha, toda e qualquer decisão que adote interpretação posteriormente contrariada por pronunciamento do STF, ainda que prolatado em recurso extraordinário, é decisão que, para o efeito de ação rescisória, viola norma constitucional, e, assim, deve ser inapelavelmente desconstituída.

As decisões que admitiram a desconstituição da coisa julgada, mediante o exercício de ação rescisória baseada em pronunciamento do STF, contêm fundamentação não convincente. Assim, por exemplo, acórdão relatado pelo Min. Moreira Alves, que diz inexistir ofensa ao art. 5.º, XXXVI, da CF, sob o ângulo da coisa julgada e da não aplicação da Súmula 343, “pela singela razão de que o enunciado dessa súmula se situa exclusivamente no plano da interpretação da legislação processual infraconstitucional” (STF, Ag no AI 305.592-0, 1.ª T., j. 20.02.2001, rel. Min. Moreira Alves).¹²

11. STJ, EDiv no REsp 608.122, 1.ª Seção, j. 09.05.2007, rel. Min. Teori Zavascki.

12. O STF já decidiu não ter competência para definir se uma dada ação rescisória é cabível, nem mesmo socorrendo-se da Súmula 343, porque tal julgamento não acarreta, ao menos diretamente, exame de matéria constitucional (art. 102, III, a, da CF). Assim: “1. As questões relativas aos pressupostos de cabimento de ação rescisória e à aplicação da Súmula 343 possuem caráter eminentemente infraconstitucional, pois se fundam na legislação processual ordinária, hipótese em que eventual ofensa à Lei Maior, se houvesse, seria indireta e, portanto, de apreciação inviável na via do apelo extremo. 2. Segundo jurisprudência desta Corte, o recurso extraordinário em ação rescisória deve ter por objeto a fundamentação do acórdão nela proferido

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

Em outro caso, o STF chegou à seguinte decisão: “4. Ação rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343 do STF. 5. *A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional.* 6. *Cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida, ou seja, anterior à orientação fixada pelo STF.* 7. Embargos de declaração rejeitados, mantida a conclusão da 2.^a T. para que o Tribunal *a quo* aprecie a ação rescisória” (STF, RE-ED 328.812, 2.^a T., rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 02.05.2008).

Sustenta-se que a existência de interpretações divergentes, diante de norma constitucional, não é óbice à ação rescisória. Ou melhor, entende-se que pronunciamento do STF é apto à desconstituição das decisões transitadas em julgado que lhe são contrárias, pouco importando se, a respeito da interpretação da questão constitucional, havia controvérsia nos tribunais.

Diz o Min. Gilmar Mendes, no acórdão referido por último, que “não é a mesma coisa vedar a rescisória para rever uma interpretação razoável de lei ordinária que tenha sido formulada por um juiz em confronto com outras interpretações de outros juízes e vedar a rescisória para rever uma interpretação de lei que é contrária àquela fixada pelo STF em questão constitucional” (STF, RE-ED 328.812, 2.^a T., rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 02.05.2008). Nesta passagem, resta ainda mais claro que não há preocupação com a negação da existência de interpretações divergentes. Parte-se da premissa de que decisão do STF é, por si só, demonstrativo suficiente de violação literal de norma constitucional. O fundamento da rescisória está na força da decisão do STF, pouco importando se havia dúvida nos tribunais sobre a constitucionalidade da norma. Frisando-se a força da decisão do STF, elimina-se a relevância da existência de interpretações divergentes e do próprio conceito de “violação literal”. Note-se que, nos termos de tal orientação, para que uma decisão possa ser desconstituída com base em “violação literal de lei” (art. 485, V, do CPC/1973) basta que decisão do STF, posterior ao trânsito em julgado da decisão rescindenda, a contrarie.

e não as questões versadas na decisão rescindenda. 3. Agravo regimental improvido” (STF, AI-AgRg 456.931/MG, 2.^a T., rel. Min. Ellen Gracie, DJU 31.03.2006). No mesmo sentido: STF, AI-AgRg 460.439/DF, Tribunal Pleno, rel. para acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJU 28.08.2006; STF, AI-AgRg 461.566/MG, 1.^a T., rel. Min. Carlos Britto, DJU 04.02.2005; STF, AI-AgRg 274.065/PE, 1.^a T., rel. Min. Sydney Sanches, DJU 22.11.2002; STF, AI-AgRg 371.721/BA, 2.^a T., rel. Min. Nelson Jobim, DJU 18.10.2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

Não há dúvida que a interpretação do STF deve prevalecer, submetendo os demais juízes. Não há racionalidade em admitir que um juiz ordinário possa atribuir a uma questão constitucional interpretação diversa da que lhe tenha dado o STF. Daí a importância da vinculação dos órgãos judiciais às decisões do STF. Aliás, a racionalidade do controle difuso depende do adequado emprego da técnica vinculante, nos moldes do *stare decisis* estadunidense,¹³ para o que é

13. A doutrina da *stare decisis* tem origem no direito inglês, decorrente da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*. Porém, o tema da *stare decisis* em matéria constitucional é de todo desconhecido nesse sistema. Interessa, do ponto de vista do direito comparado, a análise do sistema norte-americano. Nos Estados Unidos, a *stare decisis* certamente tem uma matriz constitucional (FALLON JR., Richard. *Stare decisis and the constitution: an essay on constitutional methodology*, *New York University Law Review* 76, 2001). Conforme a conceituam James Jr., Hazard e Leubsdorf, a “doutrina da *stare decisis* é um comando mediante o qual as cortes devem dar o devido peso ao precedente. Ela afirma que uma questão de direito já estabelecida deveria ser seguida sem reconsideração, desde que a decisão anterior fosse impositiva” (JAMES JR., Fleming; HAZARD JR., Geoffrey; LEUBSDORF, John. *Civil procedure*. 2. ed. Boston: Little Brown & Co., 1992. p. 585). A essência da doutrina da *stare decisis* nos EUA reside na sua ligação umbilical com o princípio do Estado de Direito (*rule of law*). Ainda mais enfaticamente, a Suprema Corte americana afirma que tal ligação com a *rule of law* se dá “porque ela assegura que o direito não se altere de forma errática e permite que a sociedade presuma que os princípios fundamentais estão fundados no direito (*law*) ao invés de nas inclinações dos indivíduos” (Vasquez v. Hillery, 474 U.S. 254, 265). O respeito dos precedentes internamente aos Tribunais é conhecido como *stare decisis* em sentido horizontal. Contudo, foi só em 1958, na decisão do caso Cooper v. Aaron, em uma decisão unânime – algo raro na Suprema Corte americana –, que se decidiu que “a interpretação da décima quarta emenda anunciada por esta Corte no caso Brown é *the supreme law of the land*, e o art. VI da Constituição faz com que esta decisão tenha efeito vinculante (*binding effect*) sobre os Estados” (Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1, 1958). Aí se fez presente a ideia de decisão (da Suprema Corte) obrigatória, vinculante, *binding* para todos os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública, a qual passou a ser conhecida como *stare decisis* em sentido vertical. De um ponto de vista prático, a *stare decisis* em sentido horizontal corresponderia à nossa coisa julgada *erga omnes* em matéria constitucional, já que impede a rediscussão da matéria pelo Supremo Tribunal Federal. A *stare decisis* em sentido vertical é idêntica ao efeito vinculante que emana das decisões do Plenário do STF em matéria constitucional. Um dos maiores juristas do direito comparado da atualidade, o Prof. John Merryman, da Stanford Law School, afirmou que aqueles que não reconhecem a existência da *stare decisis* no sistema da *civil law* estão apenas se iludindo e compactuando com o que ele entende ser um verdadeiro *folklore* (MERRYMAN, John Henry. *The civil law tradition*. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 1997. p. 147). Nos Estados Unidos é inadmissível que um órgão jurisdicional inferior desobedeça àquilo que a Suprema Corte já afirmou ser o direito (*the law of the land*). Como

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

imprescindível o desfazimento da confusão entre poder para controlar a constitucionalidade e poder para decidir de forma indiferente aos pronunciamentos do STF. Se é verdade que todo e qualquer juiz tem o dever-poder de controlar a constitucionalidade, é inegável que este poder só pode ser exercido de forma racional quando submetido ao entendimento do STF.¹⁴

Porém, isto não quer dizer que a interpretação do STF possa ou deva se impor sobre as demais interpretações judiciais *pretéritas*, operando a destruição ou a nulificação de decisões já transitadas em julgado. Sublinhe-se que o STF (BGH) alemão já declarou, com amparo em decisões do próprio Tribunal Constitucional Federal (BVerfG), que “uma alteração na interpretação do direito não serve de fundamento para a rescisão da coisa julgada (BVerfGE 2, 380, 395, 405; BGH, Urteil vom 11. März 1953 – II ZR 180/52 – BB 1953, 273; BAG, AP Nr. 1 zu § 580 ZPO; BFHE 123, 310, 311 f.)”.¹⁵

Não obstante, a decisão relatada pelo Min. Gilmar Mendes, há pouco mencionada, confere à interpretação do STF a força de alcançar as decisões judiciais transitadas em julgado que lhe são distintas. O Min. Gilmar Mendes, em seu voto, afirma que, “se ao STF compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão. Não estou afastando, obviamente, o prazo das rescisórias, que deverá ser observado. Há um limite, portanto, associado à segurança jurídica. Mas não parece admissível que esta Corte aceite diminuir a eficácia de suas decisões com a manutenção de decisões diretamente divergentes à interpretação constitucional aqui formulada. Assim, *se somente por meio do controle difuso de constitucionalidade, portanto, anos após as questões terem sido decididas pelos Tribunais ordinários, é que o STF veio a apreciá-las, é a ação*

recentemente afirmou o Justice Kennedy ao decidir o caso *Lawrence v. Texas*, a “doutrina do *stare decisis* é essencial para o respeito para com os julgamentos da Corte e para a estabilidade do direito” (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 2003). Ressalte-se que o chamado efeito vinculante (*binding effect*), que subordina os demais órgãos do Judiciário e da Administração às decisões da Suprema Corte, não tem fundamento no direito positivo. Trata-se de concretização do princípio do Estado de Direito (*Rule of Law*), fundamental para a estabilidade do direito.

14. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

15. BGH, Urteil vom 26. April 2006 – IV ZR 26/05 – OLG Bremen. No original: “Ein Wandel der Rechtsauffassung ist kein Restitutionsgrund (BVerfGE 2, 380, 395, 405; BGH, Urteil vom 11. März 1953 – II ZR 180/52 – BB 1953, 273; BAG, AP Nr. 1 zu § 580 ZPO; BFHE 123, 310, 311 f.)”.

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

rescisória, com fundamento em violação de literal disposição de lei, instrumento adequado para a superação de decisão divergente” (STF, RE-ED 328.812, 2.^a T., rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 02.05.2008).

O STF, na passagem acima descrita, afirma claramente a retroatividade dos seus pronunciamentos, tomados em controle difuso (mediante recurso extraordinário, por exemplo), sobre a coisa julgada, sob o argumento de que as questões submetidas ao controle difuso da constitucionalidade somente chegam ao STF depois de muito tempo, quando algumas decisões proferidas pelos tribunais, interpretando a questão constitucional, já transitaram em julgado.

Contudo, a circunstância de uma questão constitucional chegar ao STF após o trânsito em julgado de decisões sobre a mesma questão certamente não é motivo para a admissão da retroatividade do pronunciamento do STF sobre a coisa julgada. As decisões que transitaram em julgado, tratando da questão constitucional posteriormente interpretada de outra maneira pelo STF, expressam um juízo legítimo sobre a constitucionalidade. Este juízo nada mais é do que resultado do dever-poder judicial de realizar o controle da constitucionalidade. Ademais, o fato de a decisão transitar em julgado, antes de a questão chegar à análise do STF, é mera consequência do sistema de controle da constitucionalidade brasileiro.

A admissão da força de pronunciamento do STF sobre a coisa julgada, ao fundamento da sua natural e insuprimível demora para se manifestar sobre a questão constitucional, significa a negação do sistema de controle difuso da constitucionalidade. Ao invés da retroatividade das decisões do STF, seria efetiva e praticamente mais conveniente – obviamente se isto fosse juridicamente possível e conveniente no sistema brasileiro (o que evidentemente não é)¹⁶ – suprimir a possibilidade de o juiz ordinário realizar o controle da constitucionalidade.

Note-se, além disto, que a aceitação da retroatividade do pronunciamento do STF sobre as decisões proferidas pelos tribunais *significa colocar a coisa julgada sob condição ou em estado de provisoriedade*, o que é absolutamente incompatível com o conceito e com a razão de ser da coisa julgada. Ora, este estado de indefinição nega o fundamento que está à base da coisa julgada material, isto é, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

16. Sobre as virtudes do controle difuso de constitucionalidade na organização do *rule of law* estadunidense e dos países que o adotam, Henry J. Abraham, *The judicial process – An introductory analysis of the courts of the United States, England and France*, 6. ed., New York: Oxford University Press, 1993, p. 270-271.

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

Aliás, a coisa julgada não é apenas condição para a proteção destes princípios, como também necessidade indispensável para a existência de discurso jurídico e, portanto, de processo jurisdicional.

Assim, é até mesmo difícil – para não se dizer contrário aos fundamentos do direito – definir a natureza do procedimento que culmina em decisão que fica sob a condição de o STF não a contrariar. Esta decisão, por não ser dotada do devido recrudescimento, não configura verdadeira “decisão final”, mas sim mero juízo provisório. Estar-se-ia diante de um processo jurisdicional autônomo, pois não destinado a dar segurança a outra tutela ou situação tutelável, mas cuja tutela jurisdicional, apesar de satisfativa, seria suscetível de revogação!¹⁷

No STJ também existem decisões no sentido de que pronunciamento do STF constitui fundamento para a rescisão da coisa julgada. Em acórdão proferido por estreita maioria, concluiu o STJ que, “em matéria constitucional, não há de se cogitar de interpretação razoável, mas sim de interpretação correta” (STJ, EDiv no REsp 608.122, 1.^a Seção, j. 09.05.2007, rel. Min. Teori Zavascki).

Porém, o que o STJ quer significar, quando fala em “interpretação correta”, é que a interpretação correta é a que vem do STF. Ou seja, sinônimo de interpretação correta é interpretação do STF. Assim, uma vez proferida a decisão correta, todas as outras que não lhe são conformes são incorretas, e, assim, sujeitam-se à ação rescisória.

A ideia de interpretação correta, infiltrada no mencionado acórdão do STJ, é esclarecida no voto do Min. Teori Zavascki, particularmente na parte que frisa que “*contrariar o precedente tem o mesmo significado, o mesmo alcance, em termos pragmáticos, que o de violar a Constituição (...)*”. É nessa perspectiva, pois, que se deve aquilatar o peso institucional dos pronunciamentos do STF, mesmo em controle difuso. Nisso reside a justificação para se deixar de aplicar, na seara constitucional, o parâmetro negativo da Súmula 343, substituindo-se pelo parâmetro positivo da autoridade do precedente. E a consequência prática disso é que, independentemente de haver divergência jurisprudencial sobre o tema, o enunciado da Súmula 343 não será empecilho ao cabimento

17. A doutrina americana frisa que “o propósito de um processo judicial não é somente fazer justiça material, mas trazer um fim à controvérsia. É importante que os julgamentos da Corte tenham estabilidade e certeza”. No original: “The purpose of a lawsuit is not only to do substantial justice but to bring an end to controversy. It is important that judgments of the court have stability and certainty” (JAMES JR., Fleming; HAZARD JR., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. *Civil procedure*. Boston: Little, Brown & Co., 1992. p. 581).

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

da ação rescisória (juízo de admissibilidade). Mais que cabível, é procedente, por violar a Constituição, o pedido de rescisão da sentença (juízo rescindente), sendo que *o novo julgamento da causa (juízo rescisório), como corolário lógico e necessário, terá de se ajustar ao procedimento da Suprema Corte*” (STJ, EDiv no REsp 608.122, 1.ª Seção, j. 09.05.2007, rel. Min. Teori Zavascki).

Na realidade, quando se admite que não há diferença entre contrariar precedente constitucional – que não existia à época em que a decisão foi proferida – e violar a Constituição comete-se um equívoco que está na base da teoria da interpretação, que seria potencializado mediante a suposição de que a única interpretação capaz de fazer ver a Constituição é a do STF – como se não houvesse controle difuso. Ora, a assimilação de precedente constitucional com norma constitucional revela falta de distinção entre enunciado do discurso do intérprete e enunciado do discurso das fontes. Não há correspondência biunívoca entre Constituição e precedente constitucional, como clara e concretamente demonstra a possibilidade de revogação de precedente constitucional, inclusive de precedente que declarou a inconstitucionalidade de lei.¹⁸ Um precedente do STF não declara a norma que sempre esteve contida na Constituição ou que sempre preexistiu à interpretação judicial. O precedente constitucional atribui sentido à Constituição ou o desenvolve de acordo com a evolução da sociedade e dos seus valores. Daí se poder falar em norma constitucional ou precedente constitucional como enunciados situados em planos diversos, afastando-se a crença falaz de que existiria uma correspondência biunívoca entre Constituição e interpretação do STF, única que poderia fazer supor que uma decisão legitimamente proferida por juiz incumbido de realizar controle difuso de constitucionalidade pode ser invalidada em virtude de ulterior decisão do STF – que teria o efeito de declarar a inconstitucionalidade da lei em que a anterior decisão se fundou.

Não fosse isso, se *ulterior* precedente torna a coisa julgada rescindível, não há decisão, tomada em controle difuso de constitucionalidade por juiz ordinário, que tenha alguma utilidade. Sempre importará a decisão do STF. A decisão proferida em controle difuso, embora possa produzir efeitos desde logo, *sempre colocará o jurisdicionado em estado de espera, sujeitando-o a uma decisão mais do que inútil; submetendo-o a uma decisão que, ao invés de resolver o litígio e criar uma confiança legítima, amplifica a litigiosidade latente e potencializa os males e as angústias decorrentes da pendência da ação, deixando*

18. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios...* cit., 4. ed. Capítulo 3, itens 4 e 5.

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

*perceptível que o processo que se desenvolveu com custos de todos os matizes talvez fosse desnecessário.*¹⁹

Perceba-se que tal raciocínio leva à conclusão de que uma decisão que produz coisa julgada material, e é legitimamente proferida pelo juiz, não gera qualquer proteção à confiança nela depositada.²⁰ Ora, admitir esta conclusão significa colocar o jurisdicionado na posição de alguém que pode ser “legitimamente” surpreendido depois de ter obtido decisão jurisdicional favorável transitada em julgado. Não é preciso dizer que isto viola, de forma escancarada, a segurança jurídica, princípio concretizador do Estado de Direito.

Por outro lado, deixando-se o plano subjetivo (do jurisdicionado), é imperioso frisar que não há decisão estatal legítima que possa ser desfeita pelo próprio Estado. A decisão em controle difuso de constitucionalidade é tão legítima quanto a decisão do STF. Ambas provêm do Poder Judiciário e são legitimadas pela Constituição. *O equívoco não expresso, porém contido nas decisões que admitem o desfazimento da coisa julgada em virtude de ulterior precedente do STF, está em não perceber que admitir uma decisão fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional não é o mesmo que admitir eficácia a uma lei declarada inconstitucional.*²¹ Lembre-se que, conforme bem adverte Galvão Teles, respei-

19. Como bem percebeu, em brilhante obra, Bruno Noura de Moraes Rêgo, “o inc. V do art. 485 do CPC/1973, usado como está sendo para rescindir julgados proferidos em sede de controle de constitucionalidade, serve para impedir a ação do controle difuso” (REGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 352).

20. Nessa linha, é absolutamente correta a análise de Leonardo Greco, no sentido de que rescisória que ressuscite questão de direito ampla e definitivamente resolvida no juízo rescindendo, com fundamento no art. 485, V, do CPC/1973, viola claramente a garantia da coisa julgada (GRECO, Leonardo. *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. Relativização da coisa julgada*. Salvador: Podium, 2008. p. 251 e ss.).

21. Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina entendem que, no caso de decisão de inconstitucionalidade, a decisão é juridicamente inexistente. Escrevem os ilustres processualistas: “Segundo o que nos parece, seria rigorosamente desnecessária a propositura da ação rescisória, já que a decisão que seria alvo de impugnação seria *juridicamente inexistente*, pois que baseada em ‘lei’ que não é lei (‘lei’ inexistente). Portanto, em nosso entender, a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art. 495 do CPC/1973, intentar ação de natureza declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação. O interesse de agir, em casos como esse, nasceria não da necessidade, mas da utilidade da obtenção de uma decisão nesse sentido, que tornaria indiscutível o assunto, sobre o qual passaria a pesar autoridade de coisa julgada. *O fundamento para a ação declaratória de*

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

tar a coisa julgada não significa reconhecer efeitos a uma lei inconstitucional, mas reconhecer efeitos a um *juízo* precedente sobre a inconstitucionalidade, diferente do juízo posteriormente feito na decisão de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional.²²

Também não há como aceitar o argumento de que a retroatividade do pronunciamento do STF sobre a coisa julgada é imprescindível para fazer valer a plenitude da Constituição. *Não se pense que a rescisão da coisa julgada fundada em lei declarada inconstitucional constitui a afirmação da constitucionalidade sobre a inconstitucionalidade.* A decisão, ainda que fundada em lei inconstitucional, é constitucional. Não fosse assim, não haveria sequer como admitir o prazo de dois anos para a propositura da ação rescisória.

A decisão, mesmo que fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional, é manifestação legítima do Poder Judiciário.²³ A coisa julgada que

inexistência seria a ausência de uma das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. Para nós, a possibilidade de impugnação das sentenças de mérito proferidas apesar de ausentes as condições da ação não fica adstrita ao prazo do art. 495 do CPC/1973” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 43).

22. TELES, Miguel Galvão. Inconstitucionalidade pretérita... cit., *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1987. p. 329.
23. No sentido do descabimento de ação rescisória com base em ulterior declaração de inconstitucionalidade do STF, ver o acórdão do STJ assim ementado: “Tributário – Ação rescisória – Violação a literal disposição de lei – FGTS – Expurgos inflacionários – Súmula 343 do STF – Declaração ulterior de inconstitucionalidade – Interpretação controvertida nos tribunais – Indeferimento liminar da petição inicial. 1. ‘Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais’ (Súmula 343 do STF). 2. Um dos pilares da segurança jurídica é exatamente o respeito à coisa julgada. Deveras, a eliminação da lei inconstitucional, em geral, deve obedecer os princípios que regulam a vigência das leis, impedindo-as de retroagir. 3. Desta sorte, salvo manifestação expressa nos acórdãos das ações de declaração de inconstitucionalidade, em controle concentrado, as decisões judiciais anteriores não podem ficar à mercê de rescisórias, sob o fundamento de terem sido proferidas com base em lei inconstitucional. 4. *Posicionamento diverso implica em violar dois institutos preservados pela Constituição, um instrumental e outro substancial: a saber, a coisa julgada e a segurança jurídica.* 5. Aliás, não é por outra razão que a Lei 9.868/1999, que regula a declaração de inconstitucionalidade, reclama termo *a quo* dos efeitos da decisão, expressamente consignados no acórdão, consoante o disposto no art. 27 da referida Lei. 6. A *ratio essendi* da Súmula 343 aplica-se *in casu*, por isso que se, à época do julgado, a lei estava em vigor, sem qualquer eiva de inconstitucionalidade, em prol do princípio da segurança jurídica prometida pela Constituição Federal, não se pode entrever

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

cobre esta decisão é imprescindível à tutela da segurança jurídica e à proteção do sistema de controle difuso da constitucionalidade, que não pode ser usurpado do Poder Judiciário. Assim, é equivocado relacionar afirmação da constitucionalidade com relativização da coisa julgada, uma vez que a coisa julgada é, inegavelmente, uma afirmação da Constituição.²⁴ Na realidade, “bem vistas as coisas, o problema não está na opção entre privilegiar a plenitude da Constituição ou, ao invés, a certeza do direito declarado judicialmente, porquanto a certeza do direito declarado judicialmente (ainda que inconstitucional) é ela própria uma das formas de que se reveste a certeza constitucional”. Portanto, como conclui Rui Medeiros, a ressalva da coisa julgada também constitui uma forma de assegurar a primazia da ordem constitucional.²⁵

Encontrar fundamento para a ação rescisória em pronunciamento do STF significaria mais do que a instituição de um “controle da constitucionalidade da decisão transitada em julgado” – significaria a reserva da autoridade para a interpretação constitucional, destituindo-se os juízes ordinários deste poder.

Se o STF deve zelar pela uniformidade da interpretação da Constituição, isto obviamente não quer dizer que a sua interpretação tenha o poder para dissolver a coisa julgada material. Aliás, se a interpretação do STF pudesse implicar desconsideração da coisa julgada, o mesmo deveria acontecer quando a interpretação da lei federal se consolidasse no STJ. Não se diga que a diferença entre as duas situações está em que, no caso da declaração de inconstitucionalidade, a coisa julgada se funda em lei inválida, enquanto “uma decisão contra a lei ou que lhe negue vigência supõe lei válida”.²⁶ Ora, como já foi dito, não admitir a rescisória a partir de pronunciamento do STF não significa atribuir efeitos a uma lei inconstitucional, mas sim *ressalvar os efeitos de um juízo*

violação àquela pelo acórdão que a prestigiou. 7. Agravo regimental improvido” (STJ, AgRg no Ag 461.196/DF, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, DJ 02.12.2002).

24. “A rescisão seria, assim, um veículo de restauração do controle concentrado sobre o controle difuso e não apenas a defesa da supremacia da Constituição. Seria, por assim dizer, um modo de fazer prevalecer os valores do controle concentrado sobre os valores do controle difuso. Seria prevalecer a generalidade sobre a especificidade. Tal concepção deve ser afastada, já que o controle difuso continua a ser a regra e é graças a ele que se torna possível a defesa dos direitos e garantias individuais” (RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil...* cit., p. 355).

25. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1999. p. 550.

26. STJ, REsp 127.510, 2.ª T., rel. Min. Ari Pargendler, DJU 02.03.1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

constitucional que aplicou uma lei posteriormente declarada inconstitucional pela Corte Suprema.

Chega-se, assim, ao momento propício para se desnudar o equívoco. Se a ação rescisória é proposta com base em precedente do STF, o seu fundamento não é violação de norma constitucional. O fundamento encontrado, mas não expressamente revelado, é *ius superveniens* ou direito superveniente. Porém, como é curial, o *ius superveniens* não pode ter efeito retroativo sobre a coisa julgada.

Portanto, a Súmula 343 também deve ser aplicada nos casos de resolução de questão constitucional. A tentativa de eliminar a coisa julgada que resultou de uma dúvida de constitucionalidade não só elimina o mínimo que o cidadão pode esperar do Poder Judiciário – que é a estabilização da sua vida após o encerramento do processo –, como também coloca em xeque a legitimidade dos juízes e tribunais para o controle difuso da constitucionalidade.

4. A ADOÇÃO DE "INTERPRETAÇÃO" DEPOIS DITA INCONSTITUCIONAL PELO STF: REFORÇO DA EVIDÊNCIA DE QUE A NORMA JUDICIAL NÃO SE CONFUNDE COM O TEXTO LEGAL E, ASSIM, NÃO PODE SER RESCINDIDA POR NORMA POSTERIORMENTE ELABORADA PELA CORTE SUPREMA

Como antes dito, a admissão da rescisão da coisa julgada em virtude de ulterior pronunciamento do STF se baseia na ideia de que uma lei inconstitucional não produz efeitos. Esta tese não percebe que admitir uma decisão fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional não é o mesmo que admitir eficácia a uma lei declarada inconstitucional. Como é óbvio, respeitar a coisa julgada não significa reconhecer efeitos a uma lei inconstitucional, mas reconhecer efeitos a um juízo anterior, diferente e sobretudo legítimo sobre a constitucionalidade.²⁷

É importante perceber que, quando se parte da premissa de que lei inconstitucional não produz efeitos para fundamentar a rescindibilidade da decisão judicial, não se faz a distinção entre o enunciado do discurso da fontes e o enunciado do discurso do intérprete, ou seja, não se faz a distinção entre disposição (texto legal) e norma (resultado-interpretação).²⁸ Simplesmente não se

27. TELES, Miguel Galvão. Inconstitucionalidade pretérita... cit., *Nos dez anos da Constituição*. p. 329.

28. "(...) la norma non è cosa ontologicamente diversa dalla disposizione: è semplicemente la disposizione *interpretata* e pertanto riformulata, o, da un altro punto di vista, un enunciato (interpretante) di cui l'interprete assume la sinonímia con l'enunciato

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

tem em conta que a coisa julgada material opera como *lex specialis*, separando a disciplina do direito feito valer em juízo da disposição geral e abstrata.²⁹

O equívoco chega a ser curioso quando cometido em âmbito preocupado com o direito processual constitucional. Isso porque a teorização da distinção entre texto e norma, de grande importância para o desenvolvimento da teoria do direito, serviu-se do exemplo da “interpretação conforme” como mola propulsora.

Realmente, a elaboração teórica que culminou na dissociação entre dispositivo legal e norma teve origem em uma questão prática, surgida na Itália à época em que a Corte Constitucional iniciou os seus trabalhos. Quando a Corte Constitucional italiana efetivamente começou a funcionar – depois de um atraso de quase dez anos devido às suspeitas em relação ao *judicial review* –, um dos primeiros problemas que teve que resolver foi o da identificação do objeto do juízo de inconstitucionalidade. A Corte entendeu que o objeto do juízo de inconstitucionalidade não é o texto da lei, mas a norma que é por ele expressa. A partir daí se introduziu uma separação estrutural entre texto e norma, que trouxe dois benefícios bastante significativos. Permitiu-se a declaração da inconstitucionalidade da interpretação, sem se declarar a inconstitucionalidade do texto legal respectivo, e favoreceu-se a interpretação de adequação da lei à Constituição.³⁰

Não é por acaso que um dos primeiros e principais trabalhos acerca da importância da dissociação entre dispositivo legal e norma foi escrito por Vezio Crisafulli, discípulo de Santi Romano, que se tornou um dos mais importantes constitucionalistas italianos do século XX, tendo sido nomeado membro da Corte Constitucional em 1968. O trabalho de Crisafulli foi publicado poucos anos depois do despertar do problema prático no seio da Corte Constitucional.³¹ Em essência, concluiu Crisafulli que a relação disposição/norma não é de correspondência biunívoca, tal e como se sugere mediante o postulado da “norma verdadeira” ou da interpretação correta. Para demonstrar a sua tese, argumentou que existem disposições “complexas”, que contêm proposições

interpretato (la disposizione)” (GUASTINNI, Riccardo. *Interpretare e argomentare... cit.*, p. 65).

29. PISANI, Andrea Proto. *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi. Rivista di Diritto Processuale*, 1990. p. 390.

30. CHIASSONI, Pierluigi. *Disposición y norma: una distinción revolucionaria. Disposición. vs norma*. Lima: Palestra, 2011. p. 8.

31. CRISAFULLI, Vezio. *Disposizione (e norma). Enciclopedia del diritto*, 1964.

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

“inseparáveis” de que podem derivar duas ou mais normas; que há disposições equívocas, que expressam “normas hipotéticas”, ou seja, duas ou mais normas alternativamente; e que cabe distinguir a “disposição-norma” da “norma-ordenamento” (ou norma “vivente”), sendo a primeira o significado “originário” e literal de uma disposição, identificado mediante uma interpretação centrada sobre a disposição isoladamente considerada, e a segunda o significado atual da disposição, à luz do sistema normativo, em sua abstrata objetividade, e também, em certa medida, na efetividade da sua concreta realização.³²

O desenvolvimento teórico da dissociação entre texto legal e norma teve origem na intenção de se conservar o texto legal, excluindo-se apenas as interpretações constitucionalmente inválidas, bem como fortaleceu a prática da interpretação de adequação do sentido do texto à Constituição. Lembre-se, aliás, de que antes do esclarecedor trabalho de Crisafulli, Luigi Montesano havia publicado “Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale”, em que apresentou uma tese reducionista e extremamente rigorosa em face do controle de constitucionalidade, segundo a qual o texto legal que abre oportunidade a interpretações não conformes à Constituição deve necessariamente ser declarado inconstitucional.³³

32. CHIASSONI, Pierluigi. *Disposición y norma: una distinción revolucionaria. Disposición. vs norma...* cit. p. 12-13.

33. Montesano concluiu dizendo que o sistema que procurou delinear significa, em termos práticos, que a Corte, quando nega a inconstitucionalidade, porém ao mesmo tempo revisa a fórmula legislativa em busca de aplicações contrárias à Constituição, não pode obrigar o legislador a melhorar esta fórmula, nem tampouco obrigar os juízes a se absterem destas aplicações, mas deve considerar-se impotente para defender a Constituição deste perigo ou eliminá-lo de vez, declarando inconstitucional a lei equivocadamente formulada (MONTESANO, Luigi. Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale. *Rivista di diritto processuale*, p. 539, 1958). A posição de Montesano nunca prevaleceu e a Corte Constitucional, no final dos anos 50, já trabalhava com as ditas sentenças interpretativas de acolhimento, declarando a inconstitucionalidade de determinadas interpretações do texto legal. (CHIASSONI, Pierluigi. *Disposición y norma: una distinción revolucionaria. Disposición. vs norma...* cit., p. 9). Recorde-se que o importante trabalho de Tullio Ascarelli (*Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione, Rivista de diritto processuale*, 1957, p. 351 e ss.), que contribuiu para o desenvolvimento da questão teórica da dissociação entre disposição e norma a partir do mesmo problema prático então vivido pela Corte Constitucional, aponta para sentido diametralmente oposto ao de Montesano: “Quando analisa a constitucionalidade de uma lei, o juiz constitucional se depara sempre com um texto que deve interpretar e que é equívoco. A univocidade pode ser apenas das aplicações concretizadas e não pode referir-se ao texto em função do qual se quer

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

Lembre-se que o § 12 do art. 525 do CPC/2015 fala em “*interpretação* de lei ou ato normativo tido pelo STF como incompatível com a Constituição”. Ora, se a interpretação é enunciado do discurso dos juízes (norma judicial), o que se tem, diante de ulterior – após a formação da coisa julgada – decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de determinada interpretação, nada mais do é do que dois enunciados válidos e legítimos sobre uma mesma questão constitucional. Não, como disse Crisafulli, uma “norma verdadeira” ou uma interpretação correta – uma correspondência biúnivoca –, que sustentaria a rescindibilidade da coisa julgada.

5. NÃO HÁ DISTINÇÃO ENTRE DECISÃO PROFERIDA EM CONTROLE CONCENTRADO E CONTROLE DIFUSO PARA EFEITO DE RESCINDIBILIDADE DE COISA JULGADA

Como é evidente, não há qualquer razão para distinguir decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade de decisão tomada em recurso extraordinário quando se pensa na possibilidade de rescindibilidade de coisa julgada com base em ulterior pronunciamento do STF.

A decisão proferida no controle concentrado, assim como a decisão proferida no controle difuso, não pode negar a coisa julgada. Ambas são interpretações judiciais posteriores à coisa julgada, embora a decisão proferida no controle difuso não tenha eficácia *erga omnes*, mas apenas eficácia obrigatória ou vinculante em relação aos seus fundamentos determinantes. Sucede que isto não tem qualquer importância para o efeito de se ter como inválida uma decisão antecedente, revestida por coisa julgada material. A decisão de inconstitucionalidade proferida no controle concentrado, não obstante tenha eficácia *erga omnes*, obviamente não tem eficácia retroativa.

A diferenciação das decisões proferidas nos controles concentrado e difuso, para efeito de rescindibilidade da coisa julgada, faria supor que a decisão de inconstitucionalidade é algo distinto de uma decisão judicial ou de uma decisão interpretativas de uma questão constitucional. A decisão de inconstitucionalidade proferida em ação direta nada mais é do um juízo sobre a constitucionalidade, que, por isso mesmo, não pode se sobrepor a um anterior juízo

estabelecer a norma objeto da análise. Qualquer texto pode dar lugar a interpretações divergentes e, portanto, à formulação de normas distintas. Uma dessas poderá ser inconstitucional, diversamente de outras” (ASCARELLI, Tullio. *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione. Rivista de diritto processuale*, p. 356-357, 1957).

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

também legítimo sobre a constitucionalidade, tutelado pela coisa julgada. Não é possível negar a coisa julgada sob a equivocada desculpa de se ter encontrado uma “norma verdadeira” ou uma “interpretação correta”, que jamais poderia ter sido negada para não se violar a Constituição. Como já dito, a rescisão da coisa julgada fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional não constitui afirmação da constitucionalidade sobre a inconstitucionalidade, já que a certeza do direito declarado judicialmente, ainda que inconstitucional, é uma das formas de que se reveste a certeza constitucional.³⁴

6. O VERDADEIRO FUNDAMENTO DA RESCISÓRIA: RETROATIVIDADE DO *IUS SUPERVENIENS* SOBRE A COISA JULGADA

Não pode haver dúvida que, se uma norma gera dúvida constitucional, expressa pela circunstância de existir dúvida interpretativa no controle difuso da constitucionalidade realizado pelos juízes e pelos tribunais, a decisão que adota uma das interpretações razoáveis não pode ser rescindida. Na realidade, pouco importa, para efeito de rescindibilidade, se a norma é constitucional ou infraconstitucional, já que ambas podem gerar dúvida interpretativa e, nesta dimensão, excluir a ação rescisória.

Portanto, a ação rescisória que se dirige contra decisão que tratou de questão prejudicial sobre a qual recaía divergência interpretativa não é fundada em violação de norma, mas em *ius superveniens*. Isto se torna evidente quando se percebe que esta rescisória não se preocupa com o teor da decisão rescindenda, ou seja, com a circunstância de a decisão ter ou não violado manifestamente uma norma, bastando para a procedência do pedido apenas um pronunciamento do STF com sinal contrário ao da decisão rescindenda.

Sustenta-se que a ação é fundada em “violação literal de lei” (art. 485, V, do CPC/1973) ou em “violação de norma jurídica” (art. 966, V, do CPC/2015) porque não há, nem poderia haver, ação rescisória amparada em *ius superveniens*.

7. A PREVISÃO DE HIPÓTESE DE RESCISÓRIA BASEADA EM ULTERIOR DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

De acordo com o § 15 do art. 525 do CPC/2015, “se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação

34. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade...* cit., p. 550.

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF”.

A norma do novo Código de Processo Civil merece muita atenção, pois ela é irremediavelmente inconstitucional. Note-se que, se o § 14 do art. 525 corretamente exclui a possibilidade de superveniente decisão de inconstitucionalidade obstaculizar a execução da sentença, o § 15 admite a sua invocação como sustentáculo de ação rescisória. Trata-se de duas normas claramente contraditórias, de modo que a segunda só pode ser compreendida como resultado de uma inserção descuidada, dessas que são feitas em uma lei de grande amplitude no apagar das luzes da discussão parlamentar.

Ora, a admissibilidade de alegação de decisão de inconstitucionalidade posterior à formação da coisa julgada é uma exceção à sua intangibilidade, pouco importante se a alegação é admitida para inibir a execução ou para fundamentar a ação rescisória. Obstaculizar a executabilidade da sentença é negar o título executivo ou a coisa julgada que a sustenta. Recorde-se que a coisa julgada sempre foi considerada um fundamento lógico-jurídico da execução (definitiva).³⁵ Da mesma forma, como ainda é mais evidente, ação rescisória com base em posterior declaração de inconstitucionalidade é uma macro exceção à intangibilidade da coisa julgada material.

Portanto, haveria racionalidade na admissão da alegação de posterior decisão de inconstitucionalidade apenas se isto não constituísse exceção à intangibilidade da coisa julgada material. Assim, exatamente porque não se estaria a afetar a coisa julgada material em qualquer dos casos, a admissão da dedução da posterior decisão de inconstitucionalidade em ação rescisória, e não em impugnação, seria mera opção legislativa.

Não obstante, como tanto a obstaculização da execução, quanto a rescindibilidade com base em ulterior decisão do STF obviamente constituem exceção à intangibilidade da coisa julgada material, exigiria-se outra resposta do legislador. Seria necessário argumentar, como única saída para a legitimação da norma do § 15, que a intangibilidade da coisa julgada se coloca apenas no plano processual, não estando garantida pela Constituição Federal.

Esse raciocínio é ainda mais absurdo do que o antecedente. A coisa julgada está claramente garantida no art. 5.º, XXXVI, da CF. Nenhuma lei pode dar ao

35. ANDOLINA, Italo. “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale. Milano: Giuffrè, 1983. p. 36 e ss; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Ed. RT, 1996. p. 40 e ss.

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

juiz poder para desconsiderar a coisa julgada material, até porque nenhum juiz pode negar decisão de membro do Poder Judiciário. A intangibilidade da coisa julgada material é essencial para a tutela da segurança jurídica, sem a qual não há Estado de Direito, ou melhor, sem a qual nenhuma pessoa pode se desenvolver e a economia não pode frutificar.

Nem se diga, nessa altura, que a alegação de decisão de inconstitucionalidade constituiria uma exceção constitucionalmente legítima à intangibilidade da coisa julgada, argumentando-se que a rescisão da coisa julgada fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional seria uma afirmação da constitucionalidade sobre a inconstitucionalidade. É sempre importante advertir que a garantia da coisa julgada não resguarda os efeitos de *uma lei* inconstitucional, porém ressalva os efeitos de *um juízo* constitucional que aplicou uma lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF.

Tudo isso significa que os juízes e tribunais não devem aplicar o § 15 do art. 525 do CPC/2015, dada a sua inescindível e insuperável inconstitucionalidade. Aliás, como será visto a seguir, o STF recentemente declarou a impossibilidade de ação rescisória baseada em ulterior precedente da sua lavra exatamente sob o fundamento de que *isso configuraria violação da garantia constitucional da coisa julgada material*.

8. O CASO METABEL V. UNIÃO FEDERAL: A NÃO ADMISSÃO DE AÇÃO RESCISÓRIA BASEADA EM ULTERIOR PRECEDENTE DO STF MEDIANTE A AFIRMAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA MATERIAL

O STF, recentemente, julgou recurso extraordinário que definiu a questão do cabimento de ação rescisória fundada em precedente do STF posterior à decisão rescindenda.³⁶ Decidiu-se expressamente sobre a aplicação da Súmula 343 do STF³⁷ em ação rescisória fundada em violação de norma constitucional e sobre se a admissão da ação rescisória, baseada em posterior precedente do STF, é compatível com a tutela da coisa julgada material.

O precedente firmado neste recurso extraordinário revogou o entendimento que até então prevalecia no STF,³⁸ declarando que decisão do STF, ulterior

36. STF, RE 590.809, Plenário, j. 22.10.2014, rel. Min. Marco Aurélio.

37. Essa súmula diz que não cabe “ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver *baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*”.

38. STF, RE-ED 328.812, 2.^a T., rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 02.05.2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

ao trânsito em julgado da decisão, não pode servir de fundamento para a ação rescisória. Declarou-se, ainda, que a Súmula 343 é aplicável em ação rescisória fundada em violação de norma constitucional, de modo que, quando há divergência interpretativa à época da prolação da decisão rescindenda, a ação rescisória não é viável. Decidiu-se, ademais, que a invocação de precedente constitucional ulterior à formação da coisa julgada, para o efeito de rescindi-la, é incompatível com a garantia constitucional da coisa julgada material. Ou seja, não só ressalvou-se a coisa julgada em face de precedente constitucional em sentido diverso, com ainda afirmou-se que a coisa julgada é garantida pela Constituição Federal.

O recurso extraordinário foi provido por sete votos a dois. Os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Luiz Fux, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski adotaram o fundamento de que novo entendimento ou precedente do STF não pode constituir base para a rescisão de decisão que com ele confronta. A Min. Carmén Lúcia disse que a decisão rescindenda, por ter se pautado em entendimento que prevalecia no STF na época em que proferida, não poderia ser rescindida. O Min. Toffoli reconheceu a decadência da ação rescisória e não se manifestou sobre a questão da possibilidade da desconstituição de decisão com base em precedente ulterior do STF. Os Ministros Gilmar e Teori dissentiram do fundamento da maioria, reafirmando as suas antigas posições.³⁹

Disse o relator, Min. Marco Aurélio: “a rescisória deve ser reservada a situações excepcionalíssimas, ante a natureza de cláusula pétrea *conferida pelo constituinte ao instituto da coisa julgada*. Disso decorre a necessária interpretação e aplicação estrita dos casos previstos no art. 485 do CPC, incluído o constante do inc. V, abordado neste processo. Diante da razão de ser do verbete [Súmula 343 do STF], não se trata de defender o afastamento da medida instrumental – a rescisória – presente qualquer grau de divergência jurisprudencial, mas de prestigiar a coisa julgada se, *quando formada, o teor da solução do litígio dividia a interpretação dos Tribunais pátrios* ou, com maior razão, se contava com óptica do próprio Supremo favorável à tese adotada. *Assim deve ser, indiferentemente, quanto a ato legal ou constitucional, porque, em ambos, existe distinção ontológica entre texto normativo e norma jurídica*”. Essa passagem deixa clara a aplicabilidade da Súmula 343 mesmo em caso de interpretação de norma constitucional. Aplicando-se a Súmula 343, decidiu-se que não cabe ação rescisória, fundada em violação de norma constituio-

39. STF, RE-ED 328.812, 2.^a T., rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 02.05.2008; STJ, EDiv no REsp 608.122, 1.^a Seção, j. 09.05.2007, rel. Min. Teori Zavascki.

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

nal, quando à época em que a decisão foi proferida havia controvérsia sobre a interpretação da norma.

Mas o STF, ao firmar o precedente, não só tratou da aplicabilidade da Súmula 343, ao enfatizar que novo entendimento do STF não pode ser visto como fundamento de ação rescisória, a Corte Suprema também declarou a tutela *constitucional* da coisa julgada material. Nas palavras do Ministro relator: “Não posso admitir, sob pena de desprezo à garantia *constitucional* da coisa julgada, a recusa apriorística do mencionado verbete [Súmula 343 do STF], como se a rescisória pudesse “conformar” os pronunciamentos dos tribunais brasileiros com a jurisprudência de último momento do Supremo, mesmo considerada a interpretação da norma constitucional”.

A ementa do acórdão consignou que “o verbete 343 da Súmula do Supremo deve ser observado em situação jurídica na qual, *inexistente controle concentrado de constitucionalidade*, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda”.⁴⁰ Ou seja, a ementa ressalvou a possibilidade de a ação rescisória ser utilizada com base em decisão proferida em “controle concentrado”. Porém, não obstante a circunstância de o próprio relator ter abordado esta questão de passagem, sem defini-la, a questão de se a decisão proferida em controle concentrado constitui base para ação rescisória não foi posta para julgamento ou, ainda, não constituía fundamento suficiente para se decidir se precedente do STF, firmado em sede de controle incidental, pode determinar a desconstituição da coisa julgada.

Sublinhe-se o que disse o próprio relator, Min. Marco Aurélio: “Na origem, o acórdão foi rescindido para conformá-lo à decisão deste Tribunal no sentido de o alcance do princípio da não cumulatividade não autorizar o lançamento de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI em decorrência da aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero. Vê-se não se tratar de referência a ato por meio do qual o Supremo assentou, com eficácia maior, a inconstitucionalidade de norma. *Estivesse envolvida* declaração da espécie, *poderia até cogitar, com muitas reservas*, do afastamento do verbete em favor do manejo da rescisória apenas para evitar a vinda à balha indiscriminada de decisão judicial, transitada em julgado, fundada em norma proclamada inconstitucional, nula de pleno direito. *Mas não é este o caso ora examinado*. Pretende-se, na realidade, utilizar a ação rescisória como mecanismo de uniformização da interpretação da Carta, particularmente, do princípio

40. STF, RE 590.809, Plenário, j. 22.10.2014, rel. Min. Marco Aurélio.

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

constitucional da não cumulatividade no tocante ao Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, *olvidando-se a garantia constitucional da coisa julgada material*.⁴¹ O relator foi incisivo ao dizer que não estava envolvida decisão proferida em controle concentrado e, mais do que isso, que, caso “estivesse envolvida”, a cogitação sobre ação rescisória poderia ser feita “com muitas reservas”. Ora, se uma questão é reconhecida como fora do julgamento (“estivesse envolvida”) e é admitida como não decidida (“poderia até cogitar, com muitas reservas”), ela certamente constitui *obiter dictum*.

De qualquer forma, as mesmas razões que impedem a retroatividade da decisão proferida em recurso extraordinário sobre a coisa julgada impedem a retroatividade da decisão proferida em controle concentrado. Ora, se ulterior decisão de inconstitucionalidade, ainda que proferida em ação direta, tornar a coisa julgada rescindível, não haverá decisão, tomada em controle difuso de constitucionalidade, dotada de alguma utilidade; *a coisa julgada sempre será provisória e sujeita a condição resolutiva, o que é uma contradição em termos*. Lembre-se que a decisão judicial, mesmo que fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional, é manifestação legítima do Poder Judiciário e que a coisa julgada que cobre esta decisão é imprescindível à tutela da segurança jurídica e à proteção do sistema de controle difuso da constitucionalidade.

9. CASOS EM QUE SE ADMITE AÇÃO RESCISÓRIA BASEADA EM VIOLAÇÃO DE NORMA CONSTITUCIONAL

A ação rescisória tem pleno cabimento em caso de manifesta violação de “norma jurídica” (art. 966, V, do CPC/2015). Diante da dissociação entre texto legal e norma e da função contemporânea do STF de definir o sentido do direito constitucional federal, norma jurídica é, além da decisão firmada em ação direta, precedente constitucional. Significa que cabe ação rescisória quando a decisão nega decisão proferida em ação direta ou precedente constitucional, tenham estes afirmado a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade. A decisão que se nega a adotar precedente ou decisão do STF que afirmou a constitucionalidade também é decisão que viola manifestamente norma jurídica e, assim, sujeita-se a ação rescisória.

Note-se que, quando se *nega* decisão proferida em ação direta, precedente ou ainda súmula do STF, é possível falar em “*violação de norma*”, o que certamente não ocorre quando é realizado *juízo* sobre a questão de consti-

41. STF, RE 590.809, Plenário, j. 22.10.2014, rel. Min. Marco Aurélio.

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

tucionalidade e, após o encerramento do processo, o STF fixa norma em sentido contrário.

Como se vê, cabe ação rescisória quando há negação de norma dotada de efeito vinculante, o que, obviamente, não poderia ser outra coisa que não violação manifesta de norma jurídica. Não há como negar que, nestas hipóteses, viola-se uma norma que vincula o conteúdo da decisão do juiz. O juiz ou o tribunal que, apesar do pronunciamento vinculante do Supremo, decide em sentido contrário, profere decisão que viola manifestamente o sentido que a Corte Suprema atribuiu ao direito.

Porém, há também violação manifesta de norma jurídica, nos termos do art. 966, V, do CPC/2015, quando a interpretação do texto é tão fácil e simples que a violação da norma jurídica *quase que se confunde* com a negação do texto. Não se pretende retomar, aqui, a discussão plantada por Hart sobre os enunciados que, no texto legal, estão em zonas de penumbra e de luz.⁴² Afirma-se, em determinada concepção teórica, que em todo texto legal há enunciados que estão na zona de luz e enunciados que estão na zona de penumbra, sendo que somente os últimos reclamam valoração e decisão, ao passo que os primeiros são normas pré-definidas, que podem ser simplesmente descritas. Não obstante, como demonstra Wróblewski, os “problemas penumbrados” são uma instância de dúvidas interpretativas que não podem escapar da valoração do intérprete.⁴³ Assim, a solução da questão sobre se a norma é “clara” ou “duvidosa” também depende de valoração, constituindo uma fase do raciocínio interpretativo, que, uma vez superada, dá ao intérprete a possibilidade de chegar num resultado que advém imediatamente do texto ou confere-lhe a oportunidade de, mediante nova valoração, decidir sobre o seu sentido.⁴⁴ A clareza obviamente não é algo que deflui objetivamente do texto. Não é um predicado do texto, mas o fruto do entendimento daquele que o lê. Clareza ou obscuridade são sentidos atribuídos a um texto legal pelo intérprete.⁴⁵

42. HART, Herbert. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

43. WRÓBLEWSKI, Jerzy. Transparency and doubt. Understanding and interpretation in pragmatics and in Law. *Law and Philosophy*, 1988. p. 322 e ss.

44. “Una disposizione è chiara, in relazione a un qualche problema da risolvere e a un qualche caso concreto da disciplinare, soltanto *dopo* averla interpretata (o compresa, o come dir si voglia)” (CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell’interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 62).

45. No mesmo sentido, afirma Taruffo que, em face da necessidade de definição a respeito de se o caso é fácil ou difícil, “o problema das opções interpretativas é reproposto integralmente, e não está resolvido nem esclarecido pela distinção [casos fáceis e

Contudo, se atribuir clareza é valoração, de modo que o resultado-interpretação nunca é apenas descrição, mas sempre norma jurídica – ao contrário do que supõem os teóricos da “zona de luz” –, não há como negar que determinados textos não suscitam controvérsia nos tribunais. Não se discute acerca da norma que deflui destes textos. Quando isso ocorre, ou melhor, quando não há controvérsia nos tribunais sobre a interpretação de uma disposição, a decisão que lhe confere interpretação contrária pode ser submetida a ação rescisória sob o fundamento de “violiar manifestamente norma jurídica” (art. 966, V, do CPC/2015).

10. MODULAÇÃO DE EFEITOS E COISA JULGADA

Como é óbvio, não importa que a ressalva da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade não esteja expressamente afirmada pela Constituição brasileira, à semelhança do que ocorre no art. 282, 3, da Constituição da República Portuguesa. Recorde-se que, segundo o art. 282, 3, da Constituição Portuguesa, diante da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, “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”. Como observa Rui Medeiros, a Constituição portuguesa (art. 282, 3, primeira parte) reconhece “que o sacrifício da intangibilidade do caso julgado só deve ter lugar nos casos extremos em que imperativos de justiça o justifiquem. À partida, uma simples alteração no plano normativo ou hermenêutico não justifica, perante situações de fato invariáveis, o afastamento da decisão transitada em julgado”.⁴⁶

Frise-se que a coisa julgada é instituto imprescindível à afirmação do Poder Judiciário e do Estado de Direito, além de garantia do cidadão à estabilidade da tutela jurisdicional, corolário do direito fundamental de ação e do princípio da proteção da confiança.⁴⁷ Portanto, o n. 3 do art. 282 da Constituição de

díficeis; núcleo de luz e zona de penumbra] em exame” (TARUFFO, Michele. La Corte di Cassazione e la legge. *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 93).

46. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade...* cit., p. 547-548.

47. “(...) quando a Constituição [portuguesa] (art. 282, 3) estabelece a ressalva dos casos julgados, isso significa a *imperturbabilidade* das sentenças proferidas com fundamento na lei inconstitucional. Deste modo, pode dizer-se que elas não são *nulas* nem *reversíveis* em consequência da declaração de inconstitucionalidade com força

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

Portugal não precisaria sequer existir para que a coisa julgada fosse ressalvada diante da declaração de inconstitucionalidade. De qualquer forma, no direito brasileiro a intangibilidade da coisa julgada está expressa no art. 5.º, XXXVI, da CF.⁴⁸ E, mesmo que aí não fosse encontrada, não poderia deixar de ser vista como corolário do Estado de Direito e expressão concreta do princípio da segurança jurídica.

De modo que no direito brasileiro, assim como acontece no direito português, em vez de ter de ser necessariamente ressalvada em toda e qualquer decisão de inconstitucionalidade, a coisa julgada, para ser atingida, tem de ter a sua força constitucional expressamente renegada diante de outro valor merecedor de excepcional proteção. Como esclarece Canotilho, a “exceção ao princípio da intangibilidade do caso julgado *não opera automaticamente como mero corolário lógico da declaração de inconstitucionalidade. A revisão de sentenças transitadas em julgado deve ser expressamente decidida pelo Tribunal em que se declare a inconstitucionalidade da norma*”.⁴⁹

obrigatória geral. Mais: a declaração de inconstitucionalidade não impede sequer, por via de princípio, que as sentenças adquiram *força de caso julgado*. Daqui se pode concluir também que a declaração de inconstitucionalidade não tem *efeito constitutivo* da intangibilidade do caso julgado (...). Em sede do Estado de Direito, o princípio da intangibilidade do caso julgado é ele próprio um princípio densificador dos princípios da garantia da confiança e da segurança inerentes ao Estado de Direito” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 1004).

48. 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 9.868/1999, já era imune a tais efeitos. Clèmerson Merlin Clève, em livro publicado em 1995, já dizia que “a coisa julgada consiste num importante limite à eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 169), enquanto o Min. Gilmar Ferreira Mendes, muito antes de 1999, frisou que o sistema de controle da constitucionalidade brasileiro contempla “*uma ressalva expressa a essa doutrina da retroatividade: a coisa julgada*. Embora a doutrina não se refira a essa peculiaridade [prevista no texto constitucional desde 1969], *tem-se por certo que a pronúncia de inconstitucionalidade não faz tabula rasa da coisa julgada erigida pelo constituinte em garantia constitucional* (CF/1969, art. 153, § 3.º). Ainda que não se possa cogitar de direito adquirido ou de ato jurídico perfeito fundado em lei inconstitucional, *afigura-se evidente que a nulidade ex tunc não afeta a norma concreta contida na sentença ou acórdão*” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 280).

49. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 1005.

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

Perceba-se que, nesta dimensão, o STF tem um poder maior do que o do Tribunal Constitucional português, uma vez que esse último, em princípio, não pode fazer a sua decisão retroagir sobre a coisa julgada, exceto quando “a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido”.

No direito brasileiro, portanto, o próprio poder de atribuir à decisão de inconstitucionalidade o efeito *excepcional* de retroagir sobre a coisa julgada já constitui algo que poderia ser questionado. O que significa que a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada, além de não ser uma *decorrência* desta decisão, ao ser *aceita* como *possível* constitui uma *excepcionalidade*, admissível tão somente quando o seu desfazimento for *necessário* para tutelar valor *imprescindível* ao Estado Constitucional, que, na hipótese concreta, tenha *justificado motivo* para *prevalecer* sobre a coisa julgada.

Se a coisa julgada pudesse desaparecer diante da decisão do STF, não só inexistiria razão para se dar ao juiz e aos tribunais o poder de controlar a constitucionalidade, *como também se estaria conferindo ao jurisdicionado uma coisa julgada sob “condição negativa imprevisível”* – sob a condição de o STF não declarar a inconstitucionalidade da norma que fundou a decisão. Além de negar a razão de ser da coisa julgada e os princípios da segurança e da proteção da confiança, isto significaria, ainda, evidente lesão ao direito fundamental de ação, que tem como corolário o direito a uma decisão imutável e indiscutível. Dar à decisão de inconstitucionalidade o efeito automático e imediato de desfazer a coisa julgada significa não ver que a circunstância de uma lei inconstitucional não produzir efeitos válidos não interfere sobre a eficácia da decisão que a teve por constitucional e, além disso, que a coisa julgada é tutelada pela Constituição.

Porém, o STF pode permitir o alcance da coisa julgada. Tal pode ocorrer, por exemplo, no caso em que se declara a inconstitucionalidade de um tributo. Em um caso como este, a declaração de inconstitucionalidade retira da Fazenda Pública o poder de cobrar os tributos não pagos, ainda que o contribuinte não os tenha questionado na esfera administrativa ou na judicial. Nos processos que tiverem sido instaurados, diante da vinculação dos juízes e tribunais à decisão do STF, as decisões terão de ser necessariamente favoráveis ao contribuinte. Assim, no caso de ação para não pagar, ficará o contribuinte isento do pagamento e, na hipótese de ação de repetição, receberá os valores pagos de volta. Nesta situação, certamente surgiria a preocupação com os contribuintes que já receberam decisões desfavoráveis transitadas em julgado. Mas os juízes e os tribunais não podem questionar a coisa julgada sob o argumento de o STF

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

ter declarado a inconstitucionalidade da lei. A decisão de desafirmação da coisa julgada é atributo exclusivo do STF.

O STF não tem motivo para limitar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade para que a coisa julgada seja preservada, mas excepcionalmente, considerando relevante valor constitucional que, diante das circunstâncias concretas, sobrepõe-se, pode decidir de modo a desfazê-la. Se, por “modular efeitos”, não se tem apenas *limitar* efeitos, mas também *potencializar* os efeitos, outorgando-lhes força que, em princípio, não têm, é possível usar a oportunidade conferida pela técnica da “modulação de efeitos” para, em casos excepcionalíssimos, extrair da decisão de inconstitucionalidade o efeito de atingir a coisa julgada. É certo que, nesse caso, não se está regulando os efeitos da decisão de inconstitucionalidade *no tempo*, mas conferindo-se determinada *qualidade* a estes efeitos. Porém, não importa. O que realmente releva é que isso é importante para o adequado exercício da jurisdição constitucional.

De outra parte, diante deste grande poder, é absolutamente necessário estabelecer critérios em nome da segurança jurídica. Estes critérios podem ser definidos em lei ou no próprio regimento interno do STF. Por enquanto, a ideia de balanceamento tem pautado as decisões do Supremo, como a tomada por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários 556.664, 559.882, 559.943 e 560.626.⁵⁰ Porém, não há razão para se admitir uma decisão fundada em uma argumentação muito difícil de ser racionalizada quando se podem instituir critérios seguros para decidir.

O balanceamento é um critério ou método de decisão a ser adotado à falta de outros que permitam uma decisão mais segura. Portanto, se não existem indicações normativas, mostra-se imperioso construir um sistema de autocontrole dos juízos relativos à “modulação dos efeitos”.

Assim, o Supremo, ao decidir e fixar os critérios para a modulação dos efeitos, estará se autovinculando para os casos futuros. Os julgados do STF obrigam e vinculam as futuras decisões da própria Corte, mantendo-a atrelada aos critérios que foram anteriormente utilizados e explicitados em situações similares. Em outros termos, o trabalho do próprio Supremo, na construção dos seus precedentes, mais uma vez representará a melhor forma de controle e de racionalização das suas decisões.

No caso de decisão que autoriza o alcance da coisa julgada, o STF deverá explicitar as razões da adoção deste drástico efeito, esclarecendo os motivos para

50. STF, RE 559.882-9, Pleno, j. 12.06.2008, rel. Min. Gilmar Mendes.

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

se deixar de lado o valor da coisa julgada. Estes motivos vinculam o Supremo, impedindo-o de deles se libertar em decisões futuras a respeito do tema. Essa vinculação somente poderá cessar caso a Corte demonstre que os motivos já adotados não devem ser reprisados diante das especificidades de um novo caso. Recai sobre o Supremo um forte ônus argumentativo. Somente a superação deste ônus permitirá à Corte se libertar dos critérios que antes utilizou.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O controle coletivo de constitucionalidade no direito brasileiro – uma evolução democrática e simplificadora, de Oswaldo Luiz Palu, *RDCI* 30/222, *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 5/753 (DTR\2000\39).

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*. vol. 251. ano 41. p. 275-307. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

