

**COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL-ANÁLISE DE UM CASO
CONCRETO.**

Julio Bernardo do Carmo.¹

Feita a necessária omissão de nomes, por se tratar de um caso concreto submetido á nossa apreciação judicial, temos que, em determinado município, vigorava certa lei local que só outorgava a benesse de licença prêmio aos funcionários públicos, ou seja, aos detentores de cargos públicos, sujeitos ao chamado vínculo de natureza estatutária. Posteriormente houve emenda à lei orgânica do município acrescentando-se um parágrafo à referida lei local com o propósito de conceder o benefício da licença prêmio aos servidores públicos celetistas. Com base nesta lei local, modificada, vários empregados públicos que não recebiam o benefício em epígrafe, em que pese a literalidade da lei local, ingressaram com ações trabalhistas na justiça do trabalho. A sentença de primeira instância, deferiu a pretensão dos servidores celetistas, com base na seguinte argumentação :

“ ... o pedido formulado pelos reclamantes diz respeito à concessão e/ou pagamento das férias prêmio. A reclamada não nega a existência de tal direito em sua legislação, mas afirma ser devido o benefício apenas aos estatutários e não aos empregados regidos pela CLT. A lei orgânica municipal, em sua redação primária, fazia apenas referência ao direito à concessão de férias prêmio, sem, no entanto, mencionar a quem se destinaria a concessão do benefício, pois remetia aos “ termos da lei “.

Já a lei municipal posterior fazia referência apenas a cargo ou função pública, não podendo admitir que estariam abrangidos os empregados da municipalidade. Contudo, como se trata de lei hierarquicamente inferior, regulamentou apenas parte do dispositivo já mencionado anteriormente.

Com a mudança da redação do artigo “ y “ da lei orgânica municipal, a expressão “ servidor “ não tem o alcance que pretende a reclamada, já que este é gênero, tanto servindo para designar cargos, funções ou emprego público. Uma vez estipulado o direito na legislação municipal, se aplica a todos os servidores indistintamente, estatutários ou não.

De toda sorte, não há vedação no ordenamento jurídico que se estabeleça direitos a empregados superiores àqueles já previstos na legislação. A extensão de benefícios típicos dos estatutários não implica em ofensa aos preceitos constitucionais, a não ser quando absolutamente incompatíveis, o que não é o caso dos autos.

De toda sorte, não há prova, também, da inexistência de previsão orçamentária para cobrir os gastos com a possível “ despesa “ suplementar criada com a nova redação.

No tocante à tese defensiva de que o projeto de lei seria de iniciativa do Prefeito e não o foi, cumpre lembrar que a norma em questão já existia, pelo menos, desde 1990, e houve apenas explicitação de seu conteúdo. De toda sorte, não está, em referido artigo, buscando a criação de cargos e funções, mas a concessão de direito aos empregados.

Não há, como visto, invasão de competência legislativa, como afirma a defesa.

O que se afigura, no caso, é que a lei citada, após ter sido inicialmente prevista para regular algumas situações, afastou-se da proposição anterior e ganhou novos contornos com a sua redação. Tanto assim que a municipalidade argui a inconstitucionalidade da medida apenas em parte, ou seja, pela interpretação que lhe é desfavorável.

¹ Júlio Bernardo do Carmo é desembargador federal do Trabalho, integrante da 4ª. Turma e da 2ª. Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região.

Mas não se pode creditar a redação legislativa a apenas um acidente, já que, anteriormente, foi proposta uma redação mais explícita a respeito do mesmo tema, no qual os empregados eram diretamente beneficiados.

Diante do que consta dos autos, tenho que a norma em questão visou apenas regular uma situação (normatizar) já existente no âmbito da administração e, assim, não teria sentido passar a contar o período aquisitivo do benefício apenas da edição da lei. Novamente, se fosse outra a intenção do legislador, haveria de ser ressaltadas as situações pretéritas e isto não ocorreu.

Em face do acima exposto, defiro aos reclamantes a concessão de férias prêmio, nos termos do artigo “ y “ da lei orgânica municipal, considerando as normas aplicáveis (inclusive quanto a data de concessão e aos limites estipulados em legislação municipal) ou a conversão do benefício em pecúnia, opção essa que deve ser manifestada pelos autores até o trânsito em julgado desta decisão “. (*sic, transcrição literal da d. sentença rescindenda*).

Como se pode divisar da transcrição acima, a d. sentença rescindenda apenas rendeu irrestrita observância à letra da lei local que, com a redação imprimida posteriormente, efetivamente estendeu aos servidores celetistas o direito à percepção de férias prêmio, antes só outorgado aos servidores estatutários.

Força ressaltar, todavia, que o caso concreto que se traz à lume apresentou certa singularidade, ou seja, o fato de que, somente após o trânsito em julgado da sentença rescindenda, quando até então era presumida a constitucionalidade da lei impugnada, é que a Procuradoria Geral de Justiça aforou, perante o Tribunal de Justiça, ação direta de inconstitucionalidade da lei epigrafada, sob o argumento de que a mesma teria sido editada com incontornável vício formal, haja vista que tendo contemplado o direito a percepção de férias prêmio aos servidores públicos celetistas, importando assim aumento de despesa para o Erário, não se estipulou a devida fonte de custeio da benesse e o que é mais grave : o projeto de alteração da lei municipal não teve sua origem no Poder Executivo, conforme incontornável exigência prevista tanto na Constituição Federal, como na Constituição do Estado, advindo daí a sua inconstitucionalidade.

De fato, o Tribunal de Justiça, divisando a relevância do pedido, deferiu liminar para suspender a eficácia da legislação municipal contestada até que o mérito da ação direta de inconstitucionalidade fosse apreciada.

Ajuizada ação rescisória pela municipalidade com o fito de desconstituir a d. decisão rescindenda, quando já aparelhada a execução, com espedeque na possível declaração de inconstitucionalidade da lei municipal que serviu de lastro ao julgado exequendo, evidenciados os supostos fático-jurídicos da cautelar incidente, ou seja, a fumaça do bom direito e o perigo da demora, foi deferida liminar, especialmente tendo em visto o que consta do artigo 741, parágrafo único, do CPC, para suspender a execução da sentença rescindenda até que houvesse apreciação de seu mérito.

O fato superveniente, de aspecto jurídico relevante, consubstancia-se em que o Tribunal de Justiça, no mérito, julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade, para suspender a eficácia da lei local, especificamente o artigo “ y “ na parte em que estendia a servidores celetistas o direito à percepção de férias prêmio.

Surge, a partir daí, a seguinte indagação : a declaração de inconstitucionalidade da lei municipal em que se baseou a sentença rescindenda, só alcançada após o seu trânsito em julgado, tem, por si só, o condão de autorizar o corte rescisório com lastro no inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil ?

Em suma, a declaração superveniente da inconstitucionalidade da lei municipal contestada fez aflorar na lide o instituto pouco manejado da chamada “ *coisa julgada inconstitucional* “ e bem por isso igualmente a indagação de quais seriam os remédios jurídicos de que a parte interessada poderia utilizar para fazer prevalecer, mesmo contra a coisa julgada, a eiva de inconstitucionalidade que passou a contaminar a decisão rescindenda.

A doutrina a respeito do tema ainda é vacilante e não contém marcos jurídicos sólidos ou definidos no sentido de se resolver de forma unívoca o presente imbróglio jurídico.

A se interpretar, de forma literal o artigo 485 do Código de Processo Civil e respectivos incisos, chegaríamos facilmente à conclusão de que o sistema processual civil pátrio não contempla hipótese de corte rescisório para a decisão judicial que, posteriormente ao seu trânsito em julgado, venha a contrariar a Constituição, em face da declaração superveniente em ação direta (controle concentrado) da inconstitucionalidade da lei municipal na qual estribou-se a sentença rescindenda.

Ora, se não há previsão de corte rescisório para a sentença que dirime a pretensão de direito material, com lastro em lei cuja constitucionalidade foi supervenientemente colocada em xeque, deve prevalecer, em nome da segurança jurídica e da certeza das decisões judiciais, a intangibilidade da coisa julgada.

Exatamente por inexistir permissivo legal expresso para o corte rescisório da chamada coisa julgada inconstitucional superveniente, é que a atividade judicial deve ser sopesada de acordo com entendimento que os tribunais imprimiam à lei marginada no momento em que a decisão foi proferida.

Partindo-se do pressuposto de que a lei contestada era presumidamente constitucional à época da emissão da sentença e de que era razoável o entendimento jurisprudencial no sentido de que a mesma não padecia de qualquer eiva de inconstitucionalidade, porque a intenção manifesta do legislador municipal foi estender aos servidores públicos celetistas a benesse das férias prêmio, antes só outorgada aos servidores públicos estatutários, chega-se à conclusão de que a eventual injustiça da decisão rescindenda ou mesmo a razoável interpretação que emitiu a respeito da lei municipal contestada, não comportaria o manejo com sucesso da ação rescisória, nos termos das súmulas ns. 343 do Excelso Supremo Tribunal Federal e 83, inciso I, do Colendo TST, no sentido de que “ ***não procede pedido formulado na ação rescisória por violação literal de lei se a decisão rescindenda estiver baseada em texto legal infraconstitucional de interpretação controvertida nos Tribunais*** “.

Esta presunção de constitucionalidade persiste enquanto não for a lei municipal, em que se baseou a sentença, declarada inconstitucional, através do controle concentrado, como na espécie, e ainda assim tal declaração não pode violar o princípio da segurança jurídica e nem o selo da autoridade da coisa julgada.

Daí seu efeito meramente *ex-nunc*.

O efeito *ex-tunc* da declaração de inconstitucionalidade apenas deve ser respeitado se, ao tempo de emissão da sentença, a lei que lhe servir de suporte já estivesse contaminada pela eiva da inconstitucionalidade material.

Ou seja, naqueles casos onde a inconstitucionalidade, por ser material, é manifesta, inequívoca e incontornável.

O efeito *ex-tunc* no controle concentrado exige assim dupla condição: que tenha sido observado regularmente o processo legislativo competente e que a inconstitucionalidade seja material.

Quando a constitucionalidade da lei municipal, como na espécie, é duvidosa, porque ocorrente mero vício de forma, os efeitos *ex-tunc* da declaração de sua inconstitucionalidade superveniente poderiam, inclusive, interferir com a convalidação tácita do ato legislativo contestado, pois é sabido que, em certos casos, a lei, mesmo editada com vício de forma em sua iniciativa, pode sim retomar o leito da constitucionalidade, se e quando, recebendo o projeto de lei, o Chefe do Executivo o sanciona sem qualquer condicionamento.

Neste sentido dispõe a súmula n. 5 do Excelso Supremo Tribunal Federal : “ *a sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo* “, singularidade que, não raro, pode passar despercebida no momento da análise da inconstitucionalidade da lei contestada no âmbito do controle concentrado.²

Insiste-se : havendo declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, decorrente de mero vício de forma de iniciativa na tramitação do projeto de lei, a presunção de sua constitucionalidade se arrasta até a data em que se pronuncia a sua nulidade, disso resultando que sua nulificação não retroage no tempo para destruir a autoridade da coisa julgada. Ainda que o efeito *ex-tunc* tenha sido declarado e reconhecido no controle concentrado, a decisão superveniente, seja do excelso Supremo Tribunal Federal, ou dos Tribunais de Justiça, que importe na declaração de inconstitucionalidade da lei em que se lastreou a sentença, quando se trata de mero vício de forma de origem na tramitação do projeto de lei, deve ter tal efeito interpretado de forma mitigada, porque o impacto *ex-tunc* dali advindo deve ser necessariamente direcionado para atingir situações que estejam se desenvolvendo com fundamento na lei posteriormente tizada de inconstitucional, não aquelas situações jurídicas já apreciadas pelo Poder Judiciário e já imantadas pelo selo da coisa julgada.

Ademais, como dito alhures, em que pese o suposto vício de forma, o d. juízo sentenciante plasmou entendimento razoável no sentido da constitucionalidade da lei municipal contestada, a qual presuntivamente mereceu sanção por parte do Chefe do Executivo.

Dentro desta ótica, o fato jurídico superveniente que importou na declaração de inconstitucionalidade da lei aplicada na sentença rescindenda, quando já aparelhada a execução forçada, não pode interferir na autoridade da coisa julgada, que também tem previsão constitucional e que deve ser respeitada em nome da segurança jurídica, princípio que é igualmente um apanágio indiscutível e incontornável do chamado Estado de Direito.

Mostra-se irrelevante indagar se a coisa julgada inconstitucional é nula ou inexistente, porque tais características em nada prejudicam a autoridade e a soberania da coisa julgada, não mais passível de rescindibilidade pelo simples fato de posteriormente ter sido declarada inconstitucional a lei municipal em que se lastreou a sentença.

De lege ferenda, como reconhecem os juristas, deveria mesmo existir uma hipótese de rescindibilidade das decisões judiciais que venham a ofender a Constituição, e a salvo de qualquer prazo decadencial, porque a sentença inconstitucional não poderia prevalecer no mundo jurídico, exatamente porque a lei que dirimiu a pretensão de direito material simplesmente teria deixado de existir. A única ressalva que se faz é a de que tal previsibilidade deveria restringir-se aos casos onde ocorre a inconstitucionalidade material da lei contestada, não porém quando a mesma fosse contaminada por mero vício de origem em sua tramitação.

Todavia, como dito, não existe esta previsão de corte rescisório e sendo a autoridade da coisa julgada, aliada ao princípio da segurança jurídica, que deve permear a existência do Estado de Direito, valores impostergáveis de nosso direito positivo, a rescisória na espécie não teria a necessária empolgação.

² Muito embora a súmula em epígrafe tenha perdido sua eficácia a partir da vigência da Constituição Federal de 1.988, como já acontecia à época da vigência da emenda constitucional de 1969, remanesce em favor do efeito retrooperante *ex-nunc* da declaração superveniente de inconstitucionalidade, por vício de forma na origem, da lei em que se lastreou a sentença rescindenda a singularidade de que o ente público efetivamente quis outorgar e efetivamente outorgou a benesse aos servidores públicos celetistas, que a partir da vigência da lei municipal passaram a receber a licença-prêmio, sendo que no caso de decisão judicial transitada em julgado, a referida vantagem pecuniária incorpora-se em definitivo ao patrimônio dos destinatários, não sendo mais passível de supressão com espeque em inconstitucionalidade formal superveniente porque restariam vilipendiados dois princípios fundamentais, ou seja, tanto o da segurança jurídica como o da irrestrita boa fé, cessando a obrigação municipal de pagar o benefício apenas após a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo (logo, com efeito apenas para o futuro), até porque nada impede que outro projeto de lei seja editado sem vício de forma na origem para que seja assegurada em caráter permanente, incontestável e insuprimível, a vantagem pecuniária que veio a ser retirada dos servidores celetistas.

Assim, já estando aparelhada a execução forçada, a superveniente declaração de inconstitucionalidade da lei em que se baseou a sentença não tem o condão de apagar do mundo jurídico os efeitos sedimentados da coisa julgada. O efeito desta declaração superveniente de inconstitucionalidade deve ser tipicamente *ex-nunc*, mesmo quando eventualmente o termo “ *ex-tunc* “ tenha sido utilizado no acórdão proferido no âmbito do controle concentrado, pois, para se preservar o bem maior da segurança jurídica, a eficácia retroativa *ex-tunc* da referida decisão só pode atingir situações que estejam se desenvolvendo com fundamento na lei contestada, jamais situações jurídicas já constituídas, dirimidas e imantadas pelo selo intangível da coisa julgada.

Neste sentido deve ser trazido à baila o ensinamento doutrinário dos insignes processualistas Nelson Néri Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, quando enfatizam com arguta propriedade que :

“ Título judicial é sentença transitada em julgado, acobertada pela autoridade da coisa julgada. Esse título judicial goza de proteção constitucional, que emana diretamente do Estado Democrático de Direito. (CF, artigo 1º , caput), além de possuir dimensão de garantia constitucional fundamental (CF, artigo 5º, inciso XXXVI). Decisão posterior, ainda que do Supremo Tribunal Federal, não poderá atingir a coisa julgada que já havia sido formada e dado origem àquele título executivo judicial. A decisão do Supremo Tribunal Federal que declara inconstitucional lei ou ato normativo tem eficácia retroativa ex-tunc, para atingir situações que estejam se desenvolvendo com fundamento nessa lei. Essa retroatividade tem como limite a coisa julgada.(CANOTILHO. Direito Constitucional, p. 1013/1014). Não pode alcançar, portanto, as relações jurídicas firmes, sobre as quais pesa a AUCTORITAS REI JUDICATE, manifestação do Estado Democrático de Direito (do ponto de vista político-social-coletivo) e garantia constitucional fundamental (do ponto de vista do direito individual, coletivo ou difuso). A esse respeito, ressaltando a coisa julgada dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade, embora nem precisasse fazê-lo, é expressa a Constituição Federal Portuguesa (art. 282, n. 3, 1ª. Parte). Caso se admita a retroação prevista na norma ora comentada (art. 741, parágrafo único, do CPC), como possível, isso caracterizaria ofensa direta a dois dispositivos constitucionais : CF. art. 1º, caput (ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, do qual a coisa julgada é manifestação) e art. 5º, XXXVI (garantia individual ou coletiva da intangibilidade da coisa julgada). A norma instituída pela Lei n. 11.232/05 é portanto materialmente inconstitucional. Não se trata de privilegiar o instituto da coisa julgada, sobrepondo-o ao princípio da supremacia da Constituição, como constou do voto do Ministro Relator em decisão do STJ sobre a matéria, na vigência do texto revogado pela Lei 1.132/05 (STJ-1ª. T. Resp. 720953-SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 28.06.2005, p., DJU. 22.8.2005, p. 142). A coisa julgada é a própria Constituição Federal, vale dizer, manifestação, dentro do Poder Judiciário, do Estado Democrático de Direito (CF art. 1º, caput), fundamento da República.” (Código de Processo Civil Comentado, 9ª. Edição, RT, 2006, p. 471).

No mesmo diapasão vem vazado o entendimento doutrinário do insigne Ministro Gilmar Mendes Ferreira, presidente do excelso STF, quando enfatiza que :

“ Tem-se por certo que a pronúncia de inconstitucionalidade não faz tábua rasa a coisa julgada erigida pelo constituinte em garantia constitucional. Ainda que não se possa cogitar de direito adquirido ou ato jurídico perfeito, fundado em lei inconstitucional, afigura-se evidente que a nulidade ex-tunc não afeta a norma concreta contida na sentença ou no acórdão “ . (Apud Rodrigues, Fernando de Lucca Coccato. A ação rescisória como forma de relativização da coisa julgada. Monografia. Porto Alegre. 2006).

Perfilha o mesmo entendimento o renomado processualista Luiz Guilherme Marinoni, quando adota ponto de vista doutrinário que inviabiliza a desestabilização da coisa julgada em casos tais. Confira :

“ A declaração de inconstitucionalidade de uma lei não pode retroagir para modificar a coisa julgada e inclusive faz o autor uma comparação com a declaração de inconstitucionalidade no Direito Português, ponderando que, por força do artigo 282, parágrafo terceiro, daquela Constituição, tais efeitos não atingirão a coisa julgada “ (ARENHART, Sérgio Luiz. *Manual do Processo de Conhecimento*, 5ª ed., SP, *Revista dos Tribunais*, p. 667, 2006).

A prevalecer a tese jurídica atrás sustentada e que se estriba em lições doutrinárias de boa cepa, não pode vingar a ação rescisória intentada com o fito de esvaziar o comando da coisa julgada, se e quando declarada de forma superveniente a inconstitucionalidade da lei em que se estribou a d. sentença rescindenda.

Este, igualmente, é nosso posicionamento pessoal, quando a declaração superveniente de inconstitucionalidade da lei em que se baseou a sentença rescindenda se atem à análise de mero vício de forma na origem de sua tramitação.

Passamos a analisar agora a vertente doutrinária que se estriba nos efeitos inexoravelmente *ex-tunc* da declaração superveniente de inconstitucionalidade da lei em que se lastreou a sentença, com efeito irrisivo do comando da coisa julgada, muito embora, em nossa concepção, como visto acima, tal postura só deva ser sobraçada quando está em jogo a inconstitucionalidade material do ato legislativo contestado.

Ou seja, quando se aborda o instituto jurídico da coisa julgada, a idéia subjacente é de que se trata de instrumento idealizado pelo direito com o objetivo de imprimir certeza e estabilidade às relações jurídicas. Torna-se lugar comum afirmar que a coisa julgada foi idealizada como instituto jurídico com o propósito manifesto de simbolizar o provimento judicial que se pressupõe em simetria com a ordem constitucional.

A dúvida que atormenta os juristas surge quando a coisa julgada ofende a Constituição Federal, havendo um segmento da doutrina que assevera que nesta hipótese a coisa julgada deixa de representar a segurança designada pela sociedade, mostrando-se inválida como instrumento de certeza e de justiça. Como já ressaltado alhures, outra corrente doutrinária pondera que, mesmo quando há o contraste com a Constituição, deve prevalecer imutável e intangível a autoridade da coisa julgada, tendo em vista o princípio da segurança jurídica.

A observação que se faz é a de que os doutrinadores têm preocupado mais com o estudo dos atos legislativos que agridem a Constituição, deixando sem perquirição minudente quais seriam os efeitos dos atos judiciais que contenham a eiva de inconstitucionalidade, ainda que este vício venha a ser reconhecido posteriormente à formação da coisa julgada.

No entanto, embora não com o espectro e alcance jurídico desejados, alguns estudiosos do direito vêm se preocupando com a questão da constitucionalidade das decisões judiciais e dos efeitos da inconstitucionalidade sobre a *auctoritas rei judicata*, buscando resposta para o problema crucial de saber se realmente as decisões judiciais constituiriam ainda um reduto intransponível, verdadeiro feudo, não sujeito a qualquer juízo de reprovação ou espécie de controle de sua conformidade com a Constituição.

A favor da relativização da coisa julgada podemos citar alguns juristas de escol, dentre eles nosso festejado Humberto Theodoro Júnior, que de forma veemente explicita que :

“ ... torna-se imprescindível repensar-se o controle dos atos do Poder Público e em particular da coisa julgada inconstitucional, na busca de soluções que permitam conciliar os ideais de segurança e anseios de justiça, lembrando sempre, nesta trilha, que num Estado de Direito Democrático, tal como a lei positiva não é absoluta, também não o são as decisões judiciais. Absoluto, este sim, é sempre o Direito, ou, pelo menos, a idéia de um direito justo. E arremata : a coisa julgada não pode suplantar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um

instituto mais elevado e importante que a lei e a própria Constituição. Se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde a sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada? A inferioridade hierárquica do princípio da intangibilidade da coisa julgada, que é uma noção processual e não constitucional, traz como consectário a idéia de submissão ao princípio da constitucionalidade. Isto nos permite a seguinte conclusão: a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme a Constituição. Se desconforme, estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando coisa julgada inconstitucional. Dúvida não mais pode subsistir que a coisa julgada inconstitucional, sendo nula, não se convalida". (Theodoro Júnior, Humberto Theodoro; Juliana Cordeiro de Faria. In A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. Revista dos Tribunais. São Paulo. P. 24. janeiro de 2.002).

Ainda em favor da relativização da coisa julgada temos Paulo Otero, quando enfatiza que :

“ O que verdadeiramente está em causa nas decisões judiciais inconstitucionais não é a violação de uma vontade jurídica dotada de idêntica legitimidade constitucional, tal como sucede nas decisões judiciais violadoras do direito infraconstitucional. Os Tribunais são titulares de um poder constituído e não constituínte. O Poder Judiciário detém uma soberania exercível nos quadros da Constituição, não podendo criar decisões sem fundamento direto ou em oposição ao preceituado na Lei Fundamental “ (OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. In Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional . Lisboa. Lex. 1.993, p. 54).

E ainda na mesma postura doutrinária Carlos Valder do Nascimento :

“... sendo certo que as decisões jurisdicionais configuram atos jurídicos estatais, posto reproduzir a manifestação da vontade do Estado, sua validade pressupõe estejam elas em consonância com os ditames constitucionais. Por esse motivo, não se pode convalidar sua inconstitucionalidade , visto ser improvável abrir mão de mecanismos suscetíveis de permitir a efetivação de modificações imprescindíveis ao seu ajustamento aos cânones do Direito Constitucional “ (NASCIMENO, Carlos Valder do. Coisa Julga Inconstitucional. 5ª. Edição. Rio de Janeiro. América Jurídica. 2.005. p. 44).

Consoante o entendimento dos últimos juristas citados, quando se está em jogo a questão da coisa julgada inconstitucional, deve-se atentar para os efeitos produzidos pela declaração de inconstitucionalidade no âmbito do chamado controle concentrado e não difuso. A regra é a de que, na ação direta de inconstitucionalidade, a declaração de desconformidade do ato normativo com a Lei Fundamental tem eficácia *erga omnes* e efeitos *ex-tunc*, a não ser que suavizado este efeito retroativo na decisão em epígrafe.

Levando-se em consideração tais efeitos jurídicos automáticos da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, temos que deve ser mitigado o alcance do artigo 5º, item XXXVI, da *Lex Legum*, no sentido de que a lei não prejudicará a coisa julgada.

Torna-se voz constante na doutrina que este dispositivo constitucional não deveria prevalecer com o propósito de impedir que os efeitos da ação direta de inconstitucionalidade não atingissem a coisa julgada, pois não se estaria criando segurança jurídica, mas sim estaríamos eternizando uma inconstitucionalidade, bem como criando maior insegurança no mundo jurídico.

Dentro deste diapasão, Alexandre de Moraes estabelece os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, através do chamado controle concentrado :

“ ... declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo ex-tunc e para todos (erga omnes), desfazendo desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e

portanto destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados (efeitos ex-tunc).

A se render subserviência a essa última corrente doutrinária citada, o corte rescisório não mais poderia ser estorvado pelos ditames da súmula n. 343 do Supremo Tribunal Federal ou da súmula n. 83, item I, do TST, uma vez que, quando o inciso V do artigo 485 do CPC contempla a rescindibilidade com lastro em malferimento a literal disposição de lei, a idéia predominante na doutrina é a de que o termo “ lei “ nela referenciado tem acepção bem elástica, contemplando toda e qualquer lei ou ato normativo, inclusive, logicamente, a Constituição Federal ou Estadual.

Dentro dessa última concepção doutrinária, o malferimento à Constituição reconhecido no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, dada sua eficácia *erga omnes* e seus efeitos *ex-tunc*, obriga a todos e retroage à data da edição da lei tizada de inconstitucional, empecendo, bem por isso, que a coisa julgada permanecesse intocável ou intangível sob o argumento de que, como existia presunção de sua constitucionalidade, a sua razoável interpretação em caso de dissenso jurídico quanto a seu real alcance, deveria prevalecer “ *pro societate* “, e isto acontece porque quando se vulnera o texto constitucional, inexistente espaço para a razoável interpretação da lei, já que constitui consequência de sua inconstitucionalidade, posteriormente reconhecida pelo tribunal competente, a sua retirada do mundo jurídico, passando a ser instrumento inoperante e incapaz de tutelar bens jurídicos, pois tudo some e é consumido pelo vácuo de seu desaparecimento.

São essas as duas correntes jurídicas que abordam o fenômeno da coisa julgada inconstitucional, sendo que com relação à segunda, a tese jurídica idealizada no caso concreto que ora se traz a público, traduz-se na singularidade de que o efeito irrisivo da coisa julgada, no controle concentrado, só é possível quando a inconstitucionalidade declarada for material (logo indiscutível e incontornável), não porém quando a eiva de contraste com a Lei Maior se adstringe a mera inconstitucionalidade formal de origem na tramitação do projeto de lei, já que a mesma ou é passível de convalhecimento, nos casos onde tinha irrestrita aplicação a súmula n. 05 do Excelso STF, ou pode ser contornada pela reedição do projeto de lei nos termos do figurino legal, sem falar que o ente público efetivamente quis outorgar e outorgou a benesse, sendo que sua supressão com efeitos pretéritos fere frontalmente tanto o princípio da segurança jurídica como o da boa fé, singularidades que aconselham sempre a observância dos efeitos *ex nunc* no caso de declaração superveniente da inconstitucionalidade da lei na qual se estribou a sentença rescindenda.

Belo Horizonte, 24 de março de 2.010.

.....
Desembargador Júlio Bernardo do Carmo.
4ª. Turma-2ª. SDI-TRT 3ª. Região.