

Os efeitos da sentença que julga da inconstitucionalidade no controle por ação direta e no incidental.

LUIZ FABIÃO GUASQUE (*)

1. A natureza pública da Coisa Julgada.

A concepção privatística do processo, que imperou em outras épocas, fez pensar numa coisa julgada relativa, de que o beneficiário teria disponibilidade, não sendo, pois, lícito ao juiz considerá-la sem alegação da parte interessada. Mas, à medida que o caráter público do processo se foi fazendo sentir, a doutrina e até as leis foram reconhecendo valor absoluto à coisa julgada. Nesse sentido, pode ser tida em conta de ofício pelo juiz ou argüida por qualquer das partes.

Segundo os defensores da teoria materialista da coisa julgada, a sentença contém um preceito que pode coincidir ou não com a lei. Em conseqüência, o comando do juiz tem eficácia por vezes asseguradora (sentença justa) e por vezes criadora (sentença injusta) de bens jurídicos (eventualmente direitos subjetivos). A lei contém definições gerais e abstratas a que o juiz deve adequar o próprio julgamento. Mas, quer o faça, quer não, estará sempre traduzindo a vontade do Estado e criando uma ordem jurídica que a coisa julgada torna insuscetível de disputa. A coisa, depois de julgada, se substituirá à coisa antes de julgada: a sentença posterga a norma legal. Se coincidirem, não há problema; se divergirem, prevalece a decisão do juiz. Essa, pois, traz modificação (ou pode trazer) ao próprio Direito substantivo.

A sentença é eficaz e a coisa julgada imutável, quer aquela seja certa, quer errada; quer se conforme à lei, quer não; quer entenda a regra legal num sentido, quer noutro; quer seja ela justa ou injusta.

O fundamento da coisa julgada, portanto, não é a presunção ou a ficção de acerto do juiz, mas uma razão de pura conveniência.

Na opção do Estado entre justiça e segurança, abraça a segunda.

Assim, não há dúvida de que pode haver sentença contrária à lei; de que o comando da sentença prevalece sobre o da lei e que a decisão se torna imutável com o trânsito em julgado.

Mas isso não deve fazer supor que a coisa julgada passe a ser regulada sempre e somente pela sentença. Ao contrário, é a lei que diz de antemão em que casos e dentro de que limites a sentença vai reger a coisa julgada ⁽¹⁾.

2. A imutabilidade da coisa julgada.

Nas ordenações jurídicas em que a coisa julgada é instituída por lei ordinária, nada impede que outra lei venha feri-la. Haverá apenas uma derrogação da primeira.

Nesse sentido o art. 6º da Lei de Introdução do Código Civil : “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

Dispositivos desse tipo não têm força de impedir que lei posterior fira a coisa julgada, porque ela (a lei nova), inclusive, os revoga. Apenas consegue, quando muito, que a revogação tenha que ser expressa.

Para que isso fique a salvo da lei é necessário que a Constituição o faça, como ocorre entre nós: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”(art. 5º, inc. XXXVII).

3. Limites subjetivos da coisa julgada.

No Direito Romano, “a coisa julgada entre uns não prejudicava outros” (*Res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciunt*) (1 D.44.22). Além desta passagem de ULPIANO, há uma resposta de PAULO que merece ser considerada a esse propósito: Lúcio Tício agiu criminalmente contra Gaio Seio por esse havê-lo injuriado. O Prefeito pretório sentenciou não ter havido qualquer injúria. Perguntou-se então se as testemunhas falazes deviam ser tidas por infames. Respondeu PAULO: “Não convém que a sentença, justa ou injusta, pronunciada contra um prejudique outro” (*non oportet ex sententia, sive iusta sive iniusta, pro alio habita alium pregravari*) (21 D.3.2). ⁽²⁾

Já no Direito germânico a sentença poderia atingir quem quer que dela tivesse notícia e, por isso mesmo, são vários ali os meios de intervenção de terceiros. ⁽³⁾

Da fusão dessas duas tendências provém, no Direito comum, de um lado, a limitação dos efeitos do julgado aos litigantes e, do outro, a possibilidade de terceiros intervirem na causa.

Isso não significa que a sentença não seja sentença para os não-contendores. Ao contrário: ela é fato jurídico que a ninguém é dado desprezar: todos, partes ou terceiros, estão diante de um fato histórico, relevante para o Direito e que não

⁽¹⁾ Ver artigos 460, 461, 468, 469 e 472 do Código de Processo Civil.

⁽²⁾ HÉLIO TORNAGHI, *Instituições de Processo Penal*, Vol. I, p. 478.

⁽³⁾ CHIOVENDA, *Instituições*, Vol. I, p. 572.

pode ser apagado da realidade. Apenas esse **fato** não pode trazer prejuízo para os que não estiverem em litígio, ou melhor, para os que não estiveram no processo.

Isso não significa que **de fato** não possa advir da sentença um prejuízo para terceiro. Chiovenda figura a hipótese da sentença que diminuiu o patrimônio de alguém e que, **de fato**, lhe prejudica o herdeiro; e da que reconhece novos débitos de um indivíduo e, **de fato**, lhe prejudica os credores. Haveria prejuízos **de direito**, se essas sentenças negassem o direito de sucessão e o de crédito, respectivamente.

A sentença, portanto, pode alterar a situação **de fato** de terceiros, mas não a situação jurídica. O fato de uma sentença afirmar que Tício é herdeiro de Caio não impede que também Cícero o seja. Pode é, **de fato** e por via de consequência, diminuir o quinhão de Cícero. Ou, melhor: não diminui, propriamente, mas impede que Cícero receba o que, de direito, deve pertencer a Tício.

A coisa julgada, portanto, opera de iure, inter partes, mas de fato, erga omnes. A doutrina fala aqui dos efeitos reflexos da coisa julgada, caso particular da teoria de IHERING sobre os efeitos reflexos dos fatos jurídicos.⁽⁴⁾

Nas questões relativas ao estado civil das pessoas a coisa julgada opera *adversus omnes*: a sentença declara ou constitui situação de Direito material que não varia. Se, por exemplo, o juiz anula um casamento, as partes voltam a ser solteiras, não apenas uma perante a outra, mas diante de todos.⁽⁵⁾

4. A caracterização das demandas e a coisa julgada e os limites objetivos e subjetivos.

É importante sempre repetir, que para que se possa invocar a coisa julgada, é preciso que a mesma coisa (*eadem res*) seja novamente pedida pelo mesmo autor contra o mesmo réu (*eadem personae*) e sob o mesmo fundamento de fato (*eadem causa petendi*).

Portanto, quando se fala em limites objetivos da coisa julgada, se está referindo aos parâmetros do que foi pedido em juízo, ou seja, da pretensão do autor, objeto do processo. Quando se refere a limites subjetivos, se fala em partes da relação jurídico-processual, ou seja, os atores processuais que têm correlação hipotética entre o direito pretendido em juízo e a titularidade para a sua defesa.

⁽⁴⁾ Sobre a extensão da coisa julgada a terceiros: ALLORIO, *La Cosa Giudicata rispetto ai Terzi*; HOFMANN, *Über das Wesen die subjektiven Grenzen der Rechtskraft*, pp. 37 e segs; NOSEK, *Die Rechtswirkungen des Urteils gegen dritte Personen*. Rosenberg, Lehrbuch, par. 152, p.514, par. 157, pp. 532 e segs; LIEBMAN, *Eficácia e Autoridade da Sentença*, pp. 73 e segs., que contesta a possibilidade de conciliar a teoria dos efeitos reflexos com a natureza atributiva que ele empresta à coisa julgada. TORNAGHI sustenta que este não tem razão, pois a coisa julgada, mesmo de acordo com a concepção de LIEBMAN, torna imutável a decisão e o problema está em saber se ela é inalterável apenas para as partes ou também para terceiros. *Instituições*, vol. I, p. 479.

⁽⁵⁾ ALLORIO, ob. cit., LIEBMAN, "A coisa julgada nas questões de Estado", artigo publicado na revista *La Ley*, Buenos Aires, 1939. Publicado na *Revista Forense*, vol. 82, pp. 272 e segs.

5. Os efeitos da sentença declaratória e da constitutiva.

Os efeitos *erga omnes* de fato podem ser sentidos como ato jurídico quando a sentença é meramente declaratória. Se o julgado declara determinada situação jurídica, o faz tornando certo o que antes era incerto valendo para todos, partes ou não. É o caso da sentença do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade ou não da lei. Os efeitos são *erga omnes de iure*. Se a decisão é de controle incidental, seus efeitos são apenas de fato, até porque não foi objeto do processo e sim decisão como premissa lógica do pedido de natureza constitutiva, geralmente uma obrigação de fazer ou não fazer.⁽⁶⁾

Nos casos de pedido declaratório, os efeitos da sentença como ato se perfazem *erga omnes*. Têm efeitos *ex tunc*, pois o reconhecimento do direito retroage até o momento em que foi lesionado.

Na sentença constitutiva, esses efeitos são sentidos dali para a frente, tem efeitos *ex nunc*, pois ao contrário da declaratória, constitui ou desconstitui determinada situação jurídica.

6. A eficácia da sentença declaratória de inconstitucionalidade da lei em ação direta perante o Supremo Tribunal Federal.

Na ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, a pretensão ou o objeto do processo é a declaração de que a lei contrasta com a Constituição e desta forma deve ser retirada do mundo jurídico, ou seja, deve perder a eficácia vinculante ínsita a todo preceito legal, de obrigar seus destinatários ao seu cumprimento.

Nesse sentido, quando o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade, seus efeitos são *erga omnes de iure*, pois se havia dúvida quanto a inconstitucionalidade ou não da lei, esta resta afastada pela declaração.

Assim, quando o pedido é procedente, ou seja, a lei é declarada inconstitucional, esta decisão tem o poder de retirar a força vinculante do preceito, declarando nulo o comando que dele emanava.

A coisa julgada opera em todas as instâncias da República Federativa do Brasil, e obriga a todos a cumprir o comando emanado da Suprema Corte de que aquela lei é inconstitucional, contrária à lei maior, e desta forma, nula para produzir efeitos no território nacional.

Se, ao invés de declarar a inconstitucionalidade da lei em ação direta, o Supremo Tribunal Federal julgar improcedente o pedido declaratório, o resultado desta decisão é afirmar a constitucionalidade, fazendo coisa julgada de que a lei em análise é constitucional e deve ser respeitada em toda a nação brasileira.

⁽⁶⁾ Para maiores aprofundamentos ver o nosso "Controle Cautelar de Inconstitucionalidade nas Ações de Interesse Difuso", *Revista do Ministério Público*, Vol. VI, p. 131.

Portanto, a sentença declaratória, ao tornar certo o que antes era incerto, dando força de coisa julgada a esse pronunciamento, ou retirará a força vinculante do preceito declarando-o ineficaz, ou, ao considerar improcedente o pedido declaratório, reafirmará a presunção de validade das leis garantida na Constituição.

Pelo exposto, podemos concluir que a ação declaratória de constitucionalidade, prevista na emenda n. 3 de 18.3.93, nada mais fez do que explicitar o que antes já existia como decorrência lógica da improcedência do pedido declaratório de inconstitucionalidade, com o mérito, apenas, de afastar o inconveniente de se pretender por ação direta de inconstitucionalidade, a improcedência da mesma para surtir os mesmos efeitos de uma ação dirigida só para isto.

É interessante notar, que **de fato** o preceito declarado inconstitucional continua com existência física, pois não há previsão legal de que, como decorrência da declaração de inconstitucionalidade, o comando passe a não existir como ocorre com as leis ou artigos revogados, que apenas passam a constar com a referência: revogado pelo artigo tal da lei não sei qual.

Seria mais prudente que a lei conferisse a tal decisão do Supremo Tribunal Federal esses efeitos, devendo no lugar da lei ou do artigo, constar: declarado inconstitucional por decisão em ação direta no Supremo Tribunal Federal, passando a não existir mais fisicamente, igual como ocorre com as leis.

É importante ressaltar que os efeitos da abrogação da lei e da sua declaração por inconstitucionalidade são diferentes.

Com a abrogação da lei, seus efeitos têm eficácia dali em diante, pois até aquele momento o parlamento entendeu que a lei era conveniente e eficaz, e por razões políticas de conveniência e oportunidade, a revogou, passando a não existir mais dali em diante. Desta forma, seus efeitos são *ex nunc* (nunca antes).

No caso da declaração de inconstitucionalidade na ação direta, em decorrência dos efeitos declaratórios, ou seja, que tornaram certo o que antes era incerto, esses retroagem até o início da vigência, pois a lei inconstitucional não pode vincular ninguém ao seu comando, sendo nula no que respeita a sua eficácia, desde a sua edição.

Como ato nulo, está sujeito a condição suspensiva, ou seja, não produz efeitos.

Nesse sentido, questão interessante é a possibilidade prevista no art. 11 da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999:

“Art. 11 - Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha

eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

O preceito tem servido de fundamento para que alguns tribunais da Federação restrinjam os efeitos da declaração para termo futuro ou para estabelecer parâmetros para os efeitos declaratórios da decisão.

Esses efeitos são sempre *ex tunc* (desde o início), pois como dissemos, tornam certo o que antes era incerto, dando força de coisa julgada a esse pronunciamento. Entretanto, em decorrência da presunção de legitimidade das leis, existem vários atos jurídicos praticados de boa-fé, em razão do preceito estar em vigor, que seriam nulos, ou seja, não produziram efeitos, pois o ato nulo se sujeita a condição suspensiva.

O preceito da lei, que é bom que se diga, se dirige para a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, que tem como objeto o controle de **atos administrativos** formalmente jurisdicionais, legislativos, executivos ou mesmo do Ministério Público, mas materialmente administrativos, pretende, na nossa modestíssima opinião, resguardar os efeitos da boa-fé decorrentes do ato nulo.

Isso porque todos os ordenamentos jurídicos de países civilizados protegem os efeitos da boa-fé, e como a lei nula e írrita produz um fato jurídico, e uma série de atos decorrentes deste fato, o que se pretende com o preceito é possibilitar a declaração dos efeitos da boa-fé em relação a terceiros, ou mesmo aos atingidos diretamente pela declaração de inconstitucionalidade.

Assim, na declaração, pode o Supremo Tribunal Federal dizer, por exemplo, que aquela lei que foi declarada inconstitucional, e não teve eficácia por ser nula, produziu efeitos para as pessoas que foram contratadas em razão de sua existência e trabalharam e receberam remuneração pelo serviço, pois estavam todos de boa-fé, em decorrência da presunção de legitimidade das leis.

Note-se, que a lei como ato jurídico nulo não produziu efeitos, mas como fato em relação à boa-fé das pessoas contratadas, teve efeitos assegurados.

Desta forma, o ato nulo ou a lei nula por inconstitucionalidade não produz efeitos, mas a boa-fé pode produzir aos agentes que agiram com esta qualidade.

Não é outra coisa o que diz o preceito, que possibilita a garantia da boa-fé, não me parecendo que se possa fracionar os limites da decisão declaratória, com por exemplo, para considerar que a lei é inconstitucional, e dizer que o tributo cobrado com base nela tem efeitos *ex nunc* a partir dessa declaração!

Seria subverter o sistema e afrontar a segurança que o mesmo exige e que em nome dela foi imaginado, aceitar que um cidadão que pagou tributo inconstitucional de boa-fé, não tenha direito a restituição do que pagou pelo reconhecimento de efeitos *ex nunc* na ação declaratória.

7. As peculiaridades do controle incidental.

Os efeitos no controle incidental, tem peculiaridades decorrentes do fato de a pretensão não ser objeto do processo, ou seja, não foi pedida a declaração de inconstitucionalidade da lei, apenas a pretensão de fazer ou não alguma coisa em virtude daquele preceito. Se ela é considerada inconstitucional como premissa da sentença, e o ato deveria ser praticado com base nela, o mesmo é nulo e o juiz deve negar a força do preceito, e como consequência, obstar a prática do ato que nela buscava seu fundamento.

Entretanto, no controle incidental da inconstitucionalidade da lei, como não foi objeto do processo, não faz coisa julgada com efeitos *erga omnes*, como ocorre na ação direta, embora *inter partes*, seus efeitos sejam *ex tunc*, pois se o ato com base na lei inconstitucional é nulo, sujeito a condição suspensiva, seus efeitos retroagem entre os interessados para declarar o ato nulo, írrito, não produtor de efeitos desde que foi praticado.

Portanto, a lei continua em vigor, e produzindo efeitos vinculantes decorrentes do seu comando, apenas com a força de um precedente de questão de inconstitucionalidade, que se for acolhido no Tribunal de Justiça de qualquer estado federado, terá força vinculante para os seus órgãos fracionados e grande valia para dirigir os entendimentos nos juízos de primeira instância.

No Supremo Tribunal Federal terá os mesmos efeitos, com a possibilidade em ambas as instâncias, de Tribunais de Justiça nos Estados ou no Supremo Tribunal Federal, de informar o Poder Legislativo do precedente em controle incidental, possibilitando a revogação da lei que, neste caso, se revogada, tem efeitos *ex nunc* (nunca antes, dali para a frente).

8. O procedimento de argüição incidental e seus efeitos quando acolhido pelo órgão colegiado.

O Código de Processo Civil regulamenta todo o procedimento da declaração de inconstitucionalidade incidental, observando o determinado no art. 97 da Constituição da República, de que: "somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público".

O artigo 480 e seguintes da lei processual, determina que, argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Em outras palavras, apenas na hipótese de acolhimento da argüição, a questão passa à competência do pleno dos Tribunais de Justiça dos Estados. À Câmara

compete apenas fazer o juízo negativo da argüição, face à presunção de legitimidade das leis, não tendo competência para o contrário.

Procurando dar agilidade e garantir a segurança das decisões jurisdicionais, esses órgãos fracionados, ou seja, as Câmaras, não submeterão a questão ao plenário ou ao órgão especial, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Seria perda de tempo se adotar posicionamento que mais tarde será cassado por via de recurso aos órgãos superiores ou mesmo no Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário.

Desta forma, a decisão do pleno ou do órgão especial que acolhe a argüição de inconstitucionalidade incidental, vincula todos os demais órgãos fracionados, ou seja, as Câmaras, que tomarão como premissa lógica do silogismo contido nos acórdãos, a inconstitucionalidade da lei.

Outra providência que procura garantir a segurança para evitar decisões conflitantes, é a de remeter a cópia do acórdão a todos os juízes, designando o Presidente do Tribunal a sessão de julgamento da questão incidental de inconstitucionalidade. Nesse caso, o Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições de cada regimento interno dos Tribunais de Justiça dos Estados.

No julgamento, o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, pode admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades, pois tratando-se de questão de inconstitucionalidade que vinculará todo o Tribunal de Justiça dos Estados, faz-se necessária a maior participação possível dos organismos com interesse no julgamento.

Note-se que, mesmo se o acórdão não for observado pelos juízes em primeira instância, será modificada nas Câmaras, face aos efeitos vinculantes da decisão do Órgão Especial, o que revela sua importância para todos os interessados.

Essa faculdade pode ser exercida pelos legitimados para a propositura da ação direta referidos no art. 103 da Constituição da República, podendo manifestar-se por escrito sobre a questão constitucional objeto da apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado no Regimento, sendo assegurado o direito de apresentar memoriais ou pedir a juntada de documentos (§ 2º do art. 482).

9. A importância do controle incidental.

O controle *incidenter tantum* é extremamente eficaz para assegurar a uniformidade das decisões de um Tribunal de Justiça do Estado, pois ao vincular todos os demais órgãos julgadores, embora sem a força da coisa julgada na ação

direta, que retira a força vinculante do preceito, serve para uniformizar os entendimentos e pacificar o conflito.

Assim, por exemplo, suponhamos que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça tenha considerado inconstitucional determinada lei ou ato normativo do Poder Público, que fundamentava a cobrança de determinado serviço de utilidade pública ou tributo.

O controle incidental no caso concreto, ao declarar o ato inconstitucional, vai vincular todos os demais órgãos a esta premissa, o que conduzirá todos os julgamentos a considerar que o ato é inconstitucional e se com base nele se cobra determinada prestação positiva ou negativa, o resultado desta premissa será decorrente do que se pede. Se a prestação é positiva, a lei ou ato normativo inconstitucional, não amparam a obrigação de fazer. Se é negativa, não poderá servir de desculpa para não ser praticado. Da mesma forma no caso de tributos inconstitucionais.

Note-se que os efeitos do controle incidental são mais eficazes do que os do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, pois o pedido neste tipo de ação normalmente consubstancia uma obrigação de fazer ou não fazer, e as partes no processo ou são o Ministério Público e o Estado, ou entidade de representação coletiva. Nesses casos, o consumidor, ou o hipossuficiente que necessita de remédios, por exemplo, não é parte, mas beneficiário da decisão, e em caso de demandas que busquem o fornecimento de medicamentos, ou defesa de direitos do consumidor, por exemplo, não terão a utilidade de subtrair a análise individual da condição de necessitado para obter o benefício, ou mesmo a de que o bem adquirido pelo consumidor se coloca na situação protegida pela decisão.

Assim, se tivermos, por exemplo, uma concessionária de serviço público cobrando tarifa com base em lei ou ato normativo inconstitucional, os efeitos do controle incidental serão mais abrangentes do que o de uma ACP, pois uma vez considerado inconstitucional no caso concreto, vincula todos os demais órgãos a esta premissa, tendo como consequência que a cobrança com base nele, por qualquer fundamento, seja considerada nula ou sem base legal.

Já os efeitos na ação civil pública, em relação à obrigação de fazer em favor dos beneficiários, como fato jurídico, determina a análise individual de que o mesmo é hipossuficiente ou detentor do produto defeituoso, pois como vimos, os efeitos ou limites subjetivos da coisa julgada se restringem as partes do processo.

No caso de tributos, preços públicos ou tarifas, cobradas com base em ato normativo (usado para gradação dos parâmetros legais) ou lei, se qualquer deles é considerado inconstitucional no controle incidental pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, os efeitos vinculantes nas Câmaras e nos juízos de 1ª instância, determinarão sempre que o silogismo da sentença, parta da premissa de inconstitucionalidade.

Em relação à 1ª instância por uma razão lógica. A consideração em contrário será modificada em qualquer órgão fracionário (Câmaras) face à vinculação à decisão do colegiado maior do Tribunal.

Nas Câmaras, pelo efeito vinculante do acórdão do Pleno em relação às mesmas.

^(*) LUIZ FABIÃO GUASQUE é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.
