



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

JOYCE ARAÚJO DOS SANTOS

**DA PRESERVAÇÃO, NO SISTEMA JURÍDICO, DAS DECISÕES JUDICIAIS
TRANSITADAS EM JULGADO CONTRÁRIAS À CONSTITUIÇÃO À LUZ DA
SEGURANÇA JURÍDICA**

Maceió

2006

JOYCE ARAÚJO DOS SANTOS

**DA PRESERVAÇÃO, NO SISTEMA JURÍDICO, DAS DECISÕES JUDICIAIS
TRANSITADAS EM JULGADO CONTRÁRIAS À CONSTITUIÇÃO À LUZ DA
SEGURANÇA JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Gabriel Ivo.

Maceió

2006

JOYCE ARAÚJO DOS SANTOS

DA PRESERVAÇÃO, NO SISTEMA JURÍDICO, DAS DECISÕES JUDICIAIS
TRANSITADAS EM JULGADO CONTRÁRIAS À CONSTITUIÇÃO À LUZ DA
SEGURANÇA JURÍDICA

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito
Público da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL,
como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Área de concentração do Curso: *Fundamentos
Constitucionais dos Direitos.*

Linha de Pesquisa: *Transformações do Direito.*

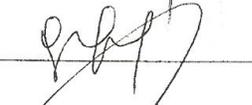
Orientador: Professor Doutor Gabriel Ivo.

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro,
submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado e o julgou nos seguintes termos:

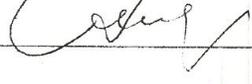
Professor Doutor Francisco Wildo Lacerda Dantas

Julgamento: 9,5 (nove e meio), aprovado. Assinatura: 

Professora Doutora Maria Graça Marques Gurgel

Julgamento: 9,5 (nove e meio), aprovada. Assinatura: 

Professor Doutor Dirley da Cunha Jr.

Julgamento: 9,5 (nove e meio), aprovado. Assinatura: 

Menção Geral: 9,5 (nove e meio), aprovado.

Coordenador do Curso:

Professor Doutor George Sarmiento Lins Júnior

Maceió, 27 de 11 de 2006.

DEDICATÓRIA

A meu paiho **João Florentino dos Santos** (*in memoriam*), em retribuição aos ensinamentos de perseverança e humildade para perseguir meus ideais.

À **Leticia**, filha amada, luz da minha vida. Sua ternura me comove.

Tudo neste mundo tem seu tempo;
cada coisa tem sua ocasião.
Há um tempo de nascer e tempo de morrer;
tempo de plantar e tempo de arrancar;
tempo de matar e tempo de curar;
tempo de derrubar e tempo de construir.
Há tempo de ficar triste e tempo de se alegrar;
tempo de chorar e tempo de dançar;
tempo de espalhar pedras e tempo de ajuntá-las;
tempo de abraçar e tempo de afastar.
Há tempo de procurar e tempo de perder;
tempo de economizar e tempo de remendar;
tempo de ficar calado e tempo de falar.
Há tempo de amar e tempo de odiar;
tempo de guerra e tempo de paz.
Eclesiastes 3, 1-8

A sensação que experimento, ao ver esse livro
concluído, é de alívio. Sim senhor! Que coisinha
mais difícil de parir. Sinto que me libertei de
alguma coisa incômoda, que me aporrinhava
silenciosamente. Agora posso fazer outra coisa
ou voltar a não fazer coisa nenhuma; de qualquer
maneira, sou um cidadão impresso.
Carlos Drummond de Andrade

A injustiça só é tolerável quando necessária para
evitar uma injustiça ainda maior.
John Rawls

AGRADECIMENTOS

A **Deus**, meu refúgio.

A minha mãe, **Mírian Pereira**, que me proporcionou o primeiro contato com o Direito e pelo amor e incentivo de sempre! Aos meus irmãos, **João Paulo**, **Jamille** e **Jully Mariana**, pela amizade e por todo apoio.

A **Ivan Luiz**, querido esposo, pelo amor, compreensão e pelo incentivo profissional, sem o qual não teria sequer ingressado no curso de Mestrado.

À minha tia **Rosemary de Araújo**, pelas suas palavras de encorajamento e pelo uso indispensável da sua biblioteca.

Ao Prof. **Gabriel Ivo**, pelos ensinamentos dispensados, os quais contribuíram para um maior aprofundamento dos pressupostos teóricos da dissertação que se segue.

Ao amigo **Beclaute Oliveira**, cuja solidariedade, evidenciada principalmente no uso de seu acervo bibliográfico e nos esclarecimentos de determinados conceitos, fizeram-me concluir este trabalho.

Aos amigos da Seção Judiciária de Alagoas, em especial aos meus amigos de gabinete **Alberto Amâncio**, **Cícera Brasil** e **Nelson Félix**, por todo o apoio que me creditaram nesta jornada, principalmente na reta final.

Ao Dr. **Leonardo Resende Martins**, pela compreensão, apoio e orientações, com livros e artigos.

Às minhas queridas amigas **Sibela Vasconcelos** e **Michele Araújo**, por todo o carinho e incentivo que me creditaram ao longo de nossa amizade.

À **Giovana Codá**, assessora do CJUR, pela paciência e dedicação ao trabalho.

Aos que compuseram a primeira turma de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas, cujos laços de amizade se fizeram presentes.

Obrigada!

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
-------------------------	----

CAPÍTULO I – ASPECTOS CONCEITUAIS DE SISTEMA JURÍDICO E A IMPORTÂNCIA DA IDENTIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

1.1 Do pensamento sistemático e noção de sistema jurídico: à guisa de intróito	16
1.2 Noção de sistema jurídico: ordenação e unidade dos elementos que o compõe ..	20
1.3 A moderna concepção de sistema jurídico: a teoria sistêmica desenvolvida por Niklas Luhmann.....	21
1.3.1 Ênfase na proposta funcionalista-estruturalista: fechamento operativo, abertura cognitiva e acoplamento estrutural dos sistemas.....	23
1.3.2 O direito como modelo de um sistema comunicativo.....	28
1.4 A importância dos princípios no sistema jurídico.....	29

CAPÍTULO II – O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO PRESSUPOSTO DA SOCIEDADE POLÍTICA ORGANIZADA

2.1 Teoria geral dos princípios jurídicos: considerações sobre conceito, natureza dos princípios jurídicos e os critérios de distinção entre princípios e regras jurídicas	31
2.2 Da exigência do princípio da segurança jurídica na sociedade política organizada	39
2.3 Do princípio da segurança jurídica e sua previsão no ordenamento brasileiro.....	42
2.4 O conteúdo do princípio da segurança jurídica e sua relação com a justiça.....	43
2.4.1 As noções axiológicas do princípio da segurança jurídica.....	43

2.4.2 O problema da justiça: noções de justiça material e formal.....	45
2.4.3 A relação entre o princípio da segurança jurídica e a justiça formal.....	48

CAPÍTULO III – CONSTITUCIONALISMO, A SEGURANÇA JURÍDICA E O VALOR JUSTIÇA

3.1 Breve incursão histórica acerca do constitucionalismo moderno: a evolução do pensamento político-jurídico.....	51
3.2 A importância inicial da Constituição no sentido de positivizar o Direito Natural: a Constituição como realização do valor justiça	55
3.3 A Constituição como elemento necessário do Estado de Direito e sua relação intrínseca com a noção de segurança jurídica.....	58
3.3.1 Pressuposto e evolução do Estado de Direito: a Constituição como pressuposto indispensável.....	58
3.3.2 O Estado Constitucional e sua relação intrínseca como o princípio da segurança jurídica.....	60
3.4 A Constituição como norma jurídica e sua força normativa: o fundamento do controle de constitucionalidade das normas jurídicas.....	63

CAPÍTULO IV – EXIGÊNCIAS DE ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS E O INSTITUTO DA COISA JULGADA

4.1 Síntese dos antecedentes históricos do instituto da coisa julgada.....	65
4.2 Coisa julgada: funções e seu fundamento na segurança jurídica e na justiça formal	66
4.3 Tratamento constitucional dispensado à coisa julgada: a coisa julgada como garantia constitucional à segurança jurídica.....	67
4.4 Definição de coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro.....	70

4.4.1 Coisa julgada, efeitos da sentença e conteúdo do julgado: a sentença e a qualidade de intangibilidade.....	73
4.4.2 Modalidades da coisa julgada.....	74
4.5 A jurisdição e a coisa julgada: o caráter processual do instituto	76
4.6 Limites da coisa julgada: o caráter processual do instituto.....	77
4.6.1 O momento em que se opera a coisa julgada: ênfase nas relações jurídicas continuativas.....	80
4.6.2 Limites subjetivos: extensão dos efeitos da sentença a terceiros.....	81

CAPÍTULO V – DA INFLUÊNCIA DO CONSTITUCIONALISMO SOBRE O DIREITO INFRACONSTITUCIONAL: IMPLICAÇÕES SOBRE OS INSTITUTOS DE DIREITO PROCESSUAL

5.1 O princípio constitucional da segurança jurídica como fim da jurisdição e a influência do fenômeno da “Constitucionalização do Direito Infraconstitucional” sobre os institutos de direito processual	83
5.2 Notas fundamentais acerca da jurisdição constitucional	87
5.3 Sistemática de controle de constitucionalidade das normas jurídicas desempenhado na jurisdição constitucional brasileira.....	90
5.4 Efeitos das decisões em sede de controle de constitucionalidade: elementos básicos.....	92
5.5 Do controle de constitucionalidade dos atos judiciais transitados em julgado: problemática acerca da chamada coisa julgada inconstitucional	95

CAPÍTULO VI – DA RELATIVIZAÇÃO DOS ATOS JUDICIAIS TRANSITADOS EM JULGADO CONTRÁRIOS À CONSTITUIÇÃO: POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO A RESPEITO DO TEMA

6.1 Contribuições doutrinárias ao estudo do tema: considerações iniciais	98
6.1.1 Posicionamentos favoráveis.....	98

a) A concepção de José Delgado	99
b) A concepção de Eduardo Talamini.....	99
c) A concepção de Cândido Rangel Dinamarco.....	101
d) A concepção de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria.....	102
e) A concepção de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina..	104
f) A concepção de Alexandre Freitas Câmara.....	106
g) A concepção de Francisco Wildo Lacerda Dantas.....	107
6.1.2 Posicionamentos contrários ou intermediários.....	108
a) A concepção de Araken de Assis.....	108
b) A concepção de José Carlos Barbosa Moreira.....	109
c)A concepção de Nelson	111
d)A concepção de Paulo Roberto de Oliveira Lima.....	111
d) A concepção de Luiz Guilherme Marinoni.....	112
d) A concepção de Sérgio Nojiri.....	114
6.2 Sentença (ou acórdão) inconstitucional: uma questão de inexistência, validade ou rescindibilidade.....	115
6.3 Nossas reflexões sobre o posicionamento doutrinário acerca do tema.....	119

CAPÍTULO VII – ANÁLISE DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO AOS JULGADOS TIDOS COMO INCONSTITUCIONAIS

7.1 Embargos à execução (arts. 741, parágrafo único, e 475-L, §1º, do Código de Processo Civil): instrumento de impugnação decorrente dos efeitos do controle de constitucionalidade.....	123
7.2 Ação declaratória de inexistência da coisa julgada.....	131
7.3. Ação rescisória.....	132
7.4 Ação de nulidade da coisa julgada.....	136

7.5 Ação autônoma de desconstituição do julgado: decorrência da aplicação do princípio da proporcionalidade (colisão dos princípios da supremacia da Constituição).....	139
---	-----

**CAPÍTULO VIII – DA PRESERVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL
TRANSITADA EM JULGADO INCONSTITUCIONAL EM FACE DA
SEGURANÇA JURÍDICA, PRINCÍPIO NUCLEAR DO SISTEMA
JURÍDICO: NOSSA POSIÇÃO**

8.1 O princípio da segurança jurídica no sistema jurídico: estabilização das comunicações normativas.....	144
---	-----

8.2 O papel dos Tribunais no sistema jurídico e a construção judicial do Direito....	146
--	-----

8.3 Segurança jurídica, justiça e coisa julgada à luz da teoria sistêmica: o problema da relativização da coisa julgada inconstitucional e os riscos daí advindos para o sistema jurídico.....	147
---	-----

CONCLUSÃO	152
------------------------	-----

REFERÊNCIAS	158
--------------------------	-----

RESUMO

Em meio à complexidade de que se reveste a sociedade moderna, surgem problemáticas variadas pertinentes à resolução de conflitos intersubjetivos. Nesse contexto, tem sobressaído a questão emblemática acerca da inconstitucionalidade dos atos judiciais, ainda que acobertados pela coisa julgada. Pretende-se, com o presente estudo, teorizar a respeito da chamada “coisa julgada inconstitucional”, de modo a oferecer uma contribuição ao debate da possibilidade ou não da relativização das decisões judiciais transitadas em julgado como efeito do controle de constitucionalidade, ou, ainda, como resultado de aferição de desconformidade com os princípios ou regras constitucionais, à luz da segurança jurídica, mediante subsídios teóricos proporcionado pela pesquisa bibliográfica. Assim sendo, a linha que orienta o presente trabalho envolve necessariamente a segurança jurídica, desde os seus balizamentos teóricos à concepção de segurança jurídica como princípio fundamental no sistema jurídico, sem se descuidar, todavia, de sua relação com a justiça, tendo em vista que a busca da justiça revela um dos mais fortes argumentos para a defesa da desconstituição do julgado incompatível com a Constituição.

Palavras-chave: coisa julgada – relativização – princípio da segurança jurídica

ABSTRACT

As a result of the complexities that make up modern society, there are several problems related to the solution of inter-subjective conflicts. In this context, the emblematic issue on the unconstitutionality of the judicial acts stands out; however, these may be influenced by the matter under judgment. The aim of the present study is to develop a theory about the “unconstitutionality of the matter under judgment” in order to ascertain the possibility of relativization of the judicial decisions passed as final judgment based on the control of constitutionality, or as a result of the conformity with the constitutional principles and the theoretical support provided in the bibliographic references. Thus the present study is guided by the concept of judicial safety as a fundamental principle in the legal system, without losing sight of its relationship with justice, whose pursuit is one of the strongest arguments to make matters under judgment compatible with the Constitution.

Key words: matter under judgment – relativization – judicial safety principle

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo gira em torno da problemática do controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais, ainda que transitados em julgado, mais precisamente os atos jurisdicionais proferidos em processos cíveis, como reflexo do movimento denominado de Constitucionalismo, através do qual os países ocidentais deixaram de possuir meros antecedentes, para instituírem uma ordem jurídica cujo lugar cimeiro é ocupado pela Constituição, que deve ser observada pelas demais normas e atos infraconstitucionais.

Em contrapartida, a linha teórica definida consiste na exigência de segurança jurídica, razão pela qual haverá especial preocupação em fixar os balizamentos teóricos a ela relacionados, a fim de subsidiar a sua condição de princípio de posição privilegiada do sistema jurídico, a garantir, inclusive, o bom funcionamento deste.

O texto será dividido em oito capítulos.

Na primeira parte, serão desenvolvidos conceitos básicos do sistema jurídico – com a devida ponderação em torno do necessário pensamento sistemático do discurso científico, como exigência de racionalidade e logicidade –, bem como serão apresentados os pressupostos lineares da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, eis que serão adotados conceitos de sua teoria ao longo do texto, principalmente no último capítulo, destinado à fixação de nossa posição a respeito do tema. Coube ao primeiro capítulo, outrossim, delinear a importância da identificação dos princípios no sistema jurídico.

Nessa linha de raciocínio, no segundo capítulo o estudo se debruça na teoria geral dos princípios, a fim de se explicar a natureza da segurança jurídica como princípio jurídico, de sorte que esta parte é dedicada aos delineamentos da segurança jurídica na sociedade política organizada, com o devido registro de sua importância numa forma organizada de Estado. Procurar-se-á, ainda, focalizar os contornos da relação entre segurança e justiça, principalmente porque a alegação de injustiça da decisão é erigida a um dos principais argumentos na busca pela desconstituição do julgado a qualquer tempo.

Adentrando ainda mais no tema proposto, nosso estudo segue com um breve percurso histórico do Constitucionalismo, inclusive com a análise da evolução do Estado de Direito, observando-se, assim, a importância da Constituição atualmente, configurada na sua força normativa e na sua característica de supremacia, a indicar a necessidade de se refletir sobre a possibilidade de decisões judiciais, ainda que transitadas em julgado, virem a ser inconstitucionais.

Especificamente, revela notar que a problemática proposta envolve a coisa julgada, daí a pertinência de se promover um estudo em separado em torno deste instituto processual, mais precisamente o tratamento a ele conferido no plano constitucional, consistente numa garantia constitucional prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição vigente, e infraconstitucional, com a devida reflexão e análise sobre seus contornos conceituais dispensados pela legislação infraconstitucional, antecedentes históricos, modalidades, entre outros pontos. Tarefa esta destinada ao quarto capítulo.

Em comunhão com as duas matrizes teóricas tratadas nesta primeira parte deste estudo, o quinto capítulo se destinará a explanar acerca da influência do Constitucionalismo sobre os institutos de direito processual civil, mais precisamente sobre a coisa julgada. Aqui encontra lugar a tese do controle de constitucionalidade das sentenças e acórdãos transitados em julgado, não se afastando, todavia, o princípio da segurança jurídica, como fim, inclusive, da jurisdição.

Na parte mais específica da presente dissertação, os dois próximos capítulos se voltarão à explanação acerca do tratamento doutrinário conferido ao tema da relativização ou desconstituição do julgado quando contrário às normas constitucionais, além da alegação da injustiça da decisão como critério de desconstituição da sentença ou acórdão. Nesse ponto, serão retomados alguns conceitos básicos registrados na primeira parte, nomeadamente a importância do princípio da segurança jurídica desempenhada no sistema jurídico e no próprio conceito de Estado como sociedade política organizada, a insuficiência da regra da ponderação de interesses para se defender a desconstituição do julgado sem definição de prazo e noções de justiça material e formal.

Por fim, o último capítulo apresentará nossa posição sobre o tema, sendo que, como o próprio título sugere, tem como objetivo defender a possibilidade de

preservação, no sistema jurídico, das decisões judiciais transitadas em julgado à luz do princípio da segurança jurídica.

Nesse contexto, o presente estudo busca contribuir para a teoria da relativização da chamada **coisa julgada inconstitucional**, trilhando, no entanto, um caminho contrário ao da maioria da doutrina que aborda sobre o assunto.

Com efeito, os que defendem a desconstituição do julgado contrário à Constituição a qualquer tempo o fazem necessariamente preocupados com a prevalência da supremacia da Constituição frente aos atos judiciais, além de terem como norte axiológico a busca pela justiça material. O presente texto, todavia, não se encerra na discussão sobre a ponderação dos princípios em jogo no âmago da controvérsia, mas busca imprimir outros pressupostos à análise da problemática, à luz da segurança jurídica.

Assim sendo, pretende-se com o estudo que se inicia apresentar a segurança jurídica desde seus fundamentos jusfilosóficos, culminando com a sua importância e delineamento funcional no sistema jurídico, no sentido de se afirmar que o valor justiça não se afasta da segurança jurídica, ao contrário, na perspectiva da observância possível da justiça, ela e a segurança estão intimamente relacionadas, não sendo demais afirmar que são interdependentes.

Alvitre-se, portanto, que o tema suscita discussões das mais variadas, como análise da teoria do sistema jurídico, dos princípios jurídicos, coisa julgada, controle de constitucionalidade, vícios da sentença inconstitucional (uma questão de invalidade, inexistência ou rescindibilidade?), ação rescisória, rescício da *querela nullitatis*, e, principalmente, uma análise da segurança jurídica e seu papel fundamental no sistema jurídico: fundamentá-lo e garanti-lo.

O que se pretende afastar com essa singela contribuição à teoria da **coisa julgada inconstitucional** é a insegurança das partes envolvidas no litígio, principalmente a que logrou êxito, no tocante à desconsideração do julgado *a qualquer tempo*. Não é que o sistema não possua meios de controle da coisa julgada, eis que prevista a ação rescisória, mas trata-se de lembrar os pressupostos básicos do sistema jurídico funcionalmente informado pela noção de segurança jurídica, com vistas a trazer subsídios teóricos à defesa da preservação da sentença (ou acórdão) transitada em julgado contrária à Constituição.

CAPÍTULO I

ASPECTOS CONCEITUAIS SOBRE SISTEMA JURÍDICO E A IMPORTÂNCIA DA IDENTIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

1.1 Do pensamento sistemático no discurso científico: à guisa de intróito

O estudo de problemáticas que o Direito apresenta requer um discurso científico integral, ou melhor, sistemático. É indissociável à racionalidade jurídica a noção sistêmica do Direito. De outro lado, a idéia de sistema jurídico se encontra intimamente relacionada à estabilidade almejada pelo Direito, consistente num dos pontos que informam a fórmula kantiana de sistema,¹ daí que, ao se estudar o alcance da segurança jurídica, há de se fazer tal análise à luz da teoria dos sistemas.

O discurso científico se fulcra na noção sistêmica, como imposição de lógica e racionalidade. Com o presente estudo não será diferente, eis que a temática proposta mantém íntima relação com a noção de sistema jurídico e com as ferramentas nele encontradas para a resolução de contrariedades que porventura se apresentem, tocando-se, particularmente, no alcance da exigência da pertinência ou conformidade dos atos judiciais transitados em julgado com a Constituição.

Primariamente, urge definir sistema, ou, ao menos, definir a noção de sistema jurídico a ser trabalhada no estudo que se inicia. Tal pensamento é pertinente porque o termo “sistema” não possui significado unívoco. Utilizando-se da teoria da linguagem, neste ponto, pode-se dizer que a palavra “sistema” admite variadas significações e, por conseqüência, sentidos distintos. Origina-se do grego, com o significado de reunião ou conjunto, de forma que, basicamente, implica a idéia de todo, pela qual se denota que, apesar da possibilidade de possuir partes ou propriedades distintas e separadas, agrupa-se unitariamente de forma lógica.²

¹ CORDEIRO, Antônio Menezes. Introdução. *In* CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. de Claus-Wilhelm Canaris. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. LXIV.

² NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 02.

A noção introdutória de sistema jurídico visa a imprimir racionalismo na resolução dos casos jurídicos.³ Nas palavras de Antônio Menezes Cordeiro, “um racionalismo – agora não entendido apenas como um conhecimento pela razão, mas antes como um progredir metódico, norteado por regras”.⁴ O recurso metodológico ao sistema jurídico decorre da necessidade e vontade de ultrapassar a influência do pensamento jusfilosófico, baseado no formalismo e positivismo, que interioriza uma jurisprudência⁵ de valores. A valoração entendida como um “processo tendente ao aparecimento dum sentido jurídico, o qual por seu turno, traduz um esquema de identificação espontâneo, num conflito jurídico, como uma das posições em presença”.⁶

Já se pode falar atualmente numa jurisprudência analítica, ou melhor, numa teoria analítica do Direito, com ênfase na linguagem, normativismo kelseniano, racionalismo, crítica ética etc,⁷ no entanto, faz-se necessário voltar os olhos para o fato de que as grandes questões ainda bem atuais, mesmo na chamada jurisprudência analítica, padecem de solução, tais como os conceitos jurídicos indeterminados e a adequação da justiça à teoria das normas jurídicas. Nesse contexto, apresenta-se a jurisprudência programática como uma segunda corrente do pensamento jurídico moderno, aproximando o Direito à resolução dos casos concretos, a exemplo do pensamento difundido por Theodor Viehweg acerca do método tópico de interpretação e concretização.

Na seara da jurisprudência problemática, ganha especial destaque a retórica, cujo objetivo redundando na justificação e legitimação das decisões, como decorrência também do *non liquet*, pelo qual o julgador não pode denegar a realização da justiça, ou melhor, não pode deixar de decidir, o que o leva a decidir ainda que não exista uma regra específica no ordenamento jurídico.

Nesse breve percurso da evolução do discurso, já se constata a necessidade de que este observe a racionalidade, daí que a forma mais razoável, para tanto, é se valer da noção de sistema como unidade e ordem, para então se conseguir destrinçar os problemas que o Direito apresenta na busca pela sua realização. Com efeito, encontramos em Immanuel Kant a noção mais emblemática de sistema, pela qual se

³ A resolução dos casos jurídicos não se refere, aqui, ao âmbito jurisdicional, mas ao próprio discurso do Direito enquanto ciência jurídica.

⁴ CORDEIRO, Antônio Menezes. Introdução. In CANARIS, Claus-Wilhelm, *Op. cit.*, p. XXXII.

⁵ Jurisprudência aqui no sentido de discussão científica.

⁶ *Idem, ibidem*, p. XXXVII.

⁷ *Idem, ibidem*, p. XLII.

privilegiam os referidos elementos básicos, uma vez que afirma ser o sistema “a unidade dos diversos conhecimentos debaixo de uma idéia”,⁸ para indicar que o conhecimento envolve a idéia de conjunto ordenado de pensamentos interdependentes.⁹

Essa noção de sistema difundida por Immanuel Kant, na sua obra “Crítica da Razão Pura”¹⁰, no entanto, fortalece a dicotomia entre sistema interno e externo. O sistema externo ou extrínseco, nesse contexto, se refere à própria ciência do Direito, visto que se relaciona à racionalidade do trabalho científico, cujos critérios informadores são a coerência, a perfeição e a independência (requisitos formais). O sistema interno, por seu turno, corresponde ao próprio objeto da ciência jurídica, qual seja: o Direito consistente no “conjunto de elementos materiais (coisas ou processos) ou não-materiais (conceitos), ligados entre si por uma relação de mútua dependência, constituindo um todo organizado”.¹¹

Philip Heck já chamava a atenção para a existência de um sistema interno e externo,¹² o que necessariamente nos coloca na contraposição sobre a importância ou não dos elementos externos para o sistema interno do Direito. Essa premissa se estende à teoria da linguagem, no sentido de se explicar a linguagem pertinente aos sistemas da ciência do Direito e o do seu próprio objeto de estudo.

Conforme assevera Gabriel Ivo, o mundo jurídico se constitui pelo universo da linguagem, que se diferencia em linguagem-objeto (prescritiva) e metalinguagem, esta caracterizando a linguagem de sobrenível (descritiva).¹³ Daí se evidencia que o sistema interno jurídico se utiliza da linguagem prescritiva, no sentido de impor o comportamento humano, enquanto o sistema externo se vale da linguagem descritiva, para explicar o fenômeno jurídico.

Essa dilação se mostra pertinente sob o aspecto de que a relativização da coisa julgada contrária à Constituição sofre a influência de conceitos e elementos externos ao sistema do momento em que fora concebida. É como se, sob o pretexto de se tornar as decisões justas, isonômicas ou mesmo válidas, o Direito perdesse suas amarras no

⁸ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 26.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 108.

¹⁰ Interessante notar que nesta obra Kant trata da possibilidade do conhecimento, sendo o sistema uma delas.

¹¹ *Idem, ibidem*, p. 109.

¹² CORDEIRO, Antônio Menezes. Introdução. In CANARIS, Claus-Wilhelm, *Op. cit.*, p. LXVII.

¹³ IVO, Gabriel. **A incidência da norma jurídica - o cerco da linguagem**. In Revista Trimestral de Direito Civil. V.4 (outubro/dezembro/2000). Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 23.

passado e futuro, conduzindo-se ao vicioso paradoxo de que tal busca resulta na insegurança jurídica.

Efetivamente, a nós interessa a análise do sistema jurídico (interno), o que pressupõe a racionalidade e logicidade dos elementos normativos, incidência e conseqüências daí advindas, malgrado se tenha, com o presente trabalho, também a concretização da ciência jurídica (elementos do sistema externo), resultado da aferição do próprio Direito.

Entretanto, importante destacar que a diferenciação entre sistema interno e externo não raras vezes se encontra sobre uma linha tênue. É que fatalmente o discurso como criação intelectual do jurista se reveste de subjetividade, que ele faz com seus esquemas dogmáticos acerca do Direito, sobretudo porque a concepção do sistema interno decorre também da operação intelectual e racional humana.¹⁴ De fato, o Direito como objeto é construído pela homem, havendo, por isso, a presença humana no plano da ciência jurídica e de seu objeto, sendo uma das características do direito positivo constituir-se também com a ciência do Direito.¹⁵

Acerca dessa questão, pertinentes as observações de Paulo Bonavides:

Mas no sistema extrínseco, o teórico constrói, dogmatiza e impõe a lógica ao Direito, ao passo que no sistema intrínseco, ainda o de natureza formal, como o de Kelsen, a lógica, ao contrário, está no próprio Direito, no ordenamento dotado de racionalidade à espera de revelação, racionalidade que já existe e independe dos meios lógicos do sujeito cognoscente, o qual, até mesmo por insuficiência de compreensão, poderá pelo discurso deixar de reproduzi-la com fidelidade, falseando assim a base intrinsecamente lógica ou dedutível da ordem jurídica.¹⁶

É vê-se, realmente, que a ciência do Direito, enquanto sistema externo ou mesmo sistema da ciência do Direito, acaba por criar o Direito positivo, em face de esse constituir um processo cultural decorrente do agir humano. Todavia, apesar dessa confluência do discurso com o próprio Direito, devido a ambos se utilizarem da linguagem, não tem o condão de desconstituir os elementos formais que os compõem, a ponto de se confundirem os dois sistemas.

Da tentativa de procurar impor um rigor científico do discurso sistemático do Direito, enquanto sistema interno, indubitavelmente merece atenção a teoria de Hans

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 111.

¹⁵ IVO, Gabriel. *Op. cit.*, p. 23-24.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 111.

Kelsen. No século XX, de fato, a noção sistêmica voltou a dominar o campo das idéias, através da inserção do estudo da lingüística no discurso científico, influenciada, ainda, pela biologia e cibernética¹⁷, de modo que essa noção de sistema será aqui utilizada.

Passadas essas considerações básicas acerca dos sistemas enquanto ciência e à importância do pensamento sistemático enquanto Direito (sistema interno), iniciaremos a análise dos elementos do sistema jurídico, ou ao menos, da noção de sistema jurídico aproveitada no presente estudo acerca da relativização da coisa julgada contrária à Constituição.

1.2 Noção de sistema jurídico: ordenação e unidade dos elementos que o compõem

Malgrado o sentido plurívoco do termo “sistema”, não se pode olvidar que este tem como fator básico o fato de se remeter à idéia de ordem e unidade de uma pluralidade de elementos, daí a aproximação com o pensamento de Immanuel Kant, segundo o qual o sistema reflete a ordenação de variadas realidades sob pontos de vista unitários.¹⁸

A idéia de sistema jurídico se faz necessária para qualquer discurso científico relacionado ao Direito como imposição de racionalidade e coerência. Nesse ponto, não se podem explicar os meandros da teoria da “coisa julgada inconstitucional” sem um necessário percurso sobre as estruturas e funcionamentos do sistema jurídico.

Na sua obra intitulada “Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito”, Claus-Wilhelm Canaris desenvolve uma teoria dos sistemas arrimada nas características mais aceitas acerca dos sistemas, a saber: a ordenação e a unidade. Segundo o seu magistério:

No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se, com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 123.

¹⁸ KANT, Immanuel. *Op. cit.*, p. 30.

dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais.¹⁹

E não poderia ser diferente. Os atributos de ordem e unidade atribuíveis ao sistema jurídico são os que melhor fundamentam a exigência de racionalidade que deve permear as estruturas e funções deste sistema como imperativo de sua sustentabilidade. Interessante notar, de outro lado, que para se manter a logicidade e racionalidade, a ordem e a unidade devem estar relacionadas, sendo certo que a formação do sistema jurídico com a observância desses dois elementos repousa na idéia necessária de objetividade, ou seja, mostra-se imprescindível que um sistema em que se observa a ordem e a unidade seja necessariamente um sistema objetivo.

1.3 A moderna concepção de sistema jurídico

Essa concepção moderna de sistema reporta-se a Rolf-Peter Calliess, que, apoiado na sociologia de Niklas Luhmann, busca explicar o direito como estrutura dialógica dos sistemas sociais, numa tentativa de conciliar a relação entre sujeito e objeto, vindo a privilegiar a teoria da comunicação.²⁰

De certo, mostra-se bastante pertinente a teoria dos sistemas preconizada pelo aludido autor, o qual busca explicar o sistema jurídico e sua evolução como redutor da complexidade da sociedade, valendo-se, por isso, da segurança jurídica e de aspectos formais, nomeadamente explicando todo esse processo de redução de complexidade social através das decisões judiciais.

Nesse contexto, não é demais registrar que a temática acerca da flexibilização da denominada “coisa julgada inconstitucional” (objeto de nosso estudo) resulta da complexidade da sociedade moderna, tendo em vista a influência que esta manifesta no Direito, e, por conseqüência, nas decisões judiciais. Interessante, pois, conhecer os elementos e estruturas do sistema que possibilitam a redução da complexidade à qual se sujeita a sociedade.

¹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 12-13.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 123-125.

Assim sendo, Niklas Luhmann representa a noção sistêmica moderna,²¹ na qual se pode observar o intento de explicar o processo de tomada de decisões e os princípios que a informam, sempre como o intuito precípua de redução de complexidade das relações sociais e sua necessária estabilização, utilizando-se da teoria da comunicação.

A evolução da sociedade e do próprio Direito resulta na reformulação do pensamento sistemático, a fim de adequá-lo à complexidade moderna das relações inter-subjetivas, bem como da forma conferida pelas instituições, daí se destacarem os órgãos jurisdicionais na busca pela redução de tal complexidade atuando *in concreto*.

Aqui adentra nossa problemática, consistente em informar o tratamento a ser dispensado às decisões judiciais contrárias à Constituição, mas já transitadas em julgado à luz da concepção moderna de sistema jurídico e da importância da observância da segurança jurídica nos moldes sistêmicos atuais.

Anteriormente, não se cogitava da possibilidade de desconstituir a coisa julgada no âmbito cível tal como hodiernamente pretende boa parte da doutrina pátria e estrangeira, em face do controle de constitucionalidade dos atos judiciais, visto que a desconsideração dos efeitos do julgado ou a sua rescisão recaía apenas sobre aquele em que não tivesse havido a citação do réu, por imperativo de segurança jurídica e do devido processo legal, bem como nas hipóteses cabíveis do ajuizamento de ação rescisória.

Nesse contexto, mostra-se pertinente a teoria de Niklas Luhmann, que, arrimada numa proposta funcionalista-estruturalista,²² busca racionalizar a complexidade que envolve o Sistema da Sociedade e do Direito propriamente dito, muito embora faça uso demasiado de paradoxos;²³ bem como se revela oportuno o

²¹ Paulo Bonavides aloca a teoria de Luhmann na moderna concepção de sistema jurídico, inspirada na teoria dialógica do Direito, consistente na “concepção de Direito reduzida a um processo verbal conciliatório de interação, informação e comunicação”. (BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 125).

²² Ao contrário de Talcott Parsons, que analisa o sistema numa abordagem estruturalista-funcionalista, Luhmann dará ênfase às operações realizadas pelo sistema do que às suas estruturas. Nesse ponto, assevera CAMPILONGO que: “o funcionalismo tradicional (Parsons) considera o sistema social um todo composto por partes funcionalmente dispostas, de modo a manter o equilíbrio estável do sistema. O funcionalismo de Luhmann, ao contrário, parte da distinção sistema/ambiente para colocar como problema central a questão da rede de operações que permite ou interrompe a reprodução dos elementos internos do sistema (ou o seu fechamento operacional)” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 67).

²³ O paradoxo, segundo Luhmann, “desenvolve-se, como dizem os lógicos (*Logiker*), no interior do sistema, a partir dos limites estabelecidos entre a diferenciação do sistema jurídico e a sua semântica, por um lado e, por outro, {na diferença entre} a sociedade e seu ambiente” (LUHMANN, Niklas. A restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise Sociológica do Direito. *In Da Sociologia social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 33-107).

modelo teórico utilizado por autores pátrios, como Marcelo Neves, Celso Campilongo e Gustavo Valverde, na busca de identificar o Direito como um sistema comunicativo com a função de generalizar de forma congruente as expectativas normativas da sociedade. Mister se faz, portanto, registrar os elementos básicos da teoria original de Niklas Luhmann, assim como sua utilização pelos mencionados autores, em congruência com a razão comunicativa e com a busca da manutenção da segurança jurídica.

1.3.1 Ênfase na proposta funcionalista-estruturalista da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: fechamento operativo, abertura cognitiva e acoplamento estrutural dos sistemas

Niklas Luhmann trabalha a noção de sistema como um conjunto autônomo de elementos, compreendidos como verdadeiras unidades do sistema, que se relacionam entre si e com o ambiente mediante a utilização de tipos específicos de operações, de forma que tais operações funcionam como o elo entre o sistema e o ambiente, na medida em que filtram as informações do sistema e as processam internamente, sendo que as operações correspondem a acontecimentos instantâneos, ocorridos no sistema estruturalmente fechado, que produzem um processo de diferenciação dentro do sistema.²⁴

Celso Fernandes Campilongo, também arrimado na teoria sistêmica proposta por Luhmann, registra a seguinte afirmação:

Um sistema caracteriza-se pela diferença com seu ambiente e pelas operações internas de auto-reprodução de seus elementos. A sociedade é um grande sistema social que compreende, no seu interior, todas as formas de comunicação. A sociedade não é composta por relações individuais, mas sim por comunicações. Os homens, enquanto sistemas psíquicos e orgânicos, são o ambiente necessário e indispensável da sociedade. Os sistemas sociais das sociedades modernas são funcionalmente diferenciados em diversos sistemas parciais. São exemplos de sistemas parciais os sistemas econômico, jurídico e político. Cada sistema parcial possui seu próprio código (esquema binário que caracteriza a comunicação no sistema), suas operações específicas de reprodução, ou seja, sua clausura operativa (ou fechamento operativo) e sua abertura ao ambiente.²⁵

²⁴ VALVERDE, Gustavo Sampaio. **Coisa julgada em matéria tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 34.

²⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Op. cit.*, p. 66.

Tais dados, sobretudo as operações internas desempenhadas pelo sistema, revelam como seus elementos se relacionam, sendo funcionalmente limitados à forma como se encontra estruturado o sistema, daí que se convencionou afirmar, com base na teoria luhmanniana, que os sistemas são autopoieticos, porquanto “reproduzem seus elementos valendo-se de seus próprios elementos, por meio de operações internas”.²⁶

É de se observar, portanto, que os sistemas, *in casu*, o sistema jurídico trabalha de forma contínua, uma vez que, sem se descuidar dos elementos estruturais, filtra as informações e alterações do ambiente mediante operações destinadas ao processamento dessas informações, de forma a produzir os elementos do sistema.

Forçoso reconhecer, portanto, que a teoria de Niklas Luhmann acerca dos sistemas se relaciona à *autopoiesis*²⁷, na medida em que idealiza os sistemas como auto-referentes, sendo este ponto o principal traço distintivo do conceito tradicional de sistemas, pelo qual se colocam os sistemas como conjunto de elementos que se relacionam entre si num dado ambiente, ainda que dele separado. Para a teoria luhmanniana, os sistemas não possuem essa relação embrionária com o ambiente, eis que este apenas lhe fornece os elementos (matéria-prima) para seu funcionamento, que se dará mediante suas operações próprias e internas, sendo certo que os elementos advindos do ambiente, rico em complexidade, sofrerão necessária filtragem nos sistemas. Corroborando o entendimento, assevera Emílio Peluso Neder Meyer que

Na teoria dos sistemas auto-referentes, o sistema se define precisamente por sua diferença em relação ao ambiente, uma diferença incluída no próprio conceito de sistema. O sistema só pode ser entendido a partir da diferença em relação ao ambiente. Mais à frente, tal sistema pode ser observado como um sistema auto-referente e autopoietico. Assim, ele pode criar tanto a estrutura quanto os elementos que o compõem.²⁸

²⁶ VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Op. cit.*, p. 36.

²⁷ Humberto Maturana, biólogo chileno, foi o primeiro a elaborar o conceito de *autopoiesis* intimamente relacionado à sua pesquisa sobre a organização dos organismos vivos. “Un sistema vivente, secondo Maturana, è caratterizzato dalla capacità di produrre e riprodurre esto stesso gli elementi che lo costituiscono, e definisce in questo modo la própria unità : ogni cellula è il prodotto di un reticolo di operazioni (...) interne al sistema di cui essa è un elemento, e non di un intervento esterno”. BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. **Luhmann in Glossário – I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali**. Milano: FrancoAngeli, 2005, p. 53). Tradução livre: “Um sistema vivo, segundo Maturana, se caracteriza pela capacidade de produzir e reproduzir pelos próprios elementos que o constituem, e assim define sua própria unidade: cada célula é produto de um retículo de operações (...) internas ao sistema do qual ela mesma é seu elemento; e não de uma ação externa”.

²⁸ MEYER, Emílio Peluso Neder. **O caráter normativo dos princípios**. Artigo extraído do site www.jusnavigandi.com.br, acessado 25/4/2006.

É imperioso destacar, todavia, que o isolamento do sistema frente ao ambiente não é transitório nem causal, mas sim um dado intrínseco do conceito de sistema prelecionado por Luhmann, qual seja, a exigência de que ele opere de um modo estruturalmente fechado, a possibilitar a redução de complexidades do ambiente, ainda que tal redução aumente a complexidade interna do sistema, todavia, não mais se visualizando os dados que o compõem como possibilidades, mas sim como probabilidades resultantes da observância dos códigos binários existentes num dado sistema, sendo este, repise-se, um dos paradoxos desta teoria.

Com efeito, um dos pontos marcantes da teoria luhmanianna reside justamente nos paradoxos, sendo o maior deles a afirmação de que o fechamento operativo do sistema é condição para a sua abertura cognitiva (a auto-reprodução dos elementos internos a partir dos dados obtidos no ambiente). Todavia, vale destacar que “os problemas de abertura e fechamento do sistema não podem ser respondidos em termos causais ou a partir do esquema *input/output*.”²⁹

É de se observar que a teoria sistêmica trazida à colação trabalha com a perspectiva de que no ambiente residem as possibilidades, cabendo aos diversos sistemas promover a devida redução dessa complexidade³⁰ inerente ao ambiente através de suas operações internas. Em síntese,

entre ambiente e sistema há um desequilíbrio de complexidade que permite o nascimento da determinação. Os sistemas reduzem a complexidade do ambiente transformando o simplesmente possível em possível e determinável. Essa operação dos sistemas responde a uma dinâmica evolutiva

²⁹ Conforme afirma Campilongo, “a teoria dos sistemas autopoieticos substitui a explicação causal dos sistemas abertos (input/output) por um modelo de ligações simultâneas e assimétricas entre os sistemas”. (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Op. cit.*, p. 95). Interessante notar que essa abertura cognitiva do sistema não pressupõe uma descaracterização de seus programas ou códigos, eis que funciona como o acoplamento estrutural entre os sistemas ou mesmo entre os sistemas e determinado ambiente específicos, de forma que os sistemas, *in casu*, o sistema jurídico permite sofrer irritações internas ocasionadas por tal abertura, sendo que tais influências não se constituem em informações ou determinação, pois funcionam como dados brutos que alimentam o sistema jurídico, sem prescindir de uma necessária seleção e construção a partir de suas estruturas internas e fechadas.

³⁰ Relata Emílio Peluso que o reconhecimento da complexidade da sociedade moderna, bem como o objetivo de reduzi-la através da ciência, é um ponto de extrema relevância na teoria luhmanianna. “A complexidade é entendida como a abundância de relações, possibilidades, conexões, sem que seja possível estabelecer uma linha contínua entre cada elemento. O problema próprio de uma sociedade complexa como a hodierna é da impossibilidade de se referir apenas a um centro; nisto se revela a marcada diferenciação desta sociedade. Tal diferenciação é extremamente importante em nossa análise para que possamos entender a automização de sistemas como o direito frente a outras ordens normativas, como a moral e a ética. A complexidade da sociedade moderna é enfrentada pela própria assunção de um *paradoxo*: só é possível reduzir complexidades aumentando a própria complexidade. Daí que uma teoria da sociedade que pretenda reduzir a complexidade desta sociedade deverá ser, ela mesma, complexa”. (MEYER, Emílio Peluso Neder. *Op. cit.*).

que é resultado de um processo constante de variação, seleção e estabilização de estruturas, de tal maneira que as possibilidades do ambiente não selecionadas num primeiro momento poderão vir a sê-lo posteriormente. (...). Em razão disso, o ambiente segue sendo um espaço mais complexo de que o sistema. Este, por seu turno, renova incessantemente seus elementos por meio de contínuas e novas seleções promovidas naquele.³¹

Destacam-se, nesse contexto, as palavras de Niklas Luhmann, no sentido de que

a codificação do sistema jurídico é dada por meio de diferenciações do direito e do não-direito e, a partir disso, os textos escritos sobre a reflexão interna do sistema podem ser mais precisos quanto a este enunciado. O sistema jurídico se des-paradoxiza pela adoção desse código. Trata-se da diferença do direito e do não-direito não como paradoxo, e sim como contradição. Tem-se então: não-direito \neq direito (*Unrecht \neq Recht*) (...). O paradoxo é tomado como se fosse uma contradição, isto é, como se pudesse eliminar um procedimento lógico e técnico (*technisierbaren*) por meio de uma lógica de valores dual.³²

Ainda sobre a paradoxização do sistema e a funcionalidade de seus elementos, noticia Marcelo Neves que o fechamento auto-referencial é condição para abertura do sistema ante a exigência de que este realize conexão com os acontecimentos elementares, o que implica sua necessidade de abertura cognitiva, entendendo que a radicalização do fechamento operativo do sistema conduziria a um paradoxismo insuperável da autopoiese, eis que não possibilitaria a interrupção da interdependência dos elementos internos em face dos dados obtidos no ambiente.³³

Niklas Luhmann entende o sistema como uma dinâmica de operações fáticas através de elementos estruturais. Todavia, apesar da importância de tais elementos como instrumentos para a realização das operações, são elas que diferenciam o sistema do ambiente de outros sistemas. Nesse passo, “as operações realizadas pelo sistema consistem basicamente na seleção de informações do ambiente e no processamento interno dessas informações”, de forma que “cada sistema possui um critério e uma forma de selecionar e processar informações que lhe possibilitam operar de uma maneira própria e delimitar-se frente ao ambiente”.³⁴

Como cada sistema parcial possui suas próprias estruturas e operações, é certo dizer que cada sistema parcial da sociedade funciona conforme seu ritmo singular, em

³¹ VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Op. cit.*, p. 38.

³² LUHMANN, Niklas. **A restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise Sociológica do Direito.** In Da Sociologia social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 57.

³³ NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 122.

³⁴ VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Op. cit.*, p. 34.

interação com os demais sistemas parciais, através de operações internas que possibilitam a auto-reprodução de seus elementos a partir dos elementos colhidos do ambiente.

A comunicação do Direito depende da funcionalidade de tais programas, o que irá garantir ao sistema o aspecto de variabilidade, já que os códigos binários a ele relativos permaneceram imutáveis.

Nessa perspectiva, vale ressaltar que a funcionalidade ou unidade dos sistemas guarda, outrossim, uma intrínseca relação com as dimensões neles existentes, quais sejam: as dimensões material, social e temporal. Na dimensão material, observa-se a preocupação em atribuir sentido às operações realizadas pelo sistema para reduzir as complexidades do ambiente, conduzindo para o surgimento de expectativas.

No caso do sistema jurídico, por óbvio, as expectativas são normativas, sendo que a fixação dessas expectativas deve pressupor um grau mínimo de abstração capaz de produzir uma certa indiferença, ou seja, as experiências não devem ser processadas de modo muito abstrato com o condão de acarretar a incapacidade de o sistema prescrever os comportamentos conforme o caso.³⁵

É de vê-se, portanto, que, na teoria funcionalista-estruturalista dos sistemas encontra-se a abordagem acerca da necessidade de que os sistemas trabalhem com generalizações de expectativas, de forma a garantir-lhes um nível de abstração mínima que possibilite a adoção dos comportamentos prescritos em conformidade com o caso concreto, sobretudo porque isto se mostra necessário até no processo tradicional de subsunção de normas jurídicas.

A dimensão social, por outro lado, lida com o aspecto da institucionalização das expectativas, *in casu*, normativas, através de processos, sendo certo que, por meio da institucionalização produzida na dimensão social, detém-se a validade das expectativas. Os processos funcionam como um filtro onde as incontáveis possibilidades (expectativas) ingressam como redução de complexidade no sistema jurídico.³⁶

³⁵ VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Op. Cit.*, p. 62.

³⁶ *Idem, Ibidem*, p. 65

Já a dimensão temporal cuida em conferir estabilização às expectativas através da relação entre passado e futuro no presente. Nesse ponto, Gustavo Sampaio Valverde faz uma pertinente ilação. Vejamos:

Por meio do tratamento eficaz de frustrações, o direito busca protrair duradouramente no tempo as expectativas normativas que pretende ver preservadas. Tal processamento de frustrações ocorre pelo recurso às sanções e à normatização. Esses mecanismos representam uma certa garantia contra as desilusões, inevitáveis no estágio da sociedade moderna. A dimensão temporal é, propriamente, a dimensão normativa do direito, onde vigem as expectativas, que reduzem a complexidade social dando a cada homem a segurança para esperar que o seu semelhante tenha determinada expectativa sobre sua conduta e conduza-se de acordo com essa expectativa.³⁷

Com efeito, tais dimensões não excludentes entre si, ao contrário, se complementam, eis que são necessárias para o processo de generalização de expectativas exigido para a compatibilização do direito no âmbito da sociedade moderna.

Por pertinente, urge destacar que as dimensões temporal e social ganham especial destaque na problemática da “relativização da coisa julgada inconstitucional”, visto que o processo de generalização congruente de expectativas deve se dar com estabilidade, além de respaldo social, sendo certo que a segurança consiste em justamente pressupor que os indivíduos se comportem em observância das expectativas normativas.

1.3.2 O Direito como modelo de um sistema comunicativo

À primeira vista, pode-se entender que o Direito se resume ao sistema comunicativo estritamente jurídico, numa correlação exata entre o Direito e o jurídico. Niklas Luhmann, no entanto, propõe sua teoria com foco no Direito, que engloba sistemas distintos: político, jurídico, social, entre outros, que, a despeito de serem fechados do ponto de vista operacional, permitem uma abertura cognitiva, eis que o fechamento operacional do sistema, paradoxalmente, favorece a sua abertura às referências do ambiente e aos programas de mudança do sistema (acoplamento estrutural).

³⁷ VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Op. cit.*, p. 62.

Explica Celso Fernandes Campilongo que o processo evolutivo do sistema jurídico, pelo qual há a transformação das estruturas internas como resultado da absorção da complexidade do ambiente e até do próprio sistema, pressupõe um sistema de limitações das expectativas já existentes através da codificação particular de cada sistema, tal como no caso do sistema jurídico, que trabalha principalmente com o código lícito/ilícito.

Nesse ponto, interessante destacar que o principal traço distintivo do sistema da sociedade reside na probabilidade da comunicação humana. Tércio Sampaio Ferraz Jr. afirma que

há quatro axiomas básicos que ajudam a compreensão do conceito de comunicação. O primeiro é que a comunicação não tem contrários: o ser humano se comunica em todas as circunstâncias, pois comunicação equivale a comportamento e comportamento equivale à comunicação. O segundo é que o ser humano se comunica de dois modos distintos: um modo digital, que se vale das palavras, dos dígitos, dos gestos etc.; e um modo analógico, que se vale da comunicação não-verbal, de que é exemplo uma lágrima, um sorriso, o jeito de vestir etc. Terceiro, a comunicação ocorre sempre em dois níveis simultâneos: o nível do relato, que é próprio do conteúdo da mensagem; e o nível do cometimento, que representa a relação entre participantes da relação comunicativa, isto é, a forma como o conteúdo deve ser compreendido (simetria ou assimetria). O quarto, e último axioma, diz que em torno das relações de comunicação sempre existe uma pontuação: quem fala e quem ouve.³⁸

Observa-se, portanto, que a principal operação realizada pelo sistema da sociedade é a linguagem, ou melhor, a comunicação entre os seres, de forma que o conjunto das comunicações realizadas pelo sistema resulta na definição da unidade do sistema. Mas qual seria a relevância da comunicação na redução das complexidades do ambiente?

Afirma Gustavo Sampaio Valverde que, sendo o ambiente composto de infinitas possibilidades, para que haja o mínimo de harmonia frente à contingência do comportamento humano e, por conseguinte, das relações inter-humanas, a viabilidade da interação resulta da estabilização das expectativas que cada indivíduo possui sobre o outro, capaz de conduzir a uma pauta de previsibilidade, de forma a estabilizar os comportamentos recíprocos.³⁹

³⁸ Excerto extraído da aula ministrada por Tércio Sampaio Ferraz Jr. no curso de pós-graduação na PUC/SP em 23.3.2003, transcrito em nota de rodapé por Valverde (VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Op. cit.*, p. 39).

³⁹ VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Op. cit.*, p. 42.

Desse modo, para o presente estudo, revela-se imprescindível saber se o sistema jurídico possui na sua definição estrutural o código justo/injusto, nomeadamente porque a justiça corresponde a um dos argumentos utilizados pelos defensores da flexibilização da coisa julgada. Principalmente em nome da idéia de justiça material, busca-se destituir a coisa julgada da pretensa robustez com que é qualificada.

1.4 A importância da identificação dos princípios jurídicos no sistema jurídico

A unidade do sistema jurídico se revela possível em razão dos princípios jurídicos que o permeiam. Isso porque, embora o sistema jurídico reclame elementos objetivos capazes de lhe assegurar a sua ordenação e logicidade, sempre haverá casos para os quais o sistema não responde objetivamente, através de ferramentas jurídicas antevistas, razão pela qual se torna indispensável a elucidação do papel dos princípios no sistema jurídico.

De logo, adiantaremos que não se pretende retroceder ao ponto de vista doutrinário de que os princípios atuam subsidiariamente na hipótese de faltar uma regra expressa disciplinando o tratamento normativo à determinada conduta. Longe disso, mas sem desprezar a relação, entendemos que os princípios constituem fundamento do sistema jurídico, daí que são justamente as características dos princípios que lhe possibilitarem imprimir unidade através da interpretação.

Vê-se que o sistema jurídico se caracteriza por um conjunto de normas juridicamente vinculantes, cuja unidade lógica e finalística constitui uma das funções dos princípios jurídicos. Depreende-se, portanto, que os princípios são mandamentos do sistema jurídico compostos de valores da cultura sociojurídica de uma sociedade, cujos comandos alcançam a composição e a efetividade de outras normas jurídicas.

Mostra-se pertinente, portanto, um estudo sobre a teoria geral dos princípios, nomeadamente o princípio da segurança jurídica, a fim de averiguar sua importância na preservação do sistema jurídico. A seguir.

CAPÍTULO II

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO PRESSUPOSTO DO SURGIMENTO DA SOCIEDADE POLÍTICA ORGANIZADA

2.1 Teoria geral dos princípios jurídicos: considerações sobre conceito, natureza dos princípios jurídicos e os critérios de distinção entre princípios e regras jurídicas

A palavra princípio exprime a idéia de início, fundamento de algo, sendo que, no âmbito específico do sistema jurídico, os princípios ganham contornos mais profundos e relevantes. Para nosso estudo, a análise sobre a teoria dos princípios jurídicos se mostra pertinente, haja vista que a problemática acerca da desconstituição/flexibilização da coisa julgada envolve o princípio da segurança jurídica, além de muitos sustentarem a possibilidade de colisão com outros princípios, a exemplo do princípio da supremacia da Constituição.

Em clássica e difundida definição de princípio jurídico, Celso Antônio Bandeira de Melo o conceitua como disposição fundamental e nuclear do sistema, eis que define sua lógica e racionalidade.⁴⁰ Assim entende Carlos Ari Sundfeld, quando preleciona que os princípios correspondem às idéias centrais de um sistema, de modo que lhe conferem logicidade, harmonia e racionalidade, permitindo, assim, a compreensão de seu modo de se organizar.⁴¹ Humberto Bergmann Ávila, por seu turno, procura imprimir uma teoria analítica acerca da distinção entre regras e princípios, chegando a conceituá-los como: “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária”,⁴² sendo que a expressão “finalística” não representa necessariamente um ponto final, mas o conteúdo desejado.

Ronald Dworkin, representando a tradição anglo-saxônica, definiu os princípios a partir de suas críticas ao modelo do positivismo. Para ele, os princípios possuem uma dimensão de peso, ao contrário das regras, que obedecem à lógica do tudo ou nada. Robert Alexy, por sua vez, a partir das reflexões de Ronald Dworkin, conceitua-os como espécies de normas jurídicas, aos quais se estabeleceriam deveres de

⁴⁰ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 450.

⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 141.

⁴² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 71.

otimização, aplicáveis em diferentes graus, a depender dos fatores e circunstâncias fáticas.⁴³

A força normativa dos princípios adviria justamente da capacidade de impor comportamentos voltados à realização de um determinado estado de coisas, no sentido de que eventual incerteza quanto ao conteúdo do comportamento não desnatura a imposição deste, nem resume os princípios jurídicos aos valores, apesar de se relacionarem, eis que “o estabelecimento de fins implica a qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover”.⁴⁴

De certo, hodiernamente não se afasta a nítida função dos princípios de fundamentarem o sistema jurídico, devido ao caráter axiológico e ao conteúdo mais amplo e indeterminado que os caracterizam, a possibilitar que as regras jurídicas, assim como outros princípios mais específicos, encontrem arrimo em princípios jurídicos. Basta ver os princípios da segurança jurídica, dignidade humana, legalidade e igualdade, para se observar esta função fundamentadora. Sobre esse caráter de fundamento, pertinente o conceito de princípios de Eurico Marcos Diniz di Santi, para o qual os princípios jurídicos são “proposições prescritivas que permeiam o sistema nomoempírico normativo, traduzindo linhas diretivas que lhes alicerçam as bases como vigas estruturais do edifício dos sub-sistemas integrados”.⁴⁵

Por óbvio, a função dos princípios de fundamentar o sistema se apresenta em graus distintos, a depender de sua especificidade. É que, apesar de possuírem carga axiológica maior que a das regras jurídicas, existem princípios que não são relevantes para todo o sistema,⁴⁶ tal como o princípio da eficiência, pertinente ao Direito Administrativo.

Cumprе ressaltar, por oportuno, que, apesar de o entendimento prevalecente considerar os princípios espécie de normas jurídicas,⁴⁷ a doutrina tradicional costumava

⁴³ ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade.** In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Jan-mar/1999, p. 156-157.

⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 72.

⁴⁵ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 94.

⁴⁶ Assim também entende CANARIS, ao defender que a generalidade dos princípios se mostra relativa. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 78-80.

⁴⁷ Registre-se que a idéia de norma jurídica, nos moldes aqui apresentados, difere de “formulação da norma”, caracterizada pelo enunciado lingüístico ou texto. Nesses termos, o texto ou disposição é o objeto da interpretação da norma, enquanto a norma é o resultado desta interpretação. Tal distinção tem como consequência básica, como afirma Ruy Espíndola, ser a norma qualquer enunciado que constitua o sentido ou significado adscrito a qualquer disposição. Cf. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 193. Destaca-se, ainda, que o

distinguir princípios e normas. Negava-se sua natureza normativa com arrimo em dois argumentos principais, quais sejam, conteúdo com alto grau de vagueza sem sanção imediata, bem como porque, em se tratando de princípios constitucionais, a própria Constituição não era considerada um corpo normativo, o que está totalmente superado, visto ser atualmente assente o entendimento entre os operadores do Direito de que a Constituição detém força normativa, sobretudo após o fenômeno do Constitucionalismo, no qual as Constituições foram concebidas como verdadeiros documentos com a incumbência de estruturar juridicamente o poder político do Estado, além de positivar os direitos e garantias fundamentais, como veremos a seguir.

Paulo Bonavides ressalta que a teoria dos princípios passou por uma evolução, na qual se destacam as passagens do campo metafísico e abstrato com o estudo de seus efeitos concretos, todavia, ainda com teor de densidade normativa baixa, eis que, num primeiro momento, os princípios possuíam um caráter jusprivatista, para uma órbita juspublicista, passando os princípios a ser considerados normas jurídicas, com influência na ciência jurídica, além de se encontrarem inseridos no âmbito das constituições dos países, o que lhes confere uma maior positividade e completude.⁴⁸

Efetivamente, assim assevera Ivan Luiz da Silva, quando afirma que o caráter científico da normatividade dos princípios reclama a análise sobre seu enquadramento na estrutura lógica da norma jurídica.⁴⁹ Muitos são os autores que trabalham a estrutura da norma jurídica, visto ser este um dos pontos de partida do discurso jurídico.

primeiro a defender o caráter normativo dos princípios foi CRISAFULLI em 1952. Segundo ele, “Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam (...) estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”. CRISAFULLI, Vezio. *apud* BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 230.

⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 237/238.

⁴⁹ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 20. Marcos Bernardes de Mello ressalta as divergências doutrinárias no que toca à indispensabilidade do elemento sanção na estrutura da norma jurídica, de modo que há a corrente dos sancionistas, a exemplo da estrutura da norma jurídica apresentada por Kelsen, a qual teria uma estrutura bimembre, composta por uma norma primária e outra secundária. Na norma secundária estaria o preceito (se F então deve ser P), e na norma primária, a sanção (se não-P então deve ser S), malgrado na sua obra póstuma se tem colocado que a norma que impõe o preceito é a norma primária. De outro lado, a corrente dos não-sancionistas, que obviamente não colocam a sanção na estrutura da norma jurídica, tal como Pontes de Miranda, no sentido de que basta o suporte fático e o preceito para informarem a estrutura da norma jurídica, o que para os sancionistas se encontra na estrutura interna das duas estruturas que compõem a norma. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 30-31).

Consoante alinhado no capítulo anterior, o Direito, enquanto objeto da ciência, se vale da linguagem prescritiva para impor determinada conduta, ao contrário da linguagem descritiva, utilizada pela ciência. A questão, portanto, reside em se saber se os princípios podem ser enunciados segundo o modelo prescritivo.

A esse respeito, afirma Eros Roberto Grau⁵⁰ que os princípios trazem pressupostos fáticos, sendo que os portam de maneira a enunciar uma série indeterminada de suportes fáticos, não se afastando, todavia, a sua capacidade de estatuição ou injunção, embora de modo implícito, no extremo completável em outra ou outras normas jurídicas, tal como ocorre em relação a inúmeras normas jurídicas incompletas, daí que os princípios jurídicos, como normas que são, também impõem o dever-ser quando realizado seu suporte fático.⁵¹

Sob outra perspectiva, Eurico Marcos Diniz di Santi afirma que os princípios jurídicos não são normas jurídicas, no sentido de proposições prescritivas com a forma implicacional hipótese-tese. Os princípios seriam, assim, fragmentos de normas a integrar outras normas jurídicas, delineando o antecedente ou o conseqüente da estrutura lógica das regras jurídicas. Diz que dessa irradiação fragmentada de normas (princípios) resulta a formação de um conjunto de normas jurídicas.⁵²

Decerto, faz-se necessário observar os elementos da estrutura da norma jurídica. Adotaremos a estrutura da norma preconizada por Lourival Vilanova, que concebe o caráter bimembre da norma jurídica, configurado por uma hipótese e uma tese. Na primeira estrutura, encontra-se a hipótese, descrevendo o fato, enquanto na tese, o comportamento exigido pelo ordenamento; e na segunda, a hipótese representa o não cumprimento, enquanto a tese refletiria a ação prevista no sistema jurídico.⁵³

A fórmula da linguagem lógica da norma jurídica pode ser assim simplificada: “Se se dá um fato F qualquer, então o sujeito S deve fazer ou deve omitir ou pode fazer ou omitir conduta C ante outro sujeito S”.⁵⁴

À evidência, os princípios possuem um grau maior de indeterminação no que toca às hipóteses fáticas de incidência, mas não deixam de ser normas jurídicas. Mesmo

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 110.

⁵¹ SILVA, Ivan Luiz da. *Op. cit.*, 2004, p. 21.

⁵² SANTI, Eurico Marcos Diniz di. *Op. cit.*, p. 94.

⁵³ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: RT, 1977, p. 51.

⁵⁴ *Idem, ibidem*, mesma página.

aqueles que concebem os princípios como fragmentos de normas, a exemplo de Eurico Marcos Diniz di Santi, não negam seu caráter normativo, havendo apenas restrição em relação ao seu enquadramento na estrutura lógica da norma jurídica, visto que reclama muitas vezes a integração de sentido de outras normas jurídicas na atividade de interpretação.

No mais, é de se observar que o grau de determinação da hipótese e conseqüente da norma já não se apresenta como um critério para afastar a natureza normativa dos princípios, tanto é que Karl Larenz já definia os princípios jurídicos como **normas** de hipótese e conseqüência indeterminadas, havendo, todavia, a idéia jurídica de definir o processo de sua concretização.⁵⁵

Efetivamente, a questão da indeterminação ou indefinição da hipótese de incidência dos princípios se mostra relativa, no sentido de que mesmo as regras não possuem o sentido definido a ser aplicado, revelando-se necessária a atividade da interpretação. Elas também podem ter seu campo de incidência aberto, dependendo da integração de outras normas. De outro lado, o conseqüente dos princípios pode ser representado pelo fim a que se destina,⁵⁶ devendo, aqui, necessitar da interpretação, no entanto, sem se descurar de seu aspecto normativo.

Em outra seara, vê-se que o modelo hipotético-condicional não raras vezes é apresentado como um critério de distinção entre regras e princípios. Argumenta Humberto Bergmann Ávila, com prudência, que tal critério não se mostra satisfatório. Eis o seu magistério:

O critério do caráter hipotético-condicional parte do pressuposto de que a espécie de norma e seus atributos normativos decorrem necessariamente do modo de formulação do dispositivo objeto de interpretação, como se fosse a exteriorização do dispositivo (objeto da interpretação) que vai regular a conduta humana ou como deverá ser aplicada. Percebem-se, aí, uma manifesta confusão entre dispositivo e norma e uma evidente transposição de atributos dos enunciados formulados pelo legislador para os enunciados formulados pelo intérprete.⁵⁷

Extrai-se, portanto, a relevância da distinção entre texto e norma, bem como as influências do processo de interpretação desta distinção. Com efeito, texto e norma não

⁵⁵ LARENZ, Karl *apud* ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.*, p. 155.

⁵⁶ *Idem. Op. cit.* 1999, p. 162.

⁵⁷ *Idem. Op. cit.* 2004, p. 33.

se confundem, sendo o texto o enunciado lingüístico e a norma o resultado da interpretação deste enunciado.

Outro não é o magistério de Gabriel Ivo, ao afirmar que “a norma jurídica não se confunde com os meros textos normativos. Estes são apenas os suportes físicos. Antes do contato do sujeito cognoscente não temos normas jurídicas, e sim, meros enunciados lingüísticos esparramados no papel.”⁵⁸ A norma, assim, seria o sentido atribuído pelo intérprete ao texto, de forma que não há uma exata correlação entre o texto e a norma, daí pode haver norma sem texto, uma vez que várias normas são construídas a partir da interpretação de um mesmo enunciado.⁵⁹ Acerca dos princípios, um exemplo bastante elucidativo é o princípio da proporcionalidade, que não possui texto expresso mas é construído a partir das demais normas jurídicas, mormente aquelas dispostas na Constituição.

Virgílio Afonso da Silva, na esteira do pensamento de Alexy, mas corroborando o dito até aqui, não afasta a necessária interpretação da formulação lingüística, defende que os princípios decorrem de uma interpretação prévia, ainda que não possuam a mesma estrutura, mas isso também acontece com as regras, de modo que, nesse ponto, concorda com Humberto Bergmann Ávila quanto à insuficiência de distinguir princípio e regra pela indeterminação.⁶⁰

Entretanto, deve-se reconhecer a generalidade que acomete os princípios jurídicos, pois, mais que as regras, nas quais se assume um modelo deôntico com a descrição expressa do enunciado, os princípios não deixam de ser mais subjetivos, já que a própria formulação lingüística é idealizada pelo intérprete. Não se discutem, nesse ínterim, as conseqüências advindas da utilização do princípio moldadas conforme as particularidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Entretanto, esse caráter normativo que imprime aos princípios apenas se mostra possível pelo processo de interpretação, sendo elucidativa a opinião de Humberto Bergmann Ávila, no sentido de que “o ponto decisivo não é, pois, a ausência da prescrição de comportamentos e de conseqüências no caso dos princípios, mas o tipo da prescrição de comportamentos e de conseqüências, o que é algo diverso”.⁶¹

⁵⁸ IVO, Gabriel. *Op. cit.*, p. 30.

⁵⁹ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.* 2004, p. 22.

⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e distinções acerca de uma distinção.** In Revista Latino-Americana de Direito Constitucional, p. 617.

⁶¹ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.* 2004, p. 35.

Note-se que vários outros critérios são prefixados pelos autores para se distinguir princípios de regras, tais como: grau de abstração, uma vez que os princípios possuem um grau de abstração mais elevado que o das regras; natureza normogênética, pois os princípios são normas que fundamentam as regras, constituindo a *ratio* de regras jurídicas, entre outros.

Ao lado desses critérios acerca do grau de generalidade, abstração ou fundamentalidade, um outro modo de distinção entre princípio e regra é o modo final de aplicação, na tipologia noticiada por Humberto Bergmann Ávila, que se utiliza dos ensinamentos de Dworkin, segundo o qual o direito é composto não por regras, mas também por princípios, que, ao contrário daquelas, não obedecem à lógica do “tudo ou nada”, no sentido de que, uma vez preenchida a hipótese de incidência, a regra é válida se aceita, possuindo, portanto, uma dimensão de validade, enquanto os princípios trabalham na dimensão do peso.⁶²

Interessante ressaltar que mais uma vez o modo de aplicação decorrerá da interpretação atribuída ao texto, seja princípio ou regra, razão pela qual não se pode imprimir um caráter absoluto às regras, no que toca à sua aplicação, pois, não raras vezes, uma interpretação sistemática ou finalística do texto da regra descaracteriza um caráter absoluto. Leciona Humberto Bergmann Ávila que o caráter absoluto de uma regra muitas vezes é alterado depois da observância das circunstâncias do caso concreto, a exemplo da regra que estabelecia a vedação de importação de produtos em relação às empresas que aderissem ao pagamento simplificado de produtos federais – SIMPLES, citando decisão do Conselho de Contribuintes (Processo nº 13003.000021/99-14), na qual a referida regra fora afastada pois a empresa de pequeno porte havia adquirido do estrangeiro apenas quatro pés de sofá, de modo que se entendeu que a exclusão violaria a razoabilidade.⁶³

É de se observar, portanto, que o modo de aplicação das regras não raras vezes é modificado no contexto das situações fáticas e jurídicas, incluindo-se aí a utilização, no processo de interpretação do sentido e alcance do texto legal, dos próprios princípios, sendo pertinente a crítica quanto a esse critério de distinção entre regras e princípios. Assim sendo, entendendo-se o princípio como uma norma no sentido de regular a vida humana, resta a dúvida: o que o faz distinguir-se de uma regra?

⁶² ÁVILA, Humberto. *Op. cit.* 2004, p. 38.

⁶³ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.* 2004., p. 38.

Virgílio Afonso da Silva segue a argumentação de que a distinção entre regras e princípios se dá no âmbito das normas, e não entre os tipos de texto, cujo sentido é possibilitado pela interpretação, sendo distintas, todavia, suas estruturas. Faz a seguinte reflexão: “Após a interpretação em sentido estrito, uma regra jurídica é já submissível, enquanto que os princípios ainda poderão entrar em colisão com outros princípios, exigindo-se, nesse caso, que se proceda a um sopesamento para harmonizá-los”.⁶⁴

Tal critério distintivo entre regras e princípios privilegia a possibilidade de conflito no âmbito de aplicação dessas espécies jurídicas, a evidenciar o caráter axiológico de princípios, a possibilitar conflito com outros princípios. É de se observar, todavia, que as regras também podem colidir com outras, sendo que a doutrina costuma apontar como um mero conflito de regras, chamado de antinomia, cuja solução se dará pela ab-rogação ou derrogação de uma das regras, sobressaindo, nesse ponto, os critérios da hierarquia, da especialidade e da temporalidade. Não restam muitas dúvidas acerca dos critérios hierárquico e temporal em face de seu caráter objetivo, facilmente aferível se uma norma é superior e posterior, os quais prevalecerão sobre as normas inferiores e anteriores. A problemática reside, todavia, no que toca à delimitação da generalidade ou especialidade da norma, o que reclama a interpretação pelo intérprete, ou ainda, se tal critério prevalecerá mesmo que a norma seja anterior.

Registre-se que não é nosso propósito, e nem necessita sê-lo, aferir as situações intrigantes relacionadas ao conflito “aparente” ou “abstrato” de regras, mas apenas elucidar que a tarefa nem sempre se apresenta tão simples, a ponto de se afirmar que a subsunção da regras é indiferente a qualquer conflito. O sopesamento ou ponderação não é privativo dos princípios, podendo se apresentar nos enunciados hipoteticamente formulados, pois envolvem interpretação e ponderação de razões.⁶⁵

A nosso ver, a principal diferença entre princípios e regras, entendendo-as como espécies normativas, ainda é o maior grau de abstração, pois, como citado acima, os princípios, malgrado possuam um conteúdo de dever-ser, na medida em que impõem comportamentos, não o fazem diretamente, deixando uma maior margem de discricionariedade ao intérprete do que na aplicação de regras, em que há a prévia descrição dos postulados normativos.

⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 617.

⁶⁵ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.* 2004, p. 44.

É de se destacar, por pertinente, que, tomando como parâmetro a capacidade de impor comportamentos dirigidos para determinado fim, os princípios jurídicos não deixam de ser um importante instrumento de regulação da vida para o homem, eis que “tanto as regras (normas), como os princípios, são mandamentos (proibições, permissões), cuja validade deontológica exprime uma obrigação”.⁶⁶ Para nós, no entanto, interessa delimitar seu âmbito de aplicação e a relevância do princípio da segurança jurídica.

Por oportuno, ressalte-se a concepção de Paulo de Barros Carvalho quanto à natureza dos princípios jurídicos, em que afirma a existência de quatro usos distintos de princípios, a saber:

a) como norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo; b) como norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos; c) como valores inseridos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas considerados independentes das estruturas normativas; e d) como limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma. Nos dois primeiros, temos ‘princípio’ como ‘norma’; enquanto nos dois últimos, ‘princípio’ como ‘valor’ ou como ‘critério objetivo’.⁶⁷

No entender do referido autor, com o qual compartilhamos, os princípios podem veicular valor ou limite objetivo. O princípio carregado de valor exerce múltipla influência no ordenamento jurídico, informando melhor a compreensão de seus elementos.⁶⁸

Nesse contexto, a segurança jurídica seria um princípio de posição privilegiada portador de valor expressivo, tendo em vista seu caráter peculiar de fundamentar o Estado de Direito, e, mais ainda, garantir a sobrevivência do sistema jurídico, apesar das variadas contradições que eventualmente surgem, principalmente no âmbito das decisões judiciais. Aires Barreto também compartilha deste entendimento, no qual enfatiza a segurança jurídica como um verdadeiro sobreprincípio, “pressuposto de construção de qualquer ordem jurídica em Estados de Direito. (...), magna diretriz, eixo em torno do qual gravitam os demais princípios.”⁶⁹

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 258.

⁶⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 104.

⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 104.

⁶⁹ BARRETO, Aires F. **Tributação e conjuntura nacional**. In *Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito*. Congresso Nacional de Estudos Tributários. IBET, p. 3.

Explorando, assim, a estrutura lógica do princípio da segurança jurídica, pode-se observar que ele se enquadra na seguinte estrutura: *Dado o fato da relação jurídica ser instituída, deve-ser a obrigação de todos a respeitar a sua integridade em face da estabilidade das relações jurídicas.*

É de se constatar, portanto, que o princípio da segurança jurídica se revela como norma voltada para a estabilidade e ordem do sistema jurídico, evidenciando uma carga valorativa significativa a regular a conduta dos indivíduos e das próprias estruturas do Estado, razão pela qual se faz incontestemente a exigência de sua observância.

2.2 Da exigência do princípio da segurança jurídica na sociedade política organizada

Ao longo da evolução humana e do Direito, pode-se constatar a busca incessante do homem pela segurança, eis que a necessidade de segurança corresponde a uma característica intrínseca de natureza humana, noticiada pelas demais ciências sociais, cujo elemento apriorístico se relaciona com a idéia de justiça, nem sempre adequadamente entendida: “Uma justiça concebida como exigência de adaptação do Direito às necessidades da vida social; e uma segurança jurídica encarnada por traços formais, permanentes e de obrigatório cumprimento que conformam o Direito”.⁷⁰

Na Antiguidade grega se observam os primeiros passos no sentido de o homem buscar a segurança jurídica. Isto pode ser explicado em face de a pólis ter sido o centro e horizonte da vida de boa parte dos indivíduos. Com efeito, tais circunstâncias contribuíam para fomentar o sentimento de segurança encontrado na pólis, notadamente quando se constata que, quando da submissão da Grécia ao Império de Alexandre Magno, a vida na pólis restou impossibilitada, ocasionando uma total insegurança jurídica aos indivíduos, ante a desestabilização das relações sociais decorrentes da dominação.

Esses breves comentários servem para demonstrar que a noção e o clamor por segurança jurídica surgem desde os primórdios da existência do indivíduo. Nesse contexto, interessante notar que a idéia de segurança jurídica, ainda forte nos dias atuais,

⁷⁰ LUÑO, Antônio-Enrique Pérez. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel Derecho, 1994, p. 11.

remonta ao pensamento desenvolvido por Thomas Hobbes, sendo certo que a idéia de segurança jurídica há de ser explicada a partir de sua obra intitulada “Leviatã”.

A obra “Leviatã” é considerada, na área da ciência política, o ponto referencial da passagem do pensamento político para a modernidade política, em que Thomas Hobbes⁷¹, diante do clima da instabilidade política que se instalara na sociedade inglesa⁷² da época, desenvolveu sua reflexão teórico-filosófica, cuja pedra de toque se configura no trinômio HOMEM-ESTADO-SOCIEDADE, partindo dos conceitos e reflexões desenvolvidos sobre a natureza humana.

Efetivamente, desde o século XVII, em que fora publicada a referida obra, até os dias atuais, não obstante os notórios avanços pelos quais passou a humanidade, ainda se pode observar a influência do pensamento hobbesiano na compreensão do Estado contemporâneo, sobretudo quando se extraem de sua obra os processos e mecanismos que movem o ser humano em sociedade, através de uma perspectiva realista e racional, o que contribui, em última análise, para a compreensão do anseio do homem pela segurança atualmente.

Identificando como o momento cerne do comportamento humano a busca pela obtenção, manutenção e permanente ampliação do poder, Hobbes descreve um modelo conceitual de Estado, definindo o que justifica sua existência, suas funções e seus limites. Para tanto, iniciou sua teorização a partir da compreensão do homem, suas paixões, seus desejos e suas relações com os outros, para daí chegar a um modelo de Estado garantidor do “estado de sociedade”.

O Estado é, assim, definido por Thomas Hobbes como uma pessoa cujos atos derivam de pactos recíprocos uns com os outros, os quais a constituíram como autora, podendo utilizar de todos os meios necessários, inclusive a força, para garantir um ambiente de paz e segurança.⁷³

⁷¹ Na sua obra *Leviatã*, Hobbes “não só efetua a cristalização dos filosofemas políticos preparados laboriosamente no século XVI mas apóia a arquitetura do Estado-Leviatã, numa postulação que abala deliberadamente “a vã filosofia” dos autores antigos, e mesmo que a ruptura com o passado ainda lhe seja às vezes difícil, formula axiomas básicos de um pensamento do direito político que se encaminha, dessa vez de verdade, para o horizonte da modernidade” (*Vide* GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 28).

⁷² Em razão da referida instabilidade política vivenciada na Inglaterra da época e de seu prenome significar “gêmeo”, Hobbes chega a afirmar que sua mãe havia parido a ele e ao medo.

⁷³ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

Depreende-se do pensamento de Thomas Hobbes a teoria sobre a passagem do “estado de natureza” em que viviam os homens, o qual - registre-se - não envolve condições pré-históricas, mas sim uma situação sem governo efetivo, capaz de impor a ordem, para o “estado de sociedade”, em que nasce a restrição institucionalizada aos homens, introduzida por eles mesmos, de forma que cada indivíduo renuncia ao seu direito à liberdade individual, da qual era possuidor no “estado de natureza”, substituindo-a pela SEGURANÇA existente no “estado de sociedade”.⁷⁴

De fato, conforme noticia Simone Goyard-Fabre,

Sobre as bases de sua antropologia mecanicista, individualista e racionalista, Hobbes reconstitui, no nível da reflexão, as formas do político que os homens constituíram no nível da experiência: deplorando “as trevas” em que os filósofos se deleitaram séculos a fio, ele deseja, diz, graças a uma “reflexão industriosa”, expor à luz “os fundamentos” e os princípios racionais” do poder civil”. Está mais do que na hora de a “filosofia civil”, enquanto “ciência política”, mostrar que os fundamentos e os princípios do mundo político não são postulados formulados *a priori*, mas as linhas de força significativas que se encontram em qualquer instituição sociopolítica. Em consequência, ele se pergunta sobre o Poder “no abstrato” e fala em termos gerais da natureza das leis sem jamais discorrer “em particular sobre as leis de nenhum Estado do mundo” nem “disputar a favor de qualquer seita”. Se não ignora que a ciência, para além da intangibilidade dos princípios, pode trazer, quando for o caso, vantagens práticas, ele pretende não obstante afastar-se de qualquer forma de praxiologia e de proselitismo.⁷⁵

Observa-se, por conseguinte, a institucionalização do Estado através de uma decisão racional e pactual entre os homens, o que viabiliza a troca de uma liberdade ilimitada, porém, de pouco valor do ponto de vista da segurança pessoal, por uma liberdade controlada pelo Estado, entretanto, com SEGURANÇA assegurada no “estado de sociedade”.

Tais idéias de conservação das liberdades, através da organização do poder político e sua submissão ao Direito, atingem seu apogeu na Idade Moderna, desdobrando-se em cinco princípios básicos, a saber: consentimento individual, governo representativo, constitucionalismo, soberania popular e segurança jurídica.

Nesse contexto, o papel do Estado, nos moldes expendidos, é pilar fundamental na formação da sociedade civil, portanto, serve até os nossos dias como importante referência para se pensar o Estado moderno e suas vicissitudes. De fato, um Estado em

⁷⁴ “O fim último, causa final e designio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sob a qual vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação”. (HOBBS, Thomas. *Op. cit.*, p. 141).

⁷⁵ GOYARD-FABRE, Simone. *Op. cit.*, p. 32.

que não se garante a segurança jurídica, onde a lenta resposta estatal às exigências sociais contribui para a instalação de um clima de instabilidade e, via de consequência, de insegurança na sociedade, conduz a uma gradual deterioração do Estado de Direito. Tornaremos a falar de Estado de Direito e segurança jurídica no capítulo seguinte.

2.3 Do princípio da segurança jurídica e sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro

No texto da Constituição pátria, encontra-se disposta a seguinte regra no rol dos direitos e garantias individuais:

Art. 5º . Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

A aludida regra constitucional textualmente invoca a inviolabilidade ao direito à segurança, corroborando todo o exposto até então, no sentido de que o Estado de Direito, mais precisamente o Estado Democrático de Direito, em que se fundamenta a República Brasileira (art. 1º da CF/88), deve proporcionar aos cidadãos segurança jurídica.

Percebe-se, de fato, que o Constituinte de 1988 trouxe expressamente a segurança como um direito, a evidenciar a positivação do princípio da segurança jurídica na ordem constitucional brasileira, visto que o *caput* do art. 5º assegura a inviolabilidade do direito à SEGURANÇA, da qual se destaca, principalmente, a segurança jurídica. Seria inviável e equivocado entender que o referido dispositivo contempla apenas a necessidade de segurança física, por exemplo. É que os próprios incisos contemplados no art. 5º trazem hipóteses de segurança jurídica, a exemplo da regra prevista no inciso XXXVI, que prevê a garantia da coisa julgada, diga-se de passagem, como expressão positiva da segurança jurídica.

Entendemos, portanto, que a segurança jurídica encontra arrimo exposto na Constituição Brasileira vigente, sendo de todo modo correto o entendimento que a

insere como um fundamento da ordem constitucional brasileira, como não podia deixar de ser, pois, como visto, desde o seu nascedouro, o Estado de Direito tem como primado a observância dos pressupostos que envolvem o princípio da segurança jurídica.

Oportunamente, acrescentaremos aos pressupostos teóricos da segurança jurídica o seu papel funcional na estrutura do sistema jurídico, delineamentos estes pertinentes à última parte do presente estudo.

2.4 O conteúdo do princípio da segurança jurídica e sua relação com a justiça

2.4.1 As noções axiológicas do princípio da segurança jurídica

Restou destacada até aqui a importância da segurança jurídica no processo de legitimação do Estado como sociedade política e civil organizada, voltada para a afirmação de que a segurança jurídica constitui o fundamento e a função dessa forma de se conceber o Estado e o Direito. Todavia, importante destringir qual seria seu conteúdo jurídico.

Ressalte-se, de logo, a dificuldade de tal tarefa, visto que a segurança é antes de tudo um valor, com alta carga axiológica, vindo a abarcar as situações vividas pelo homem tendentes a diminuir ou exterminar riscos de instabilidade advindos de todas as atividades. Assim sendo, buscar-se-á imprimir o significado de segurança sob o viés jurídico, ou seja, como um princípio jurídico.

A segurança jurídica se apresenta como um termo polifacético cujos contornos conceituais variam, a depender da perspectiva utilizada. Entretanto, inegável que, malgrado a acepção do termo implique um conteúdo jurídico abrangente, vislumbra-se como denominador comum a noção de estabilidade, constituindo o fim primordial do Direito na busca pela paz social.

O Direito trabalha em nome da segurança jurídica, ao tempo que a sociedade civil o legitima em face da certeza e estabilidade das relações jurídicas que o Direito deve proporcionar, daí que se mostra íntima e necessária a relação entre Direito e segurança. Cabe ao Direito conferir estabilidade e certeza às relações sociais e jurídicas, representando a segurança jurídica sua principal função.

As referidas palavras descrevem uma situação emblemática entre Direito e segurança: a dependência de tais fatores. Basta dizer que o mundo de hoje não concebe o Direito sem segurança e vice-versa. Com o propósito de descrever o conteúdo jurídico da segurança jurídica, Max Weber tece distinta argumentação, fazendo uma análise à luz das noções de economia e sociedade. Diz que as exigências de confiança e certeza no funcionamento da ordem jurídica configuram uma exigência vital do capitalismo racional, no sentido de que o capitalismo deve contar com previsões seguras de estabilidade e objetividade da ordem jurídica como um todo⁷⁶, vindo a corroborar essa noção de dependência do Direito e da segurança jurídica.

Em outra sede, destaca Antônio-Enrique Pérez Luño a noção axiológica de segurança jurídica, pela qual se depreende que a invocação desse princípio visa à consecução de bens e outros valores jurídicos pelo Direito, o que não necessariamente exige a aferição da estrutura formal do ordenamento e de suas normas jurídicas, visto que se mostra relevante apenas se a segurança jurídica é capaz de alcançar o valor jurídico básico do Direito: a justiça.⁷⁷

De fato, mostra-se mais que oportuno firmar as bases teóricas que envolvem a relação entre segurança jurídica e justiça, eis que, para o estudo da problemática proposta, um dos maiores argumentos na defesa da desconstituição das decisões judiciais transitadas em julgado contrárias à Constituição é a exigência de concreção da Justiça, sendo necessário fixar, de pronto, em que proporções tem lugar a noção de justiça no conteúdo jurídico da segurança jurídica.

2.4.2 O problema da Justiça: noções de justiça material e formal

O tópico em epígrafe fora grafado de forma proposital como o problema da justiça. Sabe-se que os contornos da justiça merecem atenção desde os pré-socráticos. Seria a justiça a lei universal para restituir a cada indivíduo e a cada coisa aquilo que a eles se deve.⁷⁸ A idéia de justiça também inspira felicidade, o que levou Sócrates a

⁷⁶ Vide o voto recente do relator Ministro Eros Grau, proferido na ADIn nº 3.685-8-DF), disponível no site www.stf.gov.br, acessado em 15.6.2006.

⁷⁷ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Op cit.*, p. 141.

⁷⁸ SANTOS, Weliton Militão. **A justiça – O problema da Justiça – O que significa propriamente a Justiça**. Disponível no site: http://www.ucg.br/jur/plaestras_pdf/WelitonMdosSantos.pdf, acessado em 02.09.2006, 02.

afirmar que a justiça é condição indispensável para a felicidade,⁷⁹ assim como Hans Kelsen, que afirma que “o anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade”.⁸⁰

Com efeito, remonta à Antiguidade grega a idéia mais sólida de justiça, destacando-se, nesse ponto, a obra de Aristóteles intitulada *Ética a Nicômaco*, mais precisamente o livro V da obra, no qual o aludido autor tece os comentários acerca de justiça, distinguindo-a principalmente em duas espécies amplamente difundidas no seio da comunidade jurídica, a saber: Justiça Distributiva e Justiça Comutativa (corretiva), como expressões de justiça estrita e equidade⁸¹.

No entender de Norberto Bobbio, a noção de justiça remete a outros valores ou princípios jurídicos, de modo que elabora o método de investigação comparativo e paralelo entre conexões distintas de justiça com legalidade, ordem e igualdade, abordando, ainda, a relação secundária dos últimos elementos entre si. Diz que a justiça, por ser o termo inicial ou primeiro exemplar, relaciona-se necessariamente com lei, ordem e igualdade.⁸²

Em pontos distintos, elabora um apanhado da definição de justiça à luz dos referidos princípios, afirmando que “o significado prevalecente da ação justa é de fato aquele de ação cumprida em observância de uma lei”,⁸³ vindo a sobressair a indagação a respeito de uma lei “injusta”, ou seja, o cumprimento “justo” de uma lei “injusta” torna a ação integralmente “justa” ou “injusta”?

Por óbvio, essas indagações redundam numa questão principal: afinal, o que é justiça? Norberto Bobbio, com clareza peculiar, procura responder a tais questões com uma assertiva dupla: “pode ser considerada justa tanto uma lei (inferior) conforme uma lei (superior) e nesse caso é respeitada a justiça como legalidade, como ocorre, por exemplo, na relação entre direito positivo e direito natural segundo a predominante doutrina jusnaturalista, quanto uma lei igualitária que elimina uma discriminação, suprime um privilégio, ou, ao contrário, um tratamento odioso”.⁸⁴ A relação entre

⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 03.

⁸⁰ KELSEN, Hans. **O que é Justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 02.

⁸¹ Cf. Norberto Bobbio (*Teoria Geral da Política – A filosofia e as lições dos Clássicos*. Org. Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 307).

⁸² *Idem, Ibidem*, p. 308.

⁸³ *Idem, Ibidem*, p. 310.

⁸⁴ *Idem, Ibidem*, p. 310.

justiça e legalidade conduz a uma visão legalista de justiça, pela qual só há que se falar em justiça no Estado produtor de leis válidas e eficazes.

Em outra sede, a idéia de justiça não raras vezes é confundida com igualdade ou isonomia, em evolução à noção de justiça distributiva teorizada por Aristóteles, a qual, de modo simplificado, pode ser concebida como a regra que determina o igual tratamento entre os iguais, e, em contrapartida, o tratamento desigual entre os desiguais, aproximando, ainda, a justiça da regra de equidade, consistente na conformação da lei ao caso concreto. De fato, prescrevendo a lei um tratamento geral e abstrato, cabe aos seus aplicadores fazer a devida adequação da norma aos fatos concretos.⁸⁵

Registre-se, outrossim, a idéia de justiça em conexão com a noção de ordem, seja estatal, seja cósmica. Nesse ponto, afirma Norberto Bobbio que a justiça se apresenta como um ícone da representação de uma ordem, sendo representada por duas máximas universalmente disseminadas ao longo da história, a saber: seja dado a cada um o que é seu (“suum cuique tribuere”) e faça cada um aquilo que dele se espera (“suum agere”), a exprimirem a idéia de justiça ordenadora como um dever daquele que ordena e o dever daquele que recebe ordem.⁸⁶

Essas noções de ordem e igualdade foram aproveitadas por John Rawls, que entende a justiça como o conjunto de procedimentos e princípios que definem a sociedade bem-ordenada⁸⁷, sobretudo porque esse autor trabalha a noção de justiça na seara da teoria contratualista, daí a sua utilização da expressão *véu da ignorância* como condição para se estabelecer a justiça como equidade entre os homens. Eis o seu magistério:

O objetivo é usar a noção de justiça procedimental pura como fundamento da teoria. De algum modo, devemos anular os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em posições de disputa, tentando-se a explorar as circunstâncias naturais e sociais em seu próprio benefício. Com esse propósito, assumo que as partes se situam através de um véu de ignorância. Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso em particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais.⁸⁸

⁸⁵ Norberto Bobbio. *Op. Cit.*, p. 311-312.

⁸⁶ Norberto Bobbio. *Op. Cit.*, p. 318.

⁸⁷ RAWLS, John. **Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 12-13

⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 147.

Nesse contexto, seria possível se estabelecer a justiça no sentido de equidade, o que pode ser evidenciado na igualdade, sendo que, para tanto, os indivíduos atuariam no processo sob um véu: o véu da ignorância, a evidenciar que as particularidades de cada um não seriam conhecidas. A própria noção de bem individual deve ser desconsiderada. Interessante notar que John Rawls nos chama a atenção ao dizer que a justiça procedimental ou formal proporciona o alcance da justiça substancial.

Alvitre-se, por pertinente, que a justiça material, consistente nas noções alinhadas desde os gregos, que informam as regras de igualdade e equidade, carece de uma objetividade mínima para se saber o que é de cada um, o que deve ser dado a cada um. Nisto consiste o problema da justiça. Chaïn Perelman procura analisar os critérios de justiça identificados ao longo da história, podendo ser enumeradas as seguintes concepções de justiça: a cada qual a mesma coisa; a cada qual segundo suas obras; a cada qual segundo seus méritos; a cada qual segundo as suas necessidades; e a cada qual segundo o que a lei lhe proporciona.⁸⁹

Aborda que nestes elementos há um denominador comum que informa a idéia de justiça formal, a evidenciar a própria noção de igualdade formal. Segundo ele, a justiça formal seria assim o princípio de ação segundo o qual deve ser conferido o mesmo tratamento a todos os seres. O cerne do problema corresponde a exatamente delimitar a “categoria essencial” dos critérios de justiça, que é variável no tempo e lugar.⁹⁰

De fato, o Direito lida com esse problema, conferindo elementos com o objetivo de solucioná-lo, ou seja, ao Direito cuida racionalizar a idéia de justiça, tornando-a viável, visto que a justiça material não pode ser por ele controlada. Veja-se que, mesmo na teoria de John Rawls, que visa à equidade,⁹¹ há a idéia de justiça formal como possível. Essa permissa também pode ser constatada no que toca à teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, no sentido de que o Direito não trabalha com os códigos justo/injusto, no sentido material.

⁸⁹ PERELMAN, Chaïn. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 03-67

⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 19.

⁹¹ Essa assertiva é corroborada pela citação de RAWLS, no sentido de que “todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da auto-estima – devem ser distribuídos igualmente, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos”. (RAWLS, John. *Op. cit.*, p. 66).

Nessa linha de raciocínio, observa-se que a preocupação do sistema jurídico em garantir a justiça formal, consistente na justiça conferida pelo devido procedimento e pelas instituições da ordem jurídica. A justiça formal se revela no resultado da verdade formal concebida pelo sistema jurídico. Todavia, é através da noção axiológica da justiça (justiça material) que o Direito elege critérios na busca por esta satisfação. Nem sempre se consegue, visto que a idéia material de justiça pode ser resumida ao sentimento de cada um a respeito. Aplicando a teoria dos sistemas, observa-se que a idéia de justiça material se plasma nos códigos binários do sistema de psíquico (personalidade) de cada indivíduo, ou ainda no sistema dos valores, sobretudo porque consiste, antes de tudo, num axioma, com conteúdo plural e histórico, ou seja, variável.

2.4.3 A relação entre o princípio da segurança jurídica e a justiça formal

Nesse ponto, observa-se a aproximação ainda mais íntima entre justiça formal e segurança jurídica. Fixada a premissa de que a segurança jurídica consiste basicamente na necessidade de que as relações jurídicas se revistam de estabilidade, o presente ponto cuida da seguinte indagação: será que as relações estáveis são necessariamente justas? A idéia de justiça se conforma na observância da segurança jurídica? Ou, ainda, a justiça guarda autonomia axiológica e funcional frente à segurança jurídica? Em suma, a segurança jurídica e a justiça mantêm uma relação de harmonia ou de tensão?

É certo que a noção de justiça, assim como a de segurança, possui conteúdo abrangente, visto que a justiça consiste num dos principais valores, refletindo-se como uma busca natural dos homens ao longo da evolução da sociedade. Não se afasta, por outro lado, a interdependência dessas relações, sobretudo quando corroborada pela constatação de que uma ordem é preservada através da criação de leis do Estado Social e com sua devida conformação com as particularidades do caso concreto. Note-se, ainda, que a justiça é concebida como um valor fundamental ou, ainda, como uma virtude universal, aproveitando-se dos ensinamentos de Platão⁹², podendo ser expressa como resultado de conexão ou relação com a legalidade, igualdade e ordem, ideais objetivados no Estado de Direito, que, por sua vez, fundamentam-se na exigência de segurança jurídica.

⁹² Cf. PLATÃO. **A República**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

Desta feita, é de se observar que tais valores não possuem um conteúdo exato e satisfatório, pois, antes de tudo, se complementam. Todavia, apesar do grau de subjetivismo que norteia a idéia de justiça, é de se observar que esta informa a segurança jurídica, mas, repise-se, a idéia de justiça formal.

Assevera Antonio-Enrique Pèrez Luño, ao descrever a segurança jurídica como um valor jurídico, que esta se constitui dentro da noção de justiça geral, entendida como a concepção de sociedade ordenada, mais se aproximando da noção de justiça e ordem alhures comentada, para afirmar que a segurança jurídica corresponde à condição de uma sociedade corretamente ordenada, sem a qual não pode existir justiça. Argumenta, nesse particular, “la imposibilidad de establecer una antitesis entre justicia y seguridad, por cuanto ambas comportan presupuestos y procedimientos ineludibles para garantizar el bueno orden de la sociedad”.⁹³

Importante reconhecer, entretanto, que a segurança jurídica guarda aspectos objetivos e subjetivos próprios, como correção estrutural e funcional do ordenamento, e a certeza do Direito, como garantia de estabilidade das situações formalizadas como projeção das estruturas e funções do ordenamento⁹⁴, o que pode levar às concepções amplamente subjetivas de que a garantia de segurança jurídica pode gerar injustiças, inserindo-se, nesse campo, a problemática da “coisa julgada inconstitucional”.

De qualquer sorte, mesmo que da particularidade do caso se observe uma tensão entre segurança e justiça, sobretudo quando observada a segurança jurídica no seu aspecto formal, a justiça axiologicamente informa a segurança jurídica, sendo mais oportuna a afirmação excludente, no sentido de que nem sempre, quando observada a segurança jurídica, as decisões tomadas sob a égide do Estado de Direito se mostram justas, no seu aspecto subjetivo e material; por outro lado, a insegurança jurídica fatalmente conduz à injustiça, sendo expressivas as palavras de Luiz Recaséns Siches:

Efectivamente, si bien la justicia (y los demás valores jurídicos supremos) representan el critério axiológico que debe inspirar al Derecho, y si bien este no quedará justificado sino em la medida en que cumpla las exigencias de tales valores, sin embargo, el Derecho no ha nascido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar una ineludible urgência de seguridad y certeza em la vida social.⁹⁵

⁹³ LUÑO, Antonio-Enrique Pèrez. *Op. cit.*, p. 142. Tradução livre: A impossibilidade de se estabelecer uma antítese entre justiça e segurança, porquanto ambas comportam pressupostos e procedimentos obrigatórios para garantir a boa ordem da sociedade.

⁹⁴ Cf. Antonio-Enrique Pèrez Luño. *Op. cit.*, p. 142.

De todo o exposto, resta inegável a relação interdependente entre segurança jurídica e justiça, muitas vezes confundidas, sendo expressivo o entendimento de que justiça pressupõe uma sociedade ordenada, sem a qual se mostra impossível alcançar o bem comum, já idealizado por Santo Tomás de Aquino⁹⁶ e pelo próprio John Rawls⁹⁷, ordem esta que exige necessariamente a observância de segurança jurídica, sobretudo entre os indivíduos frente ao Estado, como certeza do Direito e garantia da estabilidade dos atos estatais, como forma de o indivíduo antever as conseqüências pelos seus comportamentos, e, mais ainda, a certeza de que tais atos não suportarão tratamento distinto pelo Estado, sobretudo pelo Estado-Juiz, responsável pela aplicação das normas jurídicas, a qualquer momento.

CAPÍTULO III

O CONSTITUCIONALISMO, A SEGURANÇA JURÍDICA E O VALOR JUSTIÇA

3.1 Breve incursão histórica acerca do constitucionalismo moderno: a evolução do pensamento político-jurídico

⁹⁵ SICHES, Luiz Recaséns. **Tratado general de filosofia del derecho**. México: Porrúa, 1998, p. 220-222. Tradução livre: “Efetivamente, é certo que a justiça (e os demais valores jurídicos supremos) representam o critério axiológico que deve inspirar o Direito, e este, é certo, não estará justificado senão na medida em que serve a tais valores, entretanto, o Direito não nasceu na vida humana por virtude do desejo de render culto ou homenagem á idéia de justiça, mas para abranger uma ineludível urgência de segurança e certeza na vida social”.

⁹⁶ Antonio-Enrique Pérez Luño. *Op. cit.*, p. 142.

⁹⁷ RAWLS, John. *Op. cit.*, p. 147.

O movimento denominado pela doutrina de “Constitucionalização dos Direitos” resulta do processo evolutivo das transformações da forma de se conceber a ordem jurídica. Esse momento de nosso estudo reflete a preocupação em delimitar a influência que a supremacia das normas constitucionais exerce sobre as normas infraconstitucionais, que evidenciam os diversos ramos do Direito na sua regulação mais específica, através da codificação ou compilação, resultando nos chamados ramos do Direito, como Direito Civil, Direito Penal, Direito do Trabalho, entre outros, e o Direito Processual Civil, pertinente à nossa temática.

Inegável, ainda, a influência dos movimentos históricos nesse processo de realização do Direito com a observância e respeito das normas constitucionais. Particularmente, a Constituição brasileira, considerada pela doutrina como uma Constituição analítica⁹⁸, vincula as normas infraconstitucionais a uma gama maior de matéria nela prevista, restando, não raras vezes, ao legislador a tarefa de apenas regular os ditames constitucionais.

Todo esse processo e os meandros que dele fazem parte ganham destaque no estudo da problemática da “relativização da coisa julgada contrária à Constituição”, de modo que se mostra pertinente fixar as bases teóricas no sentido de justificar a necessidade de análise de tal matéria, ou seja, faz-se necessário explanar acerca da influência das normas constitucionais sobre os institutos processuais; e, por segundo, teorizar a respeito da importância da própria garantia da estabilidade da coisa julgada, como um expoente da segurança jurídica, importante pressuposto do Estado Democrático de Direito.

Notícia a história que até o final do século XVIII o Estado não se fundamentava no documento chamado Constituição. Inconteste que toda sociedade, ainda que costumeiramente, desenvolvia-se sob regras de organização de poder e de competência, todavia, não havia a formalização da Constituição como documento, cujas matérias atinentes se referem à estrutura do poder e do Estado, bem assim a positivação dos direitos fundamentais.

⁹⁸ Conforme ressalta Paulo Bonavides, a Constituição analítica diz respeito à classificação de Constituições quanto à sua extensão, sendo tais Constituições mais extensas e mais prolixas. (BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 2005).

Com efeito, corrobora essa afirmação a forma de organização da sociedade grega na Idade Antiga, na qual a noção de Constituição se refletia na finalidade política daquele povo, delineando o modo de ser da pólis. Sobre esse aspecto, importante trazer à colação o entendimento de Aristóteles no sentido de ser a Constituição composta por três partes, a saber: “a parte deliberativa, relativa aos interesses comuns; a parte relacionada com as administrações e magistraturas; a parte, enfim, encarregada de aplicar a justiça”.⁹⁹

Note-se que a idéia de Constituição, no tocante à organização do poder político, se vislumbra desde os primórdios da formação da sociedade, levando Ferdinand Lassale à assertiva de que a essência da Constituição reflete a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação, não sendo necessário que esta seja escrita, visto que o fato de ela ser escrita em uma *folha de papel* não significa que seja uma Constituição real ou legítima, pois, se não corresponder aos fatores reais do poder da sociedade, não passará de uma mera *folha de papel*¹⁰⁰, conferindo um sentido ou acepção sociológica de Constituição.

Essa noção perdurou na Idade Média, mais precisamente no século XIII, mas como diferencial, destacado por Simone Goyard-Fabre¹⁰¹, de oscilação semântica quanto à palavra Constituição, visto que fora empregada durante esse período no sentido de instituição, evidenciada em forma de forais ou pactos, tal como se deu no pacto firmado entre os senhores feudais e o rei da Inglaterra João Sem Terra, visando assegurar mais liberdade a tal segmento da sociedade através da limitação do poder político.

Depreende-se, portanto, que a constatação da existência de Constituição ao longo da história está intimamente relacionada à matéria fundamental por ela regulamentada: a estrutura do Estado ou estatuto orgânico do Estado, sendo que, sob o aspecto material, desde os primórdios se vê a existência de constituição. No plano da ciência, desde Aristóteles se teoriza sobre Constituição¹⁰²; essas idéias vieram a ter especial reforço no final do século XVII e início do século XVIII, dentre as quais se destacam o *Tratado do Governo Civil* (1690), de John Locke e *O espírito das leis*

⁹⁹ GOYARD-FABRE, Simone. *Op. cit.*, p. 102.

¹⁰⁰ LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998, p. 32.

¹⁰¹ *Id Ibidem*, p. 102.

¹⁰² Cumpre destacar, sobre este aspecto, que a teorização do Poder Constituinte, no direito moderno, é contribuição de Joseph Sièyes, que, em sua célebre obra “*Qu’est-ce que le Tiers État?* (Que é Terceiro Estado?)”, afirma que a nação delega à Assembléia Nacional Constituinte a função de criar o instrumento orgânico regente do Estado.

(1748), de Montesquieu, pela qual se consagra a exigência da separação dos poderes como forma de limitar o poder do monarca.

Entretanto, é nos primados da Revolução Francesa, disseminada no seio da sociedade e da comunidade jurídica: LIBERDADE, IGUALDADE E FRATERNIDADE (*Liberté, égalité e fraternité*), que a idéia constitucional assume o sentido e a força que possui nos dias atuais. Isso porque, com o advento do Estado Moderno, deu-se vazão ao movimento denominado Constitucionalismo, evidenciado pela criação de Constituições escritas, iniciado com as Constituições americana (1787) e francesa (1789), passando a Constituição a representar o documento legal e legítimo não só de formulação da maneira de ser do Estado, onde constam normas dispendo acerca de suas relações fundamentais, como forma de governo, estrutura do Estado, repartição de competências entre os entes políticos, divisão dos poderes, mas também o principal instrumento do processo de positivação dos direitos naturais, até então desprotegidos pela ordem jurídica do país, sendo certo que a partir daí a idéia constitucional se impôs a todo o pensamento político moderno.

Além das Constituições escritas, em que há a preocupação com a regulação da maneira de ser do Estado e a positivação dos direitos, o Estado moderno é marcado pela noção de hierarquia das normas, ocupando a Constituição lugar cimeiro nesta estrutura escalonada das normas jurídicas. Essa perspectiva tem como principal teórico Hans KELSEN, que, na primeira metade do século XX, publicou a obra intitulada *Teoria Pura do Direito*, com a pretensão de formular uma teoria universal do Direito.

Essa breve incursão histórica reflete a importância da Constituição para a ordem jurídica, a justificar a sua influência por todo o ordenamento jurídico, de modo a

servir de fundamento de validade da ordem normativa vigente¹⁰³, seja no aspecto formal seja no substancial. Nesse sentido, necessário destacar as palavras de Hans Kelsen:

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser de Direito.

Afigura-se, portanto, precisa, na estrutura fechada do sistema jurídico, a noção de que as normas jurídicas possuem uma unidade lógica neste sistema, sendo que a norma superior concerne ao fundamento de validade das normas inferiores na medida em que dispõe sobre a forma de criação das normas a ela inferiores. A aferição de validade da norma inferior implica necessariamente o reconhecimento de que a norma superior dita seu processo de formação e, conseqüentemente, de inserção na ordem jurídica.

Esse, é bom que se ressalte, constitui o pressuposto teórico para justificar a existência de normas inferiores e superiores, da qual se destaca a Constituição, ou seja, serve para relevar a legitimidade da força normativa e suprema da Constituição, não sendo, por outro lado, afirmativa a assertiva de que a relação entre as normas infraconstitucionais e a Constituição se dá apenas no âmbito formal, porquanto, fixada a premissa de que Constituição é a norma fundamental do ordenamento jurídico, todas as normas infraconstitucionais devem observá-la seja no aspecto formal ou no material.

¹⁰³ Nesse ponto, importante destacar que Hans Kelsen, além de teorizar a Constituição como as normas situadas no ápice da pirâmide normativa, criou um artifício lógico para fundamentar a ordem jurídica posta: a norma hipotética fundamental, antecedente, pré-jurídica e lógico-transcendental. Assim, ressalta o aludido autor: “a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no indeterminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento de validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como a norma fundamental (*Grundnorm*)”. (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo. Martins Fontes, 2003, p. 217). Sua preocupação consiste exatamente em apresentar uma estrutura fechada de sistema jurídico, sem a interferência de outros aspectos de ordem extrajurídica, como o político, o econômico, o moral etc. Para tanto, criou um artifício lógico: a norma hipotética fundamental, de modo que todas as normas jurídicas teriam como fundamento de validade a norma hipotética como pressuposto abstrato de existência. Insta informar que a norma hipotética é oca de sentido, ou seja, ela é vazia, a fim de possibilitar a compreensão de que todos os elementos valorativos ou de ordem subjetiva lá encontram guarida.

Depreende-se, outrossim, que a interpretação das normas infraconstitucionais reclama necessariamente a observância das normas constitucionais pertinentes à matéria. É o que os constitucionalistas denominam “princípio do filtro constitucional” – um dos princípios informadores da hermenêutica constitucional –, segundo o qual as normas infraconstitucionais, que compõem os diversos ramos do Direito desde a codificação, devem ser interpretadas sempre à luz da Constituição.

Esse princípio, juntamente com os subsídios teóricos já fixados, evidencia o processo de transformações do Direito, no qual se insere o Direito Processual Civil. Conforme aludido na doutrina pátria, o processo é o principal instrumento de realização e conformação do Direito, daí a importância em estudar suas vicissitudes e as problemáticas que o envolvem. À semelhança do Direito Civil, mas numa proporção menos brusca, pois as normas processuais guardam natureza pública e cogente, o Direito Processual Civil vem sendo reformulado para atender aos ditames constitucionais aplicados, tendo como exemplo mais elucidativo a regra constitucional que impõe a observância do devido processo legal no âmbito dos processos judiciais e administrativos como forma de garantir o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório.

Nesse contexto se destaca a problemática em tela e a exigência de fixação de subsídios teóricos tendentes a resolvê-la, com vistas à harmonização das normas processuais e à Constituição, tendo como principal norte a exigência de segurança jurídica e seu papel na ordem jurídica.

3.2 A importância inicial da Constituição no sentido de positivizar o Direito Natural: a Constituição e a idéia de justiça

Seguindo o percurso histórico da humanidade, observa-se que antecede ao constitucionalismo, e, em verdade, ao Direito moderno, a noção de Direito natural. Sem a pretensão de esgotar o assunto, mas apenas de levantar a premissa, observa-se, num primeiro momento, que essa transição da concepção do direito natural para o direito positivo influenciou a própria concepção de Constituição.

De fato, com os estóicos se depreende a formação de uma idéia mais apurada de natureza e direito (direito natural), sem se dissociar da idéia antropocêntrica, o que

acabou por gerar a formação de um direito natural em que se buscava um direito justo.¹⁰⁴ Essa noção exerce influência no próprio jusnaturalismo medieval, formado por duas correntes mais expressivas de pensamento: a liderada por Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, preponderando a teoria do direito objetivista de Tomás de Aquino, pela qual se repudiava que a lei decorria da vontade subjetiva de Deus.

Destaca-se Deus como criador e ao mesmo tempo legislador, cabendo aos homens cumprir esse plano eterno traçado por Deus (o legislador apenas colocava a lei divina, adequando a lei do homem à lei natural, senão aquela seria injusta). Ademais, a lei era moral se fosse legal. Todavia, o direito natural, com base na razão humana, pertencente a todo gênero humano, surge mesmo após a crítica feita ao direito escolástico medieval, crítica esta desenvolvida por Guilherme de Ockhman e Dans Scotto, os quais trabalharam através do nominalismo a autonomia e independência da razão humana frente ao divino.

Conforme escólio de Mauro Cappelletti, a concepção de direito e justiça, prevalecente no período medieval, se relacionava sobretudo aos filósofos estoicos e Cícero, e o Direito natural assumia posição superior fundamentado na ordem divina, inspirando as demais normas, inclusive as normas positivas, asseverando, ainda, que, nas escolas jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, com o pensamento de Hugo Grocius, o direito natural, apesar de passar a possuir fundamento de ordem racionalista e imanentista, mantém a existência de direitos inatos, inatingíveis e irrenunciáveis.¹⁰⁵

Eis que surge o Direito Natural moderno, secularizado, ou direito natural racionalista, fonte do positivismo jurídico moderno, onde foram positivados os direitos naturais de origem liberal contratualista: liberdade e propriedade. Essa transição do jusnaturalismo escolástico para o moderno se consolida no séc XVII, de modo que o direito não se baseia na lei eterna e divina, mas sim na razão humana, cujos alicerces primários observam-se no direito natural clássico a partir de Sócrates.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Desde os pré-socráticos se depreende a teorização de justiça, culminando com o pensamento de Platão e Aristóteles na fase pós-socrática, onde se vê incisiva preocupação com o problema da justiça e sua relação com o Estado. Apresentou-se, de logo, o pensamento dos estoicos para evidenciar a influência do Direito natural sobre o Constitucionalismo.

¹⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 52-53.

¹⁰⁶ Os comentários deste tópico até aqui foram extraídos de anotações nas aulas de filosofia ministradas no Mestrado em Direito Público da UFAL pela Prof. Erinalva Medeiros (Turma 2004-2006).

Com efeito, a positivação do direito natural tem como consequência a unidade de duas ordens: a natural e a positiva, ou melhor, a união de dois sistemas distintos. A esse respeito, importante trazer à colação a reflexão de Mauro Cappelletti:

Para chegar à compenetração, na esfera de uma única ordem ou sistema jurídico, de ambas as normas (ou daqueles corpos de normas); para chegar, em outras palavras, àquela que eficazmente foi chamada a “*positivação*” do direito natural e, portanto, à sua *subsunção na esfera do direito positivo*, era preciso atingir, na verdade, a tempos mais próximos de nós.¹⁰⁷

O processo de positivação dos direitos naturais¹⁰⁸ marca a superação da ordem jusnaturalista, sobretudo com o advento das Constituições, que consagra a teoria contratual¹⁰⁹ do Estado moderno. Não há, de outro lado, a superação dos direitos individuais, mas sim o acréscimo dos direitos individuais para conceber igualmente a sociedade como instrumento de integração, traduzido no valor solidariedade orgânica, com primazia do interesse geral da comunidade.

Essa positivação dos direitos naturais faz despertar a indagação acerca da positivação da justiça nas Constituições. A justiça seria, nesse sentido, um direito positivado na Constituição, ou mesmo um princípio ou regra, trazendo a questão para mais perto de nosso estudo.

Claus-Wilhelm Canaris, ao discorrer sobre os princípios e valores, faz uma diferenciação entre essas duas categorias. Segundo seu escólio, os princípios não servem para fundamentar o sistema de valores, pois esses não se estruturam pela fórmula dos princípios “(só quando...então...)”, ao contrário, os valores ou axiomas obedecem à outra fórmula: (sempre que...então), uma vez que os valores não observam o elemento exclusividade e nem sofrem a limitação mútua por outros valores, tal como ocorre com os princípios, aferíveis pelas regras de colisão.¹¹⁰

Com visto no capítulo anterior, é inegável que a justiça inspira o sistema jurídico, visto que é concebida como o valor mais expressivo de anseio de todos nós, ou seja, a justiça é, de fato, um axioma. Diz Paulo de Barros Carvalho que o princípio porta núcleos significativos que influenciam sobremaneira a compreensão e orientação das

¹⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 54.

¹⁰⁸ Registre-se, por oportuno, que a terminologia - direitos naturais e direitos fundamentais - se diferencia justamente porque os direitos fundamentais são os direitos positivados na ordem jurídica.

¹⁰⁹ Caracterizado na pauta de convivência e justificação da sociedade moderna, com base no individualismo autônomo, mas integrado à sociedade.

¹¹⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 100-101.

demais normas do sistema, contribuindo para sua unidade, pois se revela um fator de agregação das outras normas jurídicas.¹¹¹ Ele, todavia, rechaça a existência do sistema de valores suprapositivo, para afirmar que os valores que se deve ocupar o Direito são aqueles depositados pelo legislador de forma consciente ou inconsciente no direito posto.

Entendemos, por outro lado, que os valores são pertinentes ao sistema axiológico, razão pela qual compartilhamos com a posição de Canaris nesta parte. Todavia, tais valores podem adentrar sim no sistema jurídico, seja sob a forma de regra, seja sob a forma de princípio (daí a pertinência da tese de Paulo de Barros Carvalho), sendo que essa inserção dos valores no sistema jurídico deve obedecer às estruturas internas que o compõe.

Como já alhures informado, o sistema jurídico não trabalha com os códigos binários de justiça e injustiça no sentido material, a evidenciar, por exemplo, a idéia de justiça no direito natural, mas sim com a noção de justiça possível de ser alcançada com base nos instrumentos que tal sistema dispõe. Numa palavra, o sistema jurídico consegue trabalhar com regras e princípios que demarcam a noção de justiça formal, daí que se pode falar em princípio da justiça formal, que informa principalmente o princípio da igualdade.

3.3 A Constituição como elemento necessário do Estado de Direito e sua relação intrínseca com a noção de segurança jurídica

3.3.1 Pressupostos e evolução do Estado de Direito: a Constituição como pressuposto indispensável

Como é cediço, nos séculos XVII e XVIII o Direito incorpora o jusnaturalismo racionalista, fomentado nas revoluções americana e francesa, passando a ser a lei estatal a única fonte do poder. O Estado de Direito se revela na superioridade da lei, ou melhor, na superioridade da Constituição, visto que é principalmente através desta que os

¹¹¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Tributo e segurança jurídica**. In *Dos Princípios Constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. Org. George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 351-352.

direitos naturais, dantes desprotegidos na ordem jurídica, foram positivados na ordem jurídica.

De fato, ele não se encerra numa simples idéia de um Estado regulado por leis, o que caracterizaria um Estado legalista ou Estado legal. Não. O Estado de Direito pressupõe a legalidade fundada na legitimidade e na previsão e respeito aos direitos fundamentais.

Com efeito, o Estado de Direito concebido modernamente se fundamenta no contrato social e na noção de legitimidade. A Constituição,¹¹² tida como um documento, antecede ao Estado, pois sua criação se dá pelo Poder Constituinte. Nela estão as disposições referentes ao funcionamento do Estado, o processo legislativo, ou seja, a competência legislativa, os procedimentos que devem ser observados e, ainda, seus limites.

Por pertinente, vê-se que o Estado de Direito funda-se em quatro pressupostos básicos: o constitucionalismo, já explanado; a separação dos Poderes; a superioridade da lei; e a garantia dos direitos individuais.

No que concerne à característica da separação dos Poderes, a sua teorização tem como mentor o iluminista¹¹³ Montesquieu, na sua clássica obra intitulada *Do Espírito das Leis*.¹¹⁴ Com efeito, não há de se considerar, portanto, um Estado que eleva o respeito aos direitos humanos e à Constituição tendo as atividades dos seus governantes submetidas às leis por ele criadas, cujo descumprimento gera sanções ao

¹¹² No dizer de Roberto Mendes Mandelli Júnior, “estes documentos passariam, então, a ter a incumbência de estruturar juridicamente o poder político do Estado, definir a sua forma e sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos órgãos que prestam atividades do poder, o modelo econômico, bem como limitações ao poder político, através dos direitos e garantias fundamentais”. (**Os direitos sociais e as cláusulas pétreas**. Tese apresentada no XXV Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Maceió. ANAPE, 1999).

¹¹³ Advém do Iluminismo, período conhecido como Século das Luzes, em que a razão esteve como elemento essencial dos pensamentos dos filósofos.

¹¹⁴ Cf. Montesquieu. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

Estado, sem que haja uma divisão das suas funções¹¹⁵ e uma conseqüente divisão dos Poderes, sob pena de cairmos na arbitrariedade e na tirania.

Quanto ao pressuposto da superioridade da Lei, é de se observar que, no Estado de Direito, a lei é concebida como ato formal emanado do Poder Legislativo, fruto da Vontade Geral,¹¹⁶ que justifica a submissão do Estado ao império da lei e a superioridade desta, consistente em condicionar os atos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, assim como os da sociedade.

E, por fim, tem-se a garantia dos direitos individuais que, no Estado de Direito, passaram a ser respeitados devido a sua constitucionalização e a inferida positivação. Nesta primeira fase –*Estado Liberal de Direito*– o Estado assume um caráter abstencionista, neutro ou mínimo, a fim de garantir as liberdades individuais.¹¹⁷ Não obstante o Estado de Direito, mais precisamente o Estado Liberal de Direito, trabalhar na harmonia das liberdades individuais, protegendo os direitos de cada um, foi insuficiente no que concerne à garantia da dignidade humana e do bem comum.¹¹⁸ A tendência à proteção do bem comum vem com o chamado Estado Social de Direito, evolução do Estado Liberal de Direito.

O Estado Social de Direito foi se fixando a partir da Revolução Industrial, já no século XIX, quando a burguesia se firmou como detentora do capital e dos bens de produção e, em contrapartida, surgiu a classe operária, descontente com seus baixos salários, péssimas condições de trabalho e abandono do Estado. Tornou-se imprescindível, então, que ao contrário de ações negativas com a finalidade de garantir,

¹¹⁵ A divisão dos Poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário é tida como necessária ao Estado de Direito no que toca ao controle do exercício do poder político, repartindo-se funções entre os órgãos distintos que o compõem. Assim, cada Poder exerce uma função. Ao Poder Legislativo, é incumbida a função legislativa, concernente à edição de leis dotadas de generalidade e abstração, com a finalidade de regular a vida dos cidadãos e atividades dos demais Poderes. Ao Poder Executivo, cabe a função administrativa, correspondente à aplicação das leis, como a cobrança de tributos, prestação de serviços e a ordenação, de um modo geral, da vida privada. E, por último, o Poder Judiciário, que exerce a função jurisdicional, julgando, quando provocado, os conflitos de interesses, seja entre particulares ou destes com o Poder Público. É importante salientar que, com a separação dos Poderes, estes desempenham suas funções de modo harmônico e interdependente, podendo ocorrer intervenções de um órgão no outro, caracterizando o sistema de freios e contrapesos, o qual traz como conseqüência o controle mútuo desses órgãos, bem como seu equilíbrio entre os Poderes.

¹¹⁶ “As leis são, propriamente, mais do que as condições da associação civil. O povo, submetido às leis, deve ser o seu autor. Só àqueles que se associam cabe regulamentar as condições da sociedade.” (ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 48).

¹¹⁷ O Estado não interfere na vida econômica dos indivíduos, com vistas a oferecer o alicerce necessário para o exercício da liberdade, tão visada nesse período, em virtude da repressão existente no regime anterior, o absolutista.

¹¹⁸ Como afirma Guilherme Braga de Moraes. (**Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria**. São Paulo, LTR, 1997, p.70): “o Estado só seria necessário para harmonizar as liberdades individuais, evitando que se chocassem. No entanto, a garantia do Bem comum não lhe diria respeito”.

em suma, a liberdade individual, fossem exercidas, pelo Estado, ações positivas, a fim de efetivar os ditames do Desenvolvimento e da Justiça Social.

O Estado Social de Direito, contudo, ainda se mostrou insuficiente para a efetivação dos direitos, uma vez que se transformou num regime em que o intervencionismo estatal predominou, gerando, assim, insatisfação, correspondente à participação dos grupos e da sociedade civil como um todo na busca da Justiça Social. Diante do descontentamento da sociedade, surge o Estado Democrático de Direito, no qual os destinatários do poder político participam regularmente no exercício desse poder.

Segundo José Afonso da Silva,

a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.¹¹⁹

Nesta linha, o Estado Democrático de Direito tem como pressupostos os do Estado Liberal de Direito, já comentados aqui ao falarmos desta primeira fase do Estado de Direito, mas com a ressalva de que, a esses pressupostos, acrescenta-se a idéia de democracia. Portanto, esses ideais, sem perderem seu conteúdo inicial, evoluem qualitativamente até chegar ao seu atual estágio: um Estado Democrático de Direito.

3.3.2 O Estado Constitucional e sua relação intrínseca com o princípio da segurança jurídica

Como visto, a superação do “estado de incerteza” e sua transformação para o “estado de segurança” sofre influências incisivas da teoria contratualista, cujas idéias e preceitos básicos amplamente aceitos como justificativas filosóficas, e não históricas da ordem social, configuram o pensamento político-jurídico fundamental. Através da filosofia contratualista, a segurança se converteu em função e fundamento primordial dos ordenamentos jurídicos concebidos no Estado de Direito, cujo respeito pode ser

¹¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001., p. 123.

observado no postulado da legalidade estruturado pela Constituição, daí a sentença de que consiste num Estado Constitucional.

Segundo aborda Antonio-Enrique Pérez Luño, no Estado Social de Direito fora feita uma reconfiguração da teoria da segurança visando a superar a antítese que norteava o binômio segurança/justiça. Essa tese fora explicitada por Radbruch¹²⁰ ao situar a tensão segurança/justiça como uma das antinomias fundamentais do Direito, enfatizada também por Carnelutti, para quem a certeza corresponde ao sacrifício da justiça e à superação das antíteses entre os valores.¹²¹

A aproximação entre a segurança e a justiça se produz agora a partir de uma concretização desses valores. O primeiro deixa de se identificar com a mera noção de legalidade ou de positividade do Direito, para se conectar imediatamente com aqueles bens jurídicos básicos assegurados pela estima social e política. A justiça perde sua dimensão ideal e abstrata para incorporar as exigências igualitárias e democratizadoras que informam seu conteúdo no Estado Social de Direito.

Nesse passo, a proteção dos bens jurídicos tem sua relevância positiva para uma revisão das funções da segurança jurídica nos seguintes aspectos: a) permite dotar de uma base empírica as garantias da segurança na medida em que vincula a obtenção de bens jurídicos concretos, como liberdade, segurança jurídica etc.; b) contribui para a comprovação da eficácia da segurança quando relacionada às conseqüências verificadas no âmbito dos bens jurídicos tutelados; e c) opera a legitimação da segurança jurídica no Estado de Direito, uma vez que é tida como elemento indispensável na consecução dos principais objetivos constitucionais.

Sem embargo, tal teoria apresenta alguns pontos críticos que assolam o Direito em geral, tais como o conceito vago e impreciso que envolve a noção de segurança, uma vez que esta pode ser definida como um direito individual ou coletivo, ou ainda, o risco de o Estado, em nome da própria segurança jurídica, transformar-se num Estado de prevenção onde os cidadãos serão, antes de tudo, meros destinatários de deveres jurídicos, entre outros.

Frente a tais dificuldades, Antonio-Enrique Pérez Luño entende que a segurança dos bens jurídicos deve responder a determinadas exigências, como forma de

¹²⁰ Conforme comentários de Robert Alexy in **Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal**. Site: www.cervantesvirtual.com, acessado em 15.5.2005.

¹²¹ Antonio-Enrique Pérez Luño. *Op. cit.*, p. 56.

solucionar essas dificuldades. As exigências podem ser assim enumeradas: a) determinar à jurisdição constitucional, sobretudo a hermenêutica, a tarefa de delimitar o conteúdo dos bens jurídicos; b) conceber a ótica individualista segundo os ditames do Estado Social de Direito, em que os bens jurídicos tendem a possibilitar a integração plena e simultânea das exigências pessoais e sociais; e c) o pluralismo e a participação democrática como fatores impeditivos do autoritarismo do Estado de prevenção, haja vista que, se o Estado, visando à segurança jurídica, tolhe totalmente a liberdade e privacidade do indivíduo, o fim colimado da segurança passa a ser objeto de indignação.

Efetivamente, o alcance da segurança no Estado de Direito pressupõe a realização plena das garantias dos direitos fundamentais aliada à garantia da participação democrática dos indivíduos, sendo certo que o Estado Democrático de Direito, em que repousa a República Federativa do Brasil, responde melhor a essas exigências de segurança jurídica, uma vez que neste regime jurídico-político os destinatários do poder político participam regularmente no exercício desse poder, além de lhes restar garantidos, ao menos no plano normativo, os direitos e garantias positivados no Estado Liberal e no Social de Direito, como a liberdade, propriedade, igualdade, entre outros individuais e sociais.

A evolução histórica demonstra que a natureza da sociedade, sobretudo a ocidental, encontra-se plasmada na exigência do Estado de Direito, sendo a segurança jurídica o principal elemento pelo qual se legitima esse projeto. Pedro Frías afirma que

“La seguridad es el contexto dentro del cual se toman las decisiones individuales y las interacciones de los actores sociales; para ellos, es la expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible”. Advertindo, ainda, no que toca à tomada de decisões pelas autoridades legitimadas no seio do Estado, que “La seguridad jurídica influye en el crecimiento económico, porque la decisión de sus actores depende de sus expectativas con respecto del futuro, en primer lugar, y de sus expectativas respecto de las expectativas de los otros, en segundo lugar”.¹²²

Depreende-se, portanto, que o princípio da segurança jurídica é princípio inerente ao Estado Democrático de Direito, o qual se torna imprescindível à efetividade do Direito como garantia de estabilidade jurídica que deve ser observada pela sociedade

¹²² FRÍAS, Pedro J. **Estado de derecho y la seguridad jurídica**. In Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionales, 2004. Tradução livre: “A segurança é o contexto dentro do qual as decisões individuais e sociais são tomadas, com a expectativa de que é e será a confiável, estável e preditivo. Advertindo, ainda, no que toca à tomada de decisões pelas autoridades legitimadas no seio do Estado, que a “segurança jurídica influencia no crescimento econômico, porque a decisão de suas atores depende de suas expectativas a respeito do futuro, em primeiro lugar, e das expectativas em respeito as expectativas dos outros, em segundo lugar”.

estatal como verdadeira norma que regula a vida do indivíduo e da sociedade como um todo.

3.4 A Constituição como norma jurídica e sua força normativa: o fundamento do controle de constitucionalidade das normas jurídicas

Partindo da idéia sedimentada no seio da comunidade jurídica de que a Constituição é dotada de superlegalidade sobre as demais normas – fundamento de validade das demais normas do ordenamento jurídico, situada no ápice da pirâmide normativa, conforme explanado por Hans Kelsen¹²³ – o controle normativo de constitucionalidade encontra arrimo de existência nesta supremacia da Constituição.

De fato, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos está intimamente relacionado à idéia de supremacia da Constituição no âmbito do ordenamento jurídico, sendo necessária a aferição da compatibilidade ou adequação hierárquica da lei ou ato normativo com a Constituição, observando-se os requisitos formais e materiais.¹²⁴

Conforme magistério de Dirley da Cunha Jr.,

(...) Todas as normas jurídicas caracterizam-se por serem imperativas. Todavia, na hipótese particular das normas constitucionais, a imperatividade assume uma feição peculiar, qual seja, a da sua *supremacia* em face às demais normas do sistema jurídico. Assim, a Constituição, além de imperativa como toda norma jurídica, é particularmente *suprema*, ostentando posição de proeminência em relação às demais normas, que a ela deverão se conformar, seja quanto ao modo de sua elaboração, seja quanto à matéria que tratam. Essa supremacia da Constituição (ou sua imperatividade reforçada e superlativa) em face às demais entidades normativas advém, naturalmente, da soberania da fonte que a produziu: o *poder constituinte originário*, circunstância que a distingue, sobremaneira, das outras normas do sistema jurídico, que são postas pelos poderes constituídos. Para além disso, ainda vigora na doutrina a idéia de que a Constituição é suprema em razão da *natureza de suas normas*, na medida em que estas refletem a real estrutura da

¹²³ Segundo Kelsen, o ordenamento jurídico "não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre esta outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta". KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 247.

¹²⁴ Cf. GARCIA, André de Albuquerque. Efeitos do controle de constitucionalidade no Brasil. **Revista da ESMape** – Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, Recife, v. 7, n. 15, jan./jun., 2002, p. 43.

organização do poder político de determinado Estado, que elas retratam e disciplinam.¹²⁵

As normas constitucionais, decerto, além de serem imperativas, se revestem de natureza especial, consubstanciada na sua supremacia, seja no aspecto formal, por figurarem no topo do ordenamento jurídico, seja no âmbito material, pois não deve haver ofensa ao conteúdo das normas constitucionais. Em outra sede, conquanto o patamar de supralegalidade se trata de atributo inerente a todas as Constituições, forçoso reconhecer que nas Constituições rígidas¹²⁶ se revela de modo mais marcante, ante a necessidade de um procedimento mais solene para a alteração de suas normas, confirmando a supremacia formal da *lei das leis* sobre as demais espécies normativas.

A criação do pressuposto da supremacia da Constituição é atribuída ao direito norte-americano frente ao Direito Europeu, pelo qual se teoriza a noção de um direito fundamental imune às leis ordinárias e os critérios de validade pertinentes, ressaltando, nesse particular, os famosos argumentos de James Otis na sua obra *Writs of Assistance case* (1761). Diz Eduardo Garcia de Enterría que a maior contribuição do Direito norte-americano cuida em plasmar na Constituição escrita o parâmetro superior de validade das leis do Parlamento, conferindo proteção aos indivíduos, que podem se valer da *judicial review* (controle judicial da constitucionalidade das leis).¹²⁷

Não se pode olvidar, outrossim, que a supremacia da Constituição, princípio fundamental do controle de constitucionalidade, revela-se mais intensa no Estado de Direito, notadamente no Estado Democrático de Direito, no qual há uma maior preocupação com a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, colocando a Constituição como uma fortaleza protetora de tais direitos, além da função genuína de constituir a forma de Estado.

No próximo capítulo, cuidaremos em apresentar as nuances do controle de constitucionalidade aplicado no Brasil, visto que o presente estudo cuida exatamente do alcance desse controle aos atos jurisdicionais transitados em julgado.

¹²⁵ CUNHA JR., Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47-48.

¹²⁶ As Constituições ditas rígidas são aquelas classificadas quanto à sua estabilidade. Compreendem as Constituições escritas que reclamam, para ser alteradas, um processo legislativo mais dificultoso, bem como a observância de certos limites materiais.

¹²⁷ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 51.

CAPÍTULO IV

EXIGÊNCIA DE ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS E O REGIME JURÍDICO DA COISA JULGADA

4.1 Síntese sobre os antecedentes históricos do instituto da coisa julgada

O surgimento da coisa julgada remonta ao Direito romano, com a expressão *res iudicata* a indicar a situação em que se encontrava o bem da vida objeto do litígio. Ela surge no direito romano quando o direito processual se mostra mais sólido, já na fase do processo da *extraordinaria cognitio*¹²⁸, desenvolvido sob uma única fase perante autoridade estatal (magistrado), em contraposição ao modelo bifásico anterior (processo das ações e processo formular).¹²⁹ Nesta fase, já sob um procedimento monofásico, a coisa julgada se identificava com o próprio *decisum*, o que começou a ser feito na época da alta Idade Média. A dissociação desses conceitos possibilitou, inclusive, a

¹²⁸ Cumpre notar que na fase da *cognitio extra ordinem* já se considerava a possibilidade de a nulidade ou inexistência da sentença indicar as sentenças que não preenchessem os elementos constitutivos. Note-se que não havia uma preocupação com as diferenciações classificatórias dos termos inexistência e nulidade. A nulidade como invalidade, dando subsídio à **querela nullitatis**, segundo o aludido autor, se observa na fase do direito comum, apesar de noticiar as diversas concepções sobre a origem desta ação, a exemplo de Calamandrei, que indica sua origem na legislação estatutária italiana, sem precedentes no direito canônico ou germânico. (TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005., p. 218-219).

¹²⁹ □ Informa TALAMINI que tais modelos integravam o *ordo iudiciorum privatorum*, cujo elemento comum era o procedimento dividido em duas fases, a saber: “a primeira fase, *in iure*, desenvolvia-se perante o pretor (primitivamente, perante o rei). Estabelecida a contraposição entre as partes e verificada a presença dos requisitos de admissibilidade do processo, o pretor, com a participação das partes, escolhia o *iudex* e definia, na *litis contestatio*, os limites da controvérsia e as possibilidades de solução. Na fase seguinte (*apud iudicem*), o *iudex* instruía o processo e julgava a causa nos limites e para os fins que haviam ficado estabelecidos na fase anterior. A investidura do *iudex* advinha do ajuste feito entre as partes perante o pretor, e não de uma imposição estatal, de modo que sua sentença *não* estava sujeita a recurso perante uma autoridade superior” (TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 197).

identificação de sentenças que não fazem coisa julgada, principalmente entre os canonistas.¹³⁰

No Brasil, percebe-se a influência do direito português, nomeadamente porque o Brasil fora colonizado por Portugal, de modo que era natural a subsunção às regras lá postas. Eduardo Talamini noticia a vigência do direito romano vulgar na Península Ibérica, à época em que esta fora invadida pelos povos romanos, daí se pode presumir que os processos realizados nessa época seguiram as normas romanas; sendo que a notícia da previsão da imutabilidade dos julgados se tem no código visigodo, à época em que a Península sofria a invasão dos bárbaros.¹³¹ A idéia de coisa julgada se solidifica no direito português com as ordenações, que, por sua vez, influenciaram o Brasil Império. Foi com a Consolidação Imperial, de 28.12.1976 (Consolidação de Ribas), que se vê forte a idéia de coisa julgada, na qual se dispunha entre os efeitos da sentença o de fazer certo o direito (art. 497). Sua previsão constitucional se encontra pela primeira vez na Constituição de 1934 (art. 113).¹³²

4.2. Coisa julgada: funções e seu fundamento na segurança jurídica e na justiça formal

A coisa julgada consiste num instituto que põe termo ao processo de positivação do Direito, revelando-se, portanto, a sua característica de conferir estabilidade às decisões judiciais conforme os limites previstos no próprio sistema jurídico. Daí se observa que a coisa julgada encontra arrimo na segurança jurídica, servindo, em verdade, como instrumento de realização desta e da justiça formal ou procedimental. Nesse ponto, pertinente a advertência de Eurico Marcos Diniz di Santi e Paulo César Conrado, segundo a qual

a coisa julgada não serve para fazer justiça material, serve para outorgar segurança ao Direito, segurança às partes da contenda, segurança a terceiros que encontram na coisa julgada um porto seguro para a realização de outros negócios jurídicos. Faz, a seu modo, outra justiça: a formal, a única que importa para o direito. A segurança jurídica, realizadora da justiça formal, se sobrepõe à idéia de justiça material.¹³³

¹³⁰ □ Cf. TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 215-216.

¹³¹ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 228-229.

¹³² *Idem, ibidem*, p. 268.

De fato, a coisa julgada se revela um importante instrumento do sistema jurídico no processo de realização do Direito, no sentido de impor limites no passado e futuro, a possibilitar a ordem e racionalidade, necessárias à preservação do próprio sistema jurídico, tal como observado no primeiro capítulo. Cuida, a coisa julgada, em possibilitar que a resolução dos conflitos, através dos procedimentos previstos no próprio sistema, se estabilize, de modo a evitar a eternização dos litígios e a desordem geral.

Apresenta-se como um expoente na realização da justiça formal e segurança jurídica, outorgando estabilidade às decisões judiciais. Não se pode afirmar que a coisa julgada se relaciona com a justiça material, porque esta não é aferível de pronto. Cada uma das partes tem a sua concepção material de justiça, daí que muito provavelmente a parte vencida entenderá que não houve justiça. Mas sempre haverá, representada na justiça formal. A Justiça possível de se aferir de modo racional.

A coisa julgada tem, portanto, função positiva nítida de estender e projetar os efeitos da sentença para o futuro, sendo que, tradicionalmente, esta função positiva se relacionava à presunção de verdade absoluta. Afirmam Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina que, no direito francês, se difundiu a idéia de que a sentença com força de coisa julgada se transformava num título que faz prova. Com efeito, essa noção de coisa julgada atinente à prova *juris et de jure* da ficção da verdade tem nascedouro na época em que o Direito deixou de ser concebido como um mero sistema de ações, passando a ser evidenciado como um sistema de direitos, cabendo ao processo garantir a fruição desses direitos. Esta concepção da coisa julgada se mostra atualmente totalmente superada.¹³⁴

Além da positiva, a coisa julgada possui uma função negativa, dirigida aos magistrados e órgãos jurisdicionais, no sentido de impedir que a mesma lide seja novamente decidida ou julgada, salvo nos casos excepcionais previstos pelo próprio ordenamento jurídico, tal como ocorre com a ação rescisória.

¹³³ SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CONRADO, Paulo Cesar. **Controle de constitucionalidade e repetição do indébito tributário.** In Revista dialética de Direito Tributário. São Paulo, nov. 2002, p. 30

¹³⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Relativização da coisa julgada.** In Relativização da coisa julgada – enfoque crítico. Salvador: JusPODVM, 2006, p. 341.

4.3 Tratamento constitucional dispensado à coisa julgada: a coisa julgada como garantia constitucional à segurança jurídica

A inserção do instituto da coisa julgada no texto constitucional tem sido operada tradicionalmente em nossas Constituições. Atualmente, vem disposto na Constituição Federal no rol dos direitos e garantias individuais, art. 5º, XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

São comumente destacadas pelos doutrinadores duas interpretações possíveis para tal enunciado, como o fez Paulo Roberto de Oliveira Lima, o qual afirma, numa interpretação mais abrangente, que a expressão “a lei não pode prejudicar a coisa julgada” significa que o legislador infraconstitucional não pode emprestar à coisa julgada estrutura e limites de menor amplitude, de forma a diminuir a importância do instituto; ou, numa interpretação mais restritiva, a lei não pode alterar o conteúdo da sentença ou acórdão acobertada pela coisa julgada, por imperativo de segurança e paz, no sentido de que, uma vez formada a coisa julgada de determinado decisório, este não pode sofrer qualquer violação da lei editada posteriormente à sua formação.¹³⁵

Segundo o mesmo autor e a maioria da doutrina, a segunda hipótese corresponde à mensagem real do texto constitucional, entendendo-se que a Constituição procurou impedir o ataque ao dispositivo da sentença de alterações legislativas subsequentes, homenageando os princípios da segurança jurídica, não-surpresa e irretroatividade da lei.

De encontro a esta concepção, Cândido Rangel Dinamarco, não obstante seja um dos partidários da tese da relativização da coisa julgada, não afasta a interpretação mais ampla de seu *status* constitucional. Eis o magistério do aludido autor sobre a matéria:

Na fórmula constitucional da garantia da coisa julgada está dito apenas que a *lei* não a prejudicará (art. 5º, inc. XXXVI), mas é notório que o constituinte *minus dixit quam voluit*, tendo essa garantia uma amplitude mais ampla do que as palavras poderiam fazer pensar. Por força da coisa julgada, não só o *legislador* carece de poderes para dar nova disciplina a uma situação concreta definitivamente regrada em sentença irrecorrível, como também os *juizes* são proibidos de exercer a jurisdição outra vez sobre o caso e as *partes* já não

¹³⁵ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à Teoria da Coisa Julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 84-85.

dispõem do direito de ação ou de defesa como meios de voltar a veicular em juízo a matéria já decidida.¹³⁶

Ao discorrer sobre o assunto, Francisco Wildo Lacerda Dantas se posiciona no sentido de que a coisa julgada constitui uma garantia constitucional, com o argumento seguro de que a interpretação mais restrita privilegia a tese de que a sentença se resume à mera aplicação da norma, já há muito superada. Alude que, apesar de não entender que a decisão cria direito, ela o revela *in concreto*. Argumenta, outrossim, que, assim como a norma que impõe o respeito à coisa julgada dirigida ao Poder Legislativo, na Constituição de 1946 fora constitucionalizado o direito de ação sob a influência da ideologia liberal, no entanto, ninguém discorda do caráter mais abrangente da garantia do direito de ação.¹³⁷

Não é demais registrar que o Supremo Tribunal Federal já ressaltou que a coisa julgada consiste numa garantia constitucional. Basta ver os julgados do RE 146.331-SP e AgRg 89.241-PR, nos quais se confirma essa natureza constitucional da coisa julgada, erigindo-a como verdadeira cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º, da CF/88. De fato, a coisa julgada possui foro constitucional que não se limita à irretroatividade da lei. Essa visão modesta, diga-se de passagem, não obedece à interpretação finalística e sistemática que se deve fazer do dispositivo, sobretudo porque desprestigia o seu fundamento: o princípio da segurança jurídica.

É importante não olvidar essa raiz constitucional do princípio da segurança jurídica, no que tange à matéria em perspectiva, para que se possa solucionar o embate desse princípio com o da supremacia da Constituição e Justiça, nas ações que envolvem a discussão sobre a relativização da coisa julgada frente à Constituição de 1988, sobretudo porque é inegável a influência que o instituto da coisa julgada exerce sobre a atuação dos órgãos estatais, mormente do Poder Judiciário.

A coisa julgada, nos moldes estabelecidos no ordenamento jurídico, tem como função primordial gerar a segurança jurídica aos litígios resolvidos pelo Poder Judiciário, visto que corresponde à garantia constitucional à jurisdição eficaz, como forma de assegurar a efetividade e a estabilidade do direito constitucional do cidadão à jurisdição.

¹³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Coisa julgada inconstitucional**. Org. Carlos Valder Nascimento. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 53.

¹³⁷ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Considerações sobre a desconstituição e relativização da coisa julgada**. In Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Nº 56. Abril-junho/2004, p. 177.

É inegável, portanto, que a intangibilidade da sentença de mérito com trânsito em julgado – coisa julgada material – eleva o princípio da segurança jurídica como objetivo, a fim de que o Direito não configure fator de insegurança aos indivíduos.

O princípio da segurança jurídica, assim sendo, é elemento essencial ao Estado Democrático de Direito e desenvolve-se, consoante escreve José Joaquim Gomes Canotilho, em torno de dois conceitos basilares: “o da estabilidade das decisões dos poderes públicos, que não podem ser alteradas senão quando concorrerem fundamentos relevantes, através de procedimentos legalmente exigidos; o da previsibilidade, que se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos.”¹³⁸

Assevera Antonio-Enrique Pèrez Luño¹³⁹, ao tratar da coisa julgada como um dos instrumentos previstos no ordenamento que justifica a exigência de segurança jurídica, que a coisa julgada busca atender à necessidade de todo sistema jurídico de impedir a impugnação ou revisão das decisões judiciais. Diz que, sem o óbice da coisa julgada, existiria uma sucessão de processos contraditórios a respeito de uma mesma lide, ao tempo que destaca o pensamento de Henkel, no sentido de que a coisa julgada responde a expectativas de segurança jurídica, arrimada na confiança das partes em obter uma decisão judicial duradoura, assim como na exigência da comunidade jurídica de ver a resolução dos casos concretos.

Em face do exposto, exsurge cristalino que a coisa julgada tem como embasamento jurídico e máximo expoente a busca pela segurança jurídica e sua consagração, além de tratar de verdadeira cláusula pétrea, a impedir que seja suprimida pela atuação do constituinte derivado, o que corrobora a sua necessária observância pelos poderes constituídos.

4.4 Definição de coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro

Ao se discorrer acerca dessa temática instigante que envolve as decisões judiciais passadas em julgado incompatíveis com a Constituição, não se pode passar ao largo da definição da coisa julgada no ordenamento brasileiro. Conforme já se destacou, a coisa julgada corresponde à garantia constitucional, mas não cuidou o Constituinte de

¹³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 259-260.

¹³⁹ PÈREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Op. cit.*, p. 113.

seus contornos, daí o conteúdo e limites deste instituto acharem-se no plano infraconstitucional.

Com efeito, o Mandamento Processual Civil (Lei nº 5.869/73) conceituou a coisa julgada como a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso, nos termos do art. 467 do Código de Processo Civil. Antes, porém, a Lei de Introdução ao Código Civil (Lei nº 4.657/42) já conceituava a coisa julgada como “a decisão judicial de que já não caiba recurso”.¹⁴⁰

Algumas considerações devem ser tecidas sobre esse conceito.

Com efeito, a definição de coisa julgada conferida pelo art. 6º, 3§, da Lei de Introdução ao Código Civil é imprópria, eis que, além de somente enfatizar o aspecto formal da coisa julgada, impõe que a coisa julgada alcança toda e qualquer decisão judicial, o que não é verdade, como é o caso dos provimentos cautelares, salvo nos casos em que haja reconhecimento de prescrição ou decadência, ou quando a parte deixa perder a eficácia de medida cautelar concedida em razão da proposição da ação principal no prazo de 30 dias ou da não execução da medida, ou ainda quando o juiz extingue o processo nos termos do art. 808, parágrafo único, do CPC.¹⁴¹

Na mesma linha, também se mostra imprecisa a definição de coisa julgada estabelecida no art. 467 do Código de Processo Civil, à medida que também vincula a coisa julgada à impossibilidade de sua reforma através de recurso, de modo a mais se aproximar do conceito de coisa julgada formal.¹⁴²

Observa-se, outrossim, que o art. 467, ao definir que a coisa julgada torna indiscutível e imutável a sentença, deve ser interpretado tal dispositivo à luz do art. 162, §1º, do CPC (Lei nº 11.242/05), que define a sentença como o provimento judicial que implica uma das situações do art. 267 e 269, os quais tratam das hipóteses de extinção sem julgamento e com julgamento de mérito, respectivamente. Cumpre ressaltar, ademais, que ao termo “sentença” fora atribuído conteúdo amplo, a abarcar os acórdãos proferidos pelos órgãos colegiados, os quais são igualmente acobertados pela coisa julgada.

¹⁴⁰ Cf. art. 6º, §3º da LICC.

¹⁴¹ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, Ação (Defesa) e Processo**. Volume II. Recife: Nossa Livraria, 2004, p. 207-208.

¹⁴² TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 30.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, mantém sistematicamente a posição de que a coisa julgada, conquanto constitua uma garantia constitucional, essa garantia alcança apenas os direitos, e não seu conteúdo material, visto ser esta matéria atinente ao plano infraconstitucional. E mais. Há posicionamento majoritário de que os contornos da coisa julgada são fixados pela Lei de Introdução ao Código Civil, razão pela qual se mostra incabível a interposição de recurso extraordinário. Senão, vejamos:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. FORMA DE CÁLCULO DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. LEIS ESTADUAIS 1.102/90 E 2.157/2000. Arts. 5º, XXXVI, e 37, XIV, da CF/88. OFENSA INDIRETA. I - **A Corte tem se orientado no sentido de que o conceito dos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada não se encontram na Constituição, mas na legislação ordinária (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º). Assim, está sob a proteção constitucional a garantia desses direitos, e não seu conteúdo material** (RE 437.384-AgR/RS, Rel. Min. Carlos Velloso; AI 135.632-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello). II - A apreciação do recurso extraordinário, no que concerne à alegada ofensa ao art. 37, XIV, da Constituição, encontra óbice na Súmula 279 do STF. III - A ofensa à Constituição, acaso existente, seria reflexa, o que inviabiliza o recurso extraordinário. IV - Agravo regimental improvido.

(STF. RE-AgR 461286/MS. Ministro. RICARDO LEWANDOWSKI DJ 15.09.2006, p. 388).

A coisa julgada, portanto, consiste em garantia constitucional, mas, de fato, as hipóteses de ocorrência são definidas no âmbito infraconstitucional. Caso assim não fosse, a ação rescisória seria inconstitucional, pois refletiria exceção à garantia constitucional instituída pelo legislador infraconstitucional, o que não é admitido. Constata-se, em contrapartida, que, nos casos acobertados pela coisa julgada incide a garantia constitucional de sua imutabilidade.

De outro lado, depreende-se a concepção positivada de coisa julgada no Código de Processo Civil equiparar a coisa julgada formal ao fenômeno da preclusão, consubstanciada no esgotamento de recursos para reforma de sentença que extinguiu o processo sem exame de mérito, de modo que tão-somente as sentenças de mérito (art. 269 do CPC) fazem coisa julgada material.

Todavia, entendemos que essa visão (e também a do STF que aplica o conceito da LICC) não é a que melhor se coaduna com a interpretação sistemática do art. 467 do Código de Processo Civil e com os demais dispositivos a ele relacionados. Em sendo assim, ficamos com a posição de que a coisa julgada envolve os aspectos formal e

material, sendo certo que o caráter de imutabilidade e indiscutibilidade também alcança os julgados que não julgam o mérito, na medida em que devem ser respeitados, não podendo mais ser rediscutido no âmbito do processo em que fora proferida a sentença ou acórdão.

Forçoso destacar, ainda, que a coisa julgada não se constitui num efeito das decisões, como pode fazer crer uma leitura mais apressada do art. 467 do CPC. Na realidade, muito embora tudo que decorra das decisões judiciais sejam conseqüências, os efeitos dessas decisões têm tratamento doutrinário diverso. Efetivamente, o entendimento majoritário da doutrina processualista, assentado no Código de Processo Civil, entende os efeitos das sentenças como os efeitos declaratórios, constitutivos, condenatórios, executivos e mandamentais.¹⁴³

A coisa julgada, diferentemente, revela-se como um atributo¹⁴⁴ das decisões judiciais de que não cabe mais recurso, notadamente porque traz para tais decisões a situação de imutabilidade, de modo que tal qualidade alcança a sentença como um todo, inclusive os efeitos (eficácia) dela decorrentes.

Frente às considerações expendidas, a coisa julgada pode ser linearmente definida como a qualidade das decisões judiciais transitadas em julgado que as tornam indiscutíveis em qualquer processo, exceto nos casos excepcionais previstos pelo próprio ordenamento, mais precisamente através da ação rescisória, o que será posteriormente comentado.

4.4.1 Coisa julgada, efeitos da sentença e conteúdo do julgado: a sentença e a qualidade de intangibilidade

Registre-se, portanto, que a coisa julgada não se constitui num efeito puro e simples da sentença ou acórdão, mas sim numa qualidade que sobressai daqueles

¹⁴³ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 126.

¹⁴⁴ Esse atributo pode, ainda, ser entendido como o efeito jurídico decorrente do fato jurídico da preclusão por decurso de prazo ou inexistência de recurso. Nesse sentido, afirma TALAMINI que “em certa perspectiva – e sem prejuízo da precisa distinção entre efeitos (ou demais efeitos) da sentença e sua imutabilidade – o advento da coisa julgada pode ser visto em si mesmo como uma eficácia própria, constitutiva (insista-se: inconfundível, de todo modo, com os efeitos principais, secundários e anexos da sentença tradicionalmente considerados). Com o trânsito em julgado, *constitui-se situação jurídica de indiscutibilidade judicial do comando contido na sentença*” (TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 44).

decisórios não mais passíveis de reforma, em razão da inexistência de recurso, esgotamento dos recursos cabíveis, término dos prazos dos recursos pertinentes ou desistência da parte vencida em recorrer.

Esta, todavia, é a visão atual da natureza da coisa julgada, visto que, por um longo período, perdurou a idéia de que a coisa julgada seria um efeito da sentença. Nesse sentido, noticia Eduardo Talamini que “por muito tempo vigorou a noção tradicional, de índole romanística, de que a coisa julgada seria um efeito da sentença”, para afirmar que, na esteira dessa concepção, “tratar-se-ia de um dos vários efeitos produzidos pela sentença ou, ainda, identificar-se-ia com o próprio efeito declaratório”.¹⁴⁵

O autor mais expressivo a teorizar sobre a distinção entre coisa julgada como qualidade do *decisum* e seus efeitos, incontestamente foi Enrico Tullio Liebman, de modo a concebê-la como uma autoridade ou atributo, e não como um dos efeitos da sentença. Por pertinente, vejamos o escólio do aludido autor acerca da coisa julgada:

Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do *comando* emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a *definitividade* e intangibilidade do ato que pronuncia o *comando*; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.¹⁴⁶

Nesse contexto, a coisa julgada seria um *plus* aos efeitos da sentença, no sentido de que vincula todos eles ao caráter de indiscutibilidade da decisão, ao mesmo tempo que afirma que tais efeitos podem ser observados e realizados antes do trânsito em julgado da sentença, sem que, com isso, a coisa julgada se desnature, pois, como dito, não se confundem, servindo a coisa julgada para garantir, em última análise, a estabilidade dos efeitos das decisões judiciais.

Contrariando a objetividade deste entendimento, adverte José Carlos Barbosa Moreira¹⁴⁷ que a coisa julgada não seria a imutabilidade dos efeitos da sentença, mas sim de seu conteúdo. Eduardo Talamini, todavia, alude à crítica de Barbosa Moreira

¹⁴⁵ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 32.

¹⁴⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 54.

¹⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada**. Temas de direito processual – Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

como uma tentativa de reformulação da teoria sintética de Liebman, arrimada na premissa de que “coisa julgada é a qualidade dos efeitos”, para sustentar que não há, em verdade, uma oposição ao conteúdo da teoria desenvolvida por Liebman. Destaca, outrossim, que ele próprio reconhecia que a “relação jurídica que foi objeto da sentença pode ser modificada pelas partes sem que isso afete a coisa julgada (usava como exemplo um daqueles empregados por Barbosa Moreira: o pagamento, com o que perde a condenação todo valor)”¹⁴⁸.

Efetivamente, entendemos que a advertência de José Carlos Barbosa Moreira vem a somar à teoria de Liebman, de modo a coaduná-la com a realidade do processo e da complexidade das relações envolvidas, que podem modificar os efeitos da decisão judicial, no sentido de que estes podem deixar de operar caso ocorra modificação da situação fática, sem que, com isso, se desnature a coisa julgada ou mesmo se viole o comando judicial, ficando reservada a desnaturação da coisa julgada aos casos em que o cumprimento da sentença reste inócuo, conforme elucidado no típico exemplo do pagamento. Tal circunstância, portanto, mostra-se suficiente para sustentar que não são os efeitos da sentença que ficarão imutáveis, mas o conteúdo da decisão propriamente dito.

4.4.2 Modalidades de coisa julgada

Malgrado o caráter não sistemático da definição de coisa julgada previsto na ordem infraconstitucional, a doutrina pátria e estrangeira, ao destacar os aspectos objetivos e subjetivos que envolvem a coisa julgada, guarda entendimento prevalecente de que tal instituto pode ser observado sob dois prismas distintos, quais sejam: material e formal. Tem-se consolidado a distinção entre a coisa julgada no sentido formal – para evidenciar o caráter irrevogável da sentença ou acórdão não mais suscetível de recurso – e no sentido material – para indicar a impossibilidade de rediscussão da matéria, seja no processo que a originou ou em qualquer outra demanda.¹⁴⁹

É comum a doutrina designar a coisa julgada formal como a expressão da preclusão máxima. Isso ocorre porque essa modalidade de coisa julgada está

¹⁴⁸ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 36.

¹⁴⁹ Antonio-Enrique Pérez Luño. *Op. cit.*, p. 112-113.

intimamente ligada ao fim do processo, cuja aferição se restringe ao interior do processo, daí ser tratada como a coisa julgada endoprocessual.

Assim sendo, na análise da coisa julgada formal, resta saber se não há mais recurso para as decisões proferidas no processo, não importando se a sentença fora de mérito ou não. Nesse contexto, fazem coisa julgada formal a sentença que extingue o processo por carência de ação, por ausência de algum dos pressupostos processuais, a sentença que homologa transação e a sentença que acolhe ou rejeita o pedido.¹⁵⁰

De maneira diversa, na coisa julgada material há o julgamento do mérito da causa, de modo que o trânsito em julgado da sentença acolhe ou rejeita o pedido autoral. Diz-se que a coisa julgada material opera uma qualidade panprocessual, já que os efeitos decorrentes da decisão acobertada pela coisa julgada material devem ser observados, inclusive em outras ações que lidem com o mesmo pedido e as mesmas partes.

É de se observar, portanto, que a coisa julgada material sempre vem acompanhada da formal, mas o inverso não ocorre, haja vista que os efeitos da coisa julgada formal podem ou não abranger um julgamento de mérito, de que não cabe mais nova discussão no processo ou em qualquer outro.

Importante destacar que não fazem coisa julgada as razões de decidir (art. 474 do CPC), mas somente a parte decisória da sentença,¹⁵¹ as sentenças proferidas em sede de jurisdição voluntária (1.111 do CPC), e, em regra, as sentenças prolatadas nos processos cautelares. Boa parte da doutrina processualista afirma que não fazem coisa julgada as sentenças que tratam de relação continuativa, haja vista que podem ser novamente decididas em caso de eventual modificação no estado de direito ou de fato, denominando –a *coisa julgada rebus sic stantibus*– nos termos do art. 471, I, do Código de Processo Civil. Todavia, veremos mais adiante que tal assertiva não merece guarida.

¹⁵⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1., 2002, p. 565.

¹⁵¹ Importa destacar, neste ponto, que a afirmação de que a coisa julgada atinge apenas a parte decisória da sentença não equivale necessariamente ao dispositivo, mas sim à parte da sentença que evidencie a decisão do juiz a respeito do bem objeto do litígio. À título ilustrativo, tem-se o exemplo da sentença em que se acolhe no início da fundamentação, a prescrição de parte do pedido. Nesta mesma linha, assevera Francisco Wildo Lacerda Dantas: “Deve-se entender como disposição, isto é, decisão, não apenas a parte final da sentença, ou seja, não apenas o seu aspecto formal. Ainda que aparentemente haja ponto que se apresente na motivação, desde que implique decisão (*decisum*), haverá decisão, logo fará coisa julgada”. (DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Op. cit.* 2004, p. 209).

Além dessas hipóteses, merece especial atenção à chamada coisa julgada *secundum eventus litis* (segundo evento da lide), pela qual não se aceita que, nos processos que envolvam interesses metaindividuais, havendo pluralidade de legitimados de forma concorrente, a coisa julgada produzida numa ação proposta por um ou alguns dos legitimados impeça que os demais ajuízem nova ação. Nessa espécie, admite-se, inclusive, que os demais legitimados ajuízem nova ação com base em nova prova, em caso de improcedência por deficiência de provas; e a coisa julgada *erga omnes*, por outro lado, consiste na possibilidade dos demais legitimados, não participantes do processo, se beneficiarem do julgado, caso este tenha sido procedente.

4.5 A jurisdição e a coisa julgada: o caráter processual do instituto

Etimologicamente, a jurisdição significa “dizer o direito” (*júris*=direito + *dictiones*=dizer ou expressão)¹⁵², sendo ela, antes de tudo, um poder indispensável de aplicação do Direito aos casos concretos. Na linha de entendimento desenvolvida por Giuseppe Chiovenda¹⁵³, a jurisdição assume um caráter de substitutividade, na medida em que o Estado-Juiz, ao ser provocado para o exercício da função jurisdicional, substitui a vontade das partes, de modo a substituir a atividade desenvolvida pelos participantes no processo, cabendo ao Estado resolver a contenda, daí que tal característica se encontra intimamente relacionada à idéia de definitividade, principal pressuposto para a formação da coisa julgada material.

Tal assertiva pode nos levar à falsa crença de que a coisa julgada é um atributo indispensável ao exercício da jurisdição, todavia, não se pode perder de vista que há atos judiciais que não fazem coisa julgada, sem que, contudo, deixem de resultar do exercício da jurisdição. O contrário é que se mostra pertinente, no sentido de que a coisa julgada, como atributo de indiscutibilidade das decisões, desenvolve-se necessariamente através do processo judicial, como instrumento da prestação jurisdicional.

Interessante advertir, no entanto, que não obstante a jurisdição e a coisa julgada advinda de seu exercício possibilitarem a formação da coisa julgada material, o instituto

¹⁵² GONÇALVES, Willian Couto Gonçalves. **Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 19.

¹⁵³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições do Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1998, v. 2.

da coisa julgada não se confunde com o conteúdo em si da sentença ou acórdão. Numa palavra, ao mesmo passo que a coisa julgada não se identifica com os efeitos primários ou secundários da sentença, ela reflete uma situação jurídica de imutabilidade do *decisum*, capaz de produzir, na qualidade de fato jurídico, o efeito próprio de tornar imutável o comando do julgado. De outro lado, a coisa julgada, considerada como um fato jurídico de imutabilidade do julgado, sujeita-se ao mesmo tratamento conferido a qualquer fato jurídico, de modo que é possível falar em eficácia da própria coisa julgada. Apesar de haver confusão nesta assertiva, esta é aparente. Efetivamente, a coisa julgada não se confunde com os efeitos ou com o conteúdo da sentença, apesar de sua íntima relação, mas a própria coisa julgada produz efeito de outra categoria, consistente na imutabilidade dos efeitos do julgado.

No mais, precisa se mostra a premissa apresentada por Luiz Guilherme Marinoni, no sentido de que o fato de a coisa julgada material não ser característica fundamental da jurisdição não significa dizer que esta não deve zelar pela preservação da coisa julgada, tendo em vista seu caráter peculiar ao processo de conhecimento, além da preocupação não só com a previsão do direito fundamental ao acesso à jurisdição, como também com a sua efetividade.¹⁵⁴

É inegável, portanto, o caráter processual que envolve o instituto da coisa julgada, imbricado na situação de indiscutibilidade do comando sentencial, refletindo a característica da jurisdição de definitividade, já que não basta garantir ao cidadão o direito constitucional de ação, plasmado na possibilidade de acesso à justiça, se não há, em contrapartida, a garantia de estabilidade do que restou decidido. Tal assertiva, todavia, não deve conduzir ao errôneo entendimento de que a coisa julgada faz-se atributo indispensável à jurisdição, eis que existem atos jurisdicionais que não se acobertam pelo caráter de indiscutibilidade proporcionado pela coisa julgada, sendo imperiosa, em outra sede, a afirmação de que a coisa julgada se desenvolve pela prestação jurisdicional através do processo.

4.6 Limites da coisa julgada e sua eficácia preclusiva

¹⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material.** Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 28.8.2005.

Em conformidade com o já explanado, percebe-se que a coisa julgada recai apenas sobre os atos jurisdicionais, daí a imprescindibilidade da jurisdição para a produção ou formalização da coisa julgada, sendo certo ainda que nem todos os atos jurisdicionais são atingidos pela força da coisa julgada material. Oportuno ressaltar, outrossim, que a coisa julgada, segundo o disposto no art. 469 do Código de Processo Civil, se destina à parte dispositiva da sentença, não fazendo coisa julgada os fundamentos do *decisum*.

Acerca da matéria, importante gizar os limites a que está submetida a coisa julgada. Nesse primeiro momento, destacam-se os limites objetivos da coisa julgada, referentes à causa de pedir e ao pedido, ou seja, ao objeto da demanda propriamente dito. A causa de pedir e o pedido correspondem aos elementos da ação sob o aspecto objetivo, no sentido de que a pretensão discutida na demanda não poderá ser reapresentada em outro processo, caso haja seu julgamento de mérito.

Eduardo Talamini, no entanto, ressalta as peculiaridades atinentes à abrangência da causa de pedir e do pedido e da relação entre ambos. Efetivamente, através do pedido se delimita a tutela processual pretendida (pedido imediato) e o bem da vida objeto de tal tutela (pedido mediato), com fundamento em determinadas circunstâncias (causa de pedir). Diz Eduardo Talamini que a alteração do pedido, ainda que mantida a causa de pedir, pode afastar a identidade de causas, a exemplo das causas de pedir de que derivam pedidos alternativos ou sucessivos, nos quais se mostra possível o ajuizamento de nova ação, com fundamento na mesma causa de pedir, mas alterado o pedido que restou desacolhido. Esta situação, porém, não se confunde com a de, a partir de um mesmo fundamento fático, sobressaírem duas ou mais situações jurídicas distintas decorrentes da incidência de normas distintas, caso em que, se apreciada e rejeitada a pretensão com fulcro em apenas uma das normas jurídicas, não pode mais o autor vindicar em outra ação com base na outra norma, pois “a mera alteração das normas jurídicas invocadas não afasta a coisa julgada”.¹⁵⁵

A respeito da causa de pedir, conforme destacado, urge defini-la como o conjunto de fatos e conseqüências jurídicas aludidos pelo autor para amparar a titularidade do direito perseguido. Cabe ao autor descrever os fatos que fundamentam a pretensão, sem se descuidar de promover a correção lógica entre os fatos alegados e as

¹⁵⁵ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 69-70.

conseqüências jurídicas que busca obter,¹⁵⁶ evidenciando-se, assim, as causas de pedir próxima (fundamentos fáticos) e remota (fundamentos jurídicos) que envolvem o pedido.

Nesse contexto, mostra-se precisa a observação de que apenas a parte dispositiva da sentença¹⁵⁷, na qual resta decidido acerca do objeto da pretensão, é alcançada pela coisa julgada, afastando-se os fundamentos fáticos e jurídicos que o fundamentam. Resta assegurado, portanto, através do instituto da coisa julgada, o resultado prático do processo, e não o percurso lógico procedido pelo magistrado até a sua decisão. Corroborando o mesmo entendimento, assim sustenta Eduardo Talamini, com fulcro nas lições de Liebman:

A limitação da coisa julgada à parte dispositiva significa assegurar a estabilidade do processo, a imutabilidade do comando jurisdicional – compreendido aqui não apenas no seu aspecto formal, mas no sentido de outorga da *tutela jurisdicional*, que recai sobre uma situação concreta. É precisamente por isso que, embora limitada ao *decisum*, a coisa julgada impede a apresentação ou reapresentação de argumentos que foram ou deveriam ter sido oportunamente apresentados e considerados na motivação – toda vez que tal apresentação (ou reapresentação) tenha por fito derrubar ou neutralizar a tutela antes outorgada.¹⁵⁸

Nessa linha de raciocínio, encontram-se as bases teóricas da eficácia preclusiva da coisa julgada. Como visto, o aludido atributo das sentenças ou acórdãos transitados em julgado incide propriamente na parte dispositiva de tais decisórios, razão pela qual vigora a premissa de que a coisa julgada não alcança as *razões de decidir*, aí se incluindo a decisão que resolve determinado procedimento incidental no processo principal.

Todavia, essa assertiva não se reveste de caráter absoluto para o fim de possibilitar a rediscussão da matéria, invocando-se outros fundamentos fáticos e jurídicos para compor nova fundamentação. É que, a respeito disso, incide outro

¹⁵⁶ É de se ressaltar que, em razão do princípio da *iuri novita cúria*, o magistrado não se vincula às normas jurídicas invocadas pelo autor. Registre-se, ainda, que o ordenamento jurídico pátrio adotou a teoria da substanciação, pela qual os elementos fáticos assumem notável relevância, principalmente porque o juiz dá a conotação jurídica que entender, desde que atrelada à matéria fática declinada pela parte.

¹⁵⁷ Nesse mesmo diapasão, afirma Liebman que os limites objetivos da coisa julgada ajudam a compreender que apenas o comando judicial se torna imutável, e não a atividade lógica exercida pelo magistrado para justificar sua decisão. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit.*, p. 55).

¹⁵⁸ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.* p. 82.

instituto de direito processual civil alusivo à preclusão, da qual decorre a chamada “eficácia preclusiva da coisa julgada”.

A eficácia preclusiva da coisa julgada se constitui no impedimento, que surge com o trânsito em julgado da sentença, à discussão e julgamento de questões que podem influir no teor da decisão proferida pela autoridade judicial. A eficácia preclusiva da coisa julgada material atinge as questões de fato, questões de direito, questões prejudiciais, questões *ex officio* e as dependentes de alegação das partes,¹⁵⁹ excluindo-se apenas os fatos supervenientes ao julgado.

Com efeito, se a decisão prolatada só tem o condão de produzir coisa julgada formal, o efeito preclusivo restringe-se ao interior do processo em que foi proferida. Por outro lado, se gera coisa julgada material, o efeito preclusivo é panprocessual, a ser observado em eventuais processos judiciais subseqüentes. Nesse contexto, diante da autoridade da coisa julgada de que se reveste o dispositivo da sentença ou acórdão, evidenciando a tutela jurisdicional *in concreto*, a parte não pode se valer de novos fundamentos fáticos ou jurídicos para reverter o julgado, visto que deixou de alegá-las em momento oportuno, operando-se, portanto, a preclusão, mais precisamente, a eficácia preclusiva da coisa julgada.

4.6.1 O momento em que se opera a coisa julgada: ênfase nas relações jurídicas continuativas

Da leitura do art. 471, I, do Código de Processo Civil percebe-se a preocupação do legislador em regular o fenômeno da coisa julgada, em se tratando de relações continuativas ou de trato sucessivo, a qual se encontra em processo constante de mutação, de modo a ensejar novas causas de pedir ao longo do tempo, sendo uma exigência própria de justiça procedimental e da segurança jurídica¹⁶⁰ a regulação desta situação particular.

Nesse contexto, dispõe o referido dispositivo que o juiz poderá decidir novamente as questões já decididas nas lides que envolvam uma relação jurídica

¹⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A eficácia preclusiva da coisa julgada no sistema do processo civil brasileiro**. Artigo extraído do *site*: <<http://www2.uerj.br>>. Acesso em: 31 mar. 2003.

¹⁶⁰ Importante destacar que, a respeito desses dois princípios, ao longo do texto sua teorização será trazida à colação com mais vagar.

continuativa¹⁶¹, desde que haja superveniente modificação no estado de fato ou de direito. Em razão desse permissivo, como aludido anteriormente, a doutrina processualista comumente se reporta ao art. 471, I, do CPC, para defender que se trata de exceção à formação da coisa julgada material.

Segundo esse entendimento, das lides que envolvam uma relação de trato sucessivo¹⁶², em que as situações se procrastinam afastar-se-ia a premissa de que a sentença resolverá em definitivo a contenda, tais como as ações de pedido de pensão alimentícia, pois é cabível novo pedido para aumentá-la, diminuí-la ou extingui-la, sendo também afastada, por consequência, a formação da coisa julgada material.

Em sentido contrário, entendemos que a sentença que decide acerca de determinada causa referente às relações jurídicas continuativas implicam a produção da coisa julgada, porquanto do próprio teor da mencionada norma se observa que há o permissivo legal conferido ao magistrado de julgar *de novo* a lide, sendo certo que a própria lei aceita a existência do julgado. Por outro lado, essa afirmação não conduz ao argumento de que tal dispositivo traz uma forma de flexibilização da coisa julgada.

Com efeito, não se pode invocar o art. 471, I, do CPC como um permissivo legal de desconstituição ou desconsideração da coisa julgada material, visto que, em verdade, a mudança de fato ou de direito no âmbito das relações jurídicas continuativas gera, ademais, novo pedido, pois ocorre o surgimento de nova pretensão, possibilitada justamente por se tratar de relações que se procrastinam, sendo certo que a parte poderá pleitear nova sentença, não havendo que se falar em revisão do julgado.¹⁶³

Desta feita, observa-se que o permissivo legal em destaque não implica propriamente a revisão da coisa julgada, a constituir uma hipótese de sua desconstituição, eis que, como visto, o que ocorre é o surgimento de nova causa de pedir, capaz de fundamentar uma nova pretensão.

4.6.2 Limites subjetivos: extensão dos efeitos da sentença a terceiros

¹⁶¹ Aludida norma se justifica em razão da conformação estrutural e dinâmica do tipo de relação jurídica travada entre as partes[□].

¹⁶² Conforme ressalta TALAMINI, “a regra em discurso é aplicável também a relações sucessivas que, por sua reiteração e homogeneidade, tenham sido julgadas em única sentença”. (TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 89).

¹⁶³ *Idem, Ibidem*, p. 90. Este mesmo raciocínio pode ser aplicado às hipóteses previstas no art. 55 do CPC, pelo qual o assistente pode pleitear a justiça da decisão já transitada em julgado, visto que se forma nova pretensão relacionada à situação jurídica do assistente.

A respeito dos aspectos relevantes da coisa julgada, destacam-se os limites subjetivos da sentença ou acórdão transitado em julgado. Consoante o disposto no art. 472 do Código de Processo Civil pátrio,

a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Por imposição do princípio do devido processo legal, o julgado, em regra, não alcança terceiros não participantes do processo, tratando-se ainda de regra de racionalidade dos processos judiciais, devendo os efeitos da sentença atingirem subjetivamente as partes.

O dispositivo, porém, traz uma exceção: os litisconsortes, quando citados. Urge destacar, no entanto, que os litisconsortes, uma vez citados, assumem a condição de parte no processo, nos limites do julgado, não sendo propriamente terceiros.

Todavia, merece atenção a possibilidade da extensão dos efeitos da sentença fora das hipóteses de litisconsórcio. Nesse contexto, os terceiros podem sofrer os efeitos da sentença ou acórdão, uma vez que o julgado irradia efeitos na ordem jurídica como qualquer outro fato jurídico. Com efeito, o que não se permite é que terceiros sofram os efeitos da coisa julgada, visto o óbice identificado nos limites subjetivos da autoridade da coisa julgada.

Com propriedade, assevera Enrico Tullio Liebman:

A coisa julgada está, na verdade, limitada às partes por norma precisa de lei: mas, pelas razões amplamente expostas, não é efeito, nem direto nem reflexo, da sentença, mas tão-só uma qualidade dos seus efeitos; que estes efeitos, por sua vez, tal como são em concreto, segundo a natureza e o tipo de sentença que se considere, estejam essencial e conceitualmente limitados às partes. (...) Não é verdade que as partes, ao pedir uma sentença, podem ter em mira propriamente os efeitos que ela tiver contra um terceiro, o que poderia fazer concluir que o efeito contra o terceiro seja o direto e principal, como, na realidade, o círculo de relações e de pessoas em que operará o comando contido numa sentença não pode ser e não é preventivamente determinado em abstrato, mas dependerá do uso que em concreto fizerem as partes da sentença, e na qualidade e do número das controvérsias que poderão surgir no futuro, e terá por condição certo modo de ser das relações jurídicas, o nexo e o grau de ligações entre elas existentes.¹⁶⁴

¹⁶⁴ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Op. cit.*, p. 122.

De fato, não se pode confundir eficácia da sentença com a autoridade da coisa julgada, sendo certo que, como a coisa julgada não se constitui em efeito da sentença para as partes envolvidas, com mais razão não o seria em relação a terceiros, sendo o contrário verdadeiro, ou seja, acidental ou reflexamente, os efeitos da sentença ou acórdão podem atingir a esfera jurídica de terceiros, não havendo, todavia, como se antever, no momento de sua prolação, quais serão as partes ou situações outras a ser atingidas pelo comando judicial.

CAPÍTULO V

DA INFLUÊNCIA DO CONSTITUCIONALISMO SOBRE O DIREITO INFRACONSTITUCIONAL: IMPLICAÇÕES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOBRE OS INSTITUTOS DE DIREITO PROCESSUAL

5.1 O princípio constitucional da segurança jurídica como fim primordial do processo e a influência do fenômeno da *Constitucionalização do Direito Infraconstitucional* sobre os institutos do direito processual

Como já dito, um dos mais expressivos institutos do Direito Processual Civil é a jurisdição, afinal, é no âmbito da jurisdição que o Direito se realiza. Segundo magistério de Giuseppe Chiovenda, a jurisdição consiste em função do Estado pela qual a vontade da lei se concretiza através da substituição, tornando a lei efetiva.¹⁶⁵ Francisco Wildo Lacerda Dantas, nesta mesma linha, afirma que “embora a sentença não cria direito, o revela na sua dimensão concreta”.¹⁶⁶ Perfilhando opinião contrária, Hans Kelsen entende que a decisão judicial cria direito. Segundo ele,

uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída.¹⁶⁷

Luiz Recaséns Siches, na esteira do pensamento de Kelsen, expõe que a atividade jurisdicional compreende funções que não estão previamente estabelecidas na norma geral e abstrata, malgrado tenha que seguir as diretrizes informadas na norma abstrato, caso contrário as decisões seriam arbitrárias. Aduz, portanto, que a norma individual da decisão judicial contém dimensões criadoras da função jurisdicional, uma

¹⁶⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, p.

¹⁶⁶ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Op. cit.*, p. 177.

¹⁶⁷ KELSEN, Hans. *Op. cit.* 2003, p. 264.

vez que traz novos ingredientes não contidos na norma geral e abstrata¹⁶⁸, razão pela qual entende que “la norma individualizada es la única norma jurídica perfecta, porque es la única capaz de ser impuesta inexorablemente” (...) “solo la norma jurídica individualizada es la que tiene *plenitud de sentido*, porque articula la directriz de la norma general con la realidad da vida, que es siempre concreta y particular”.¹⁶⁹

É de se observar, portanto, essa função criadora da jurisdição, no sentido de que a declaração que se tem alcança apenas a determinação da norma geral e abstrata a ser aplicada, que, diga-se de passagem, não tem um cunho declaratório exato, porque as normas jurídicas, como visto no capítulo 2, são construídas pelo intérprete. O caráter criativo da decisão judicial, nesses termos, diz respeito à produção da norma concreta no caso, vindo a gerar nova situação jurídica.¹⁷⁰

Vê-se que a jurisdição é concebida como uma função do Estado, amplamente divulgada como “poder jurisdicional”, cuja principal característica é a substituição. A jurisdição substitui a vontade das partes, visto que, uma vez provocado o poder jurisdicional, apenas a ele cabe resolver o conflito de interesses sem necessidade de anuência das partes, não podendo, outrossim, ser prorrogada pelas partes envolvidas no conflito.

Entretanto, malgrado o Direito se realize no âmbito da jurisdição, faz-se necessário um meio ou forma capaz de atingir essa finalidade, ou seja, mostra-se imprescindível a existência de um processo – mais ainda, de um devido processo legal. Fácil reconhecer, portanto, a importância do processo para a realização e conformação do Direito, pois, em meio à complexidade de que se reveste a sociedade moderna, onde o número de lides aumenta, o processo cada vez mais se mostra indispensável, sobretudo porque o ambiente de regularidade corresponde ao modelo teórico objetivado no Estado de Direito.

Destaca Willian Couto Gonçalves o caráter garantístico do processo, porquanto é através dele que a jurisdição se materializa, ou seja, migra da generalidade e abstração para a concreção. Nesse particular, sendo o processo o modo pelo qual se operacionaliza a jurisdição, que, por sua vez, se identifica como a “expressão do Direito”, observa-se

¹⁶⁸ SICHES, Luiz Recansés. *Op. cit.*, p. 313-316.

¹⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 329. Tradução livre: “a norma individualizada é a única norma jurídica perfeita, porque é a única capaz de ser imposta inexorablemente (...) somente a norma jurídica individualizada tem plenitude de sentido, porque articula a diretriz da norma geral com a realidade da vida, que é sempre concreta e particular.”

¹⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 265.

que valorativamente a jurisdição e o processo se dirigem para a organização da sociedade, fazendo uso dos postulados relacionados à segurança jurídica, ordem e busca do bem-estar geral¹⁷¹, sendo esta, inclusive, a nuance da proporcionalidade decorrente do devido processo legal emprestada pelo Direito norte-americano, segundo o qual os fins sociais devem ser garantidos através do processo.

É inegável, portanto, que o processo não se encerra numa visão restritamente instrumental, eis que não se pode olvidar seu caráter funcional e finalístico, no sentido de proporcionar à sociedade a ordem no Estado de Direito, fulcrado principalmente na exigência de segurança. Adverte ainda Willian Couto Gonçalves que “é de nenhum valor o garantir a jurisdição se não se garante fazê-la específica, eficaz, ou seja, realizada na situação fática que a fez provocada, sem alcançar a segurança jurídica”.¹⁷²

Conforme entendimento do aludido autor, cuja obra trata da segurança jurídica e finalismo no processo judicial de solução de conflitos, a segurança jurídica corresponde ao valor funcional do Direito, revelando-se necessário que os atos estatais, sobretudo os jurisdicionais, responsáveis pela resolução dos conflitos de interesses, se fundamentem na observância da segurança jurídica, sob pena de que nenhum outro valor, inclusive o de justiça, seja alcançado, para o fim de afirmar que “impõe-se admitir que a atividade jurisdicional que se faz no Processo Judicial de Solução de Conflitos, plasmada na lógica jurídica, no razoável e no equânime, é inquestionavelmente elemento engendrador de segurança jurídica”.¹⁷³

O fim da jurisdição, portanto, além da pretensão em si através da composição da lide, visa ao estabelecimento ou restabelecimento da ordem social, possibilitado pela resolução das contendas que se apresentam no seio da sociedade, sejam individuais, sejam coletivas, com a preocupação de que tais soluções gozem de estabilidade.

Com efeito, fixada a premissa de que o princípio da segurança jurídica é, aprioristicamente, um valor funcional do Direito, é inegável que tal pressuposto influencia sobremaneira os institutos de direito processual, daí sobressaindo a jurisdição como poder-dever do Estado e o processo, através do qual aquele se materializa, voltados para a realização e conformação do Direito.

¹⁷¹ GONÇALVES, Willian Couto. *Op. cit.*, p. 56-63.

¹⁷² *Idem, ibidem*, p. 67.

¹⁷³ *Idem, ibidem*, mesma página.

De outro lado, é de se observar as profundas mudanças pelas quais passou o Estado Moderno com o advento do Constitucionalismo, marcado pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, ressaltando, assim, a expansão da jurisdição constitucional justificada pela premissa da supremacia da Constituição, sem falar da reformulação da hermenêutica, onde se coloca a Constituição como principal parâmetro na interpretação das normas jurídicas.

Esses elementos conduziram à concreção do fenômeno denominado “Constitucionalização do Direito”,¹⁷⁴ através do qual a Constituição passou a ser alocada no centro do sistema jurídico, a constituir o fundamento de validade de todas as normas jurídicas. Na lição de Luís Roberto Barroso, a Constituição “passa a ser não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia –, mas também um modo de olhar e interpretar todos os ramos do Direito”.¹⁷⁵

Com efeito, o reconhecimento estratégico da importância da Constituição no seio do ordenamento jurídico reflete sobremaneira no chamado direito infraconstitucional, ou seja, nas normas jurídicas produzidas pelo legislador ordinário, cujo sentido e alcance hodiernamente sofrem a influência das prescrições normativas constitucionais, sejam expressas ou implícitas, eis que a hermenêutica constitucional teve uma flexibilização dogmática para compreender os princípios constitucionais como um dos principais parâmetros de interpretação constitucional.

É nesse cenário moderno que se insere a influência das regras e princípios constitucionais nos institutos de direito processual civil, não sendo novidade que vários cursos de pós-graduação possuem no seu quadro de disciplinas a matéria chamada “Direito Processual Constitucional”, como forma de reflexão acadêmica acerca do Direito Processual Moderno.

No estudo em perspectiva, em que pese a segurança jurídica constituir um princípio constitucional, revelando-se, antes de tudo, um dos pressupostos inafastáveis do Estado de Direito, o constitucionalismo impõe a constatação de suas influências nos

¹⁷⁴ Faz-se pertinente, neste ponto, a distinção defendida por Paulo Lôbo entre constitucionalização e publicização. Para ele, “a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Texto extraído do site <http://jus.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>, em 27.3.2006).

¹⁷⁵ BARROSO, Luis Roberto. **O triunfo inacabado do Direito Constitucional**. In Revista de Direito do Estado. Nº 01. Jan/Mar/2006. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

institutos de direito constitucional sob outro prisma: a viabilidade do controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais. Essa assertiva põe, principalmente, em cotejo o respeito às normas constitucionais pelas decisões já acobertadas pela coisa julgada, apesar de não se afastar a previsão constitucional acerca da coisa julgada, bem como e, sobretudo, o princípio da segurança jurídica que a fundamenta.

Antes de se explicar esta problemática, interessante registrar os pressupostos básicos do controle de constitucionalidade.

5.2 Notas fundamentais acerca de jurisdição constitucional

A definição de jurisdição classicamente está relacionada ao conceito de lide, que pode ser concebida como “um conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida (discutida). El conflicto de intereses es su elemento material, la pretensión y la resistencia son su elemento formal”.¹⁷⁶ No caso específico da jurisdição constitucional, não há que se falar em conflito intersubjetivo, mas em um processo constitucional objetivo, no qual a contenda posta a julgamento reside no conflito entre as normas infraconstitucionais e a Constituição – *contencioso constitucional*.

Conforme elucidado por Louis Favoreu, o contencioso constitucional se distingue do contencioso ordinário na medida em que não se pode falar de litígios, mas de um processo objetivo voltado para a manutenção ou restauração da ordem constitucional.¹⁷⁷ Mesmo no caso do controle difuso de constitucionalidade, onde o reconhecimento da inconstitucionalidade se dá por via de exceção, concebida como uma questão prejudicial de constitucionalidade, ou seja, a invocação da inconstitucionalidade pela parte compõe a sua causa de pedir, a fim de afastar a lei na aplicação do caso concreto, tal declaração de constitucionalidade garante por meio indireto a preservação das normas constitucionais.

Com efeito, no contencioso constitucional, assim entendido como os conflitos constitucionais sem sujeitos, há uma preocupação com a restauração ou preservação da

¹⁷⁶ CARNELLUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Versão espanhola. Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1989, p. 28. Tradução livre: “Um conflito (intersubjetivo) de interesses qualificados por uma pretensão resistida (discutida). O conflito de interesses é seu elemento material, a pretensão e a resistência são seu elemento formal”.

¹⁷⁷ FAVOREU, Louis. **Tribunales Constitucionales**. Barcelona: Ariel Derecho, p. 15.

ordem constitucional, inserindo-se no âmbito das medidas constitucionais de projeção na Justiça Constitucional ou jurisdição constitucional.

Importante notar que a jurisdição constitucional funda-se em dois pressupostos teóricos, quais sejam: a força normativa da Constituição (*norma normarum*), localizada no ápice da pirâmide normativa idealizada por Merkl, com lastro em Carré de Malberg, para o qual a Constituição, no seu aspecto jurídico-positivo, consiste no fundamento do Estado, constituindo a base de sua ordem jurídica. Diz que a Constituição “é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal”.¹⁷⁸ Justifica-se, outrossim, a jurisdição constitucional no princípio da supremacia da Constituição comentado no primeiro capítulo, pelo qual a Constituição é erigida ao parâmetro de validade dos atos infraconstitucionais, exigindo-se a garantia judicial de sua observância através do controle de constitucionalidade, aparato do Estado para coibir as violações à Constituição no âmbito da jurisdição constitucional.

Nesse contexto, é cediço que o direito europeu aprecia a possibilidade de existência de um tribunal constitucional não componente do Poder Judiciário, destinado às causas de natureza estritamente constitucional, referente à (in)validade ou (in)constitucionalidade das normas infraconstitucionais ou mesmo das normas constitucionais derivadas, advindas do processo de emenda, evidenciando-se, o referido processo constitucional objetivo, descurado de direito e interesse subjetivo e de pretensão resistida = lide, uma vez que os conflitos ficam adstritos aos fatos decorrentes da aplicação da jurisdição constitucional orgânica e internacional. Segundo Hans Kelsen, os tribunais constitucionais não exercem propriamente a jurisdição, funcionando mais como legislador negativo, pois a aferição da compatibilidade lógica entre a lei e a Constituição não implicaria aplicação dessa lei a um caso concreto, ao contrário, pela decisão do tribunal constitucional, a lei será expurgada do ordenamento jurídico.

Daí se depreende um caráter formal de jurisdição constitucional, o qual reclama a criação de um tribunal específico, competente para resolver as questões relacionadas ao controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais. É, por

¹⁷⁸ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 131.

excelência, o modelo de jurisdição constitucional adotado em França, Áustria, Alemanha, Rússia, entre outros países da Europa.¹⁷⁹

Todavia, ao lado desse sistema europeu de controle de constitucionalidade, em que há a criação de um tribunal constitucional, depreende-se do direito comparado o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, onde a jurisdição constitucional é exercida pelo mesmo aparato jurisdicional que decide as questões referentes à jurisdição ordinária, sendo certo que, qualquer que seja a natureza dos litígios, os julgam os mesmos juízes e tribunais. Na posição noticiada por Louis Favoreu, aqui não há um “verdadeiro contencioso constitucional”.¹⁸⁰

Como já afirmado, a idéia de supremacia da Constituição, no sentido de servir de fundamento de validade, deriva do Direito norte-americano no final do século XVIII. Relativamente às firmações da base da jurisdição norte-americana, destaca-se o *leading case* Willian Marbury v. James Madison, julgado em 1803 pelo *Chief of Justice* John Marshall.¹⁸¹

Pablo Pèrez Tremps¹⁸², por sua vez, afirma que a distinção e separação entre os modelos europeu e norte-americano de controle de constitucionalidade resultaram nas concepções formal e material de justiça constitucional, todavia, sustenta que esta dicotomia se revela ultrapassada, haja vista que empiricamente se observa que as duas técnicas convivem no mesmo ordenamento em harmonia, sobretudo quando se tomam

¹⁷⁹ FAVOREU, Louis. *Op. Cit.*, p. 16-42.

¹⁸⁰ FAVOREU, Louis. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁸¹ Dirley da Cunha Jr., em precisa descrição dos fatos que engendraram este célebre caso, assim noticia: “MARSHALL, além de *Chief Justice*, era Secretário de Estado do então Presidente Federalista JOHN ADAMS, e nessa condição auxiliou o Presidente dos EUA, em fim de mandato, a relizar inúmeras nomeações em favor de correligionários (os conhecidos “testamentos políticos”), que foram feitas no último dia de seu governo. Todavia, MARSHALL, substituído por MADISON na Secretaria de Estado, não teve tempo de fazer chegar às mãos de todos os interessados os atos de nomeação, razão pela qual estes foram sustados por ordem do novo Presidente dos Estados Unidos, o então republicano JEFFERSON. Entre os prejudicados pela sustação, figurava WILLIAN MARBURY, nomeado juiz de paz no Condado de Washington, Distrito de Columbia, que moveu um *writ of mandamus* junto à Corte Suprema objetivando obrigar MADISON a empossá-lo. Nesse caso – conhecido por *Marbury v. Madison* – o *Justice* MARSHALL não só tomou parte no julgamento, mas também liderou a opinião de seus pares, o que caracterizou uma situação *sui generis*, dado o seu manifesto interesse pessoal no caso em apreço. Acuado pela opinião pública e pela ameaça de *impeachment* dos juízes da Suprema Corte e do não cumprimento da ordem, caso deferida, MARSHALL valeu-se de uma habilidosa estratégia. Embora reconhecendo o direito de Marbury, denegou a ordem requestada em razão de uma preliminar de incompetência da Corte. Para o reconhecimento dessa preliminar, MARSHALL desenvolveu sua doutrina da *judicial review of legislation*, reconhecendo que a inconstitucionalidade da lei que atribuía competência à *Supreme Cort* encontrava-se taxativamente enumerada na Constituição, sem qualquer possibilidade de ampliação legal”. (CUNHA JR., Dirley da. *Op. Cit.*, p. 410-41).

¹⁸² TREMPES, Pablo Pèrez. **IV Curso da Justicia Constitucional - La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina.** Artigo extraído do site: www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/actualidad2002.htm em julho de 2005.

como parâmetro as Constituições da América Latina, a exemplo as do Brasil e do Paraguai.

Assim sendo, se observado o modelo genuinamente europeu acerca de jurisdição constitucional, o Supremo Tribunal Federal brasileiro não pode ser concebido como um tribunal constitucional. Todavia, aproveitando-se da crítica delineada por Pablo Pèrez Tremps¹⁸³ no que se refere ao “eurocentrismo jurídico”, o STF há de ser considerado um tribunal constitucional na medida em que exerce as funções próprias da jurisdição constitucional, previstas no art. 102 da Constituição Federal vigente, considerado como um órgão cúpula da jurisdição, e não um tribunal *ad hoc*, tal como é concebido o Tribunal Constitucional no Direito europeu.

Nesse ponto, ressalta Dirley da Cunha Jr. a classificação de jurisdição constitucional quanto à quantidade de órgãos com competência para o controle, para afirmar que esta pode ser difusa, concentrada, mista ou eclética. No caso do Direito norte-americano, observa-se uma jurisdição com pluralidade de órgãos, sendo por isso difusa, ao contrário da Alemanha e demais países da Europa Continental, em que o controle de constitucionalidade é reservado para um único ou poucos órgãos, havendo assim uma jurisdição concentrada. Por fim, uma jurisdição mista, através da qual se exerce um controle eclético de constitucionalidade, com aspectos do controle difuso e do concentrado, tal como ocorre no Brasil e Portugal.¹⁸⁴

É de se observar, portanto, que as funções do Tribunal Constitucional podem ser desempenhadas tanto no controle difuso quanto no controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, haja vista que, hodiernamente, tem sobressaído na aferição da jurisdição constitucional o aspecto substancial das funções desempenhadas pelo órgão julgador.

5.3 Sistemática de controle de constitucionalidade das normas jurídicas desempenhado na jurisdição constitucional brasileira

Revela-se importante um estudo primário e basilar da sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro de leis e atos normativos, com vistas a uma melhor

¹⁸³ TREMPS, Pablo Pèrez. *Op. Cit.*

¹⁸⁴ CUNHA JR., Dirley da. *Op. Cit.*, p. 434.

compreensão do alcance dos efeitos dele decorrentes sobre as decisões judiciais transitadas em julgado, bem como as conseqüências daí advindas. Não é nosso propósito esmiuçar todos os contornos e problemáticas que envolvem o controle de constitucionalidade brasileiro, mas apenas fixar as hipóteses de cabimento do controle difuso e abstrato de controle de constitucionalidade, mais precisamente da ADIn e ADC, como importante passo para o estudo dos efeitos do controle de constitucionalidade sobre as decisões transitadas em julgado.

Hodiernamente, a verificação da compatibilidade das leis e atos normativos com as normas constitucionais se dá mediante a observância de requisitos formais – respeito às normas do processo legislativo, dispostas nos arts. 60 a 69 da Constituição Federal – e requisitos materiais, onde a verificação dessa compatibilidade se dá mediante aferição do conteúdo da lei ou ato normativo frente às normas constitucionais.

No que se refere às formas de controle de constitucionalidade, temos um controle prévio e repressivo, o qual pode se dar por via de ação ou de exceção. O controle prévio busca impedir que a norma eivada de inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, enquanto o controle repressivo, como o próprio nome sugere, pretende a retirada de determinada norma do ordenamento positivo, quando esta apresentar algum vício de inconstitucionalidade, seja formal ou material.

Vale salientar que o controle preventivo pode ser exercido pelos Poderes Legislativo, através das comissões de constituição e justiça, cuja função primordial é observar a adequação do projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com as normas constitucionais; e Executivo, mediante a faculdade conferida ao Chefe deste Poder de vetar o projeto de lei, aprovado pelo Congresso Nacional, quando entender que o projeto se encontra maculado de inconstitucionalidade.

Além disso, é admitida a possibilidade de controle prévio de constitucionalidade pelo Poder Judiciário quando um parlamentar impetrar mandado de segurança contra ato, por exemplo, do Presidente de Casa Legislativa, na hipótese de haver inconstitucionalidades durante o trâmite de projetos legislativos.¹⁸⁵

¹⁸⁵ Cf. precedente do STF (MS 20257) admitindo controle de constitucionalidade judicial preventivo relativo à violação formal do processo legislativo ordinário. O STF, entretanto, não admite controle jurisdicional em relação a normas regimentais (atos *interna corporis*) do processo legislativo.

Relativamente ao controle repressivo de constitucionalidade, no Brasil, consubstancia-se num controle judiciário ou jurídico no qual a verificação da compatibilidade normativa tem como órgão controlador o Poder Judiciário.

Todavia, essa regra não afasta a possibilidade do controle repressivo pelo Poder Legislativo nos casos de sustação de ato normativo que exorbite do poder regulamentar ou em caso de rejeição de Medida Provisória; e pelo Poder Executivo, quando o Chefe deste determinar, por meio de ato formal e solene, que seus órgãos subordinados deixem de aplicar determinada norma flagrantemente inconstitucional.

No tocante ao controle repressivo concentrado, para nosso estudo, interessa-nos saber que seu objeto são as leis e atos normativos federais, estaduais e distritais incompatíveis com a Constituição, por meio de proposição de ação declaratória de inconstitucionalidade¹⁸⁶, cujo órgão julgador é o Supremo Tribunal Federal, o qual atua como legislador negativo; bem como quais os efeitos decorrentes do julgamento de tal ação.

Há, ainda, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a possibilidade de interposição de ação declaratória de constitucionalidade¹⁸⁷, tão pertinente para nosso estudo quanto a ação direta de inconstitucionalidade.

Tal ação, introduzida no ordenamento jurídico constitucional pela EC nº 03/93, tem como propósito afastar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a constitucionalidade de determinada norma federal, seja porque é objeto de controle difuso, seja porque não é cumprida pelo Executivo.

Além dessas ações, o controle normativo concentrado de constitucionalidade contempla a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, arguição de descumprimento de preceito fundamental, e ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ações estas de que não cuidaremos em nosso trabalho, devido ao pouco interesse na aferição da possibilidade de relativização da coisa julgada frente à Constituição.

E, por fim, há, no nosso atual sistema repressivo de inconstitucionalidade, o controle difuso (via de exceção ou defesa), através do qual dá-se a possibilidade de todo

¹⁸⁶ Cf. art. 103, da CF e lei nº 9.868/99

¹⁸⁷ Cf. art. 102, § 1º da CF e lei nº 9.868/99.

e qualquer juiz ou órgão colegiado¹⁸⁸, para tutelar direito subjetivo específico, aferir a compatibilidade da norma a incidir no caso concreto, com o texto constitucional. Note-se que, neste tipo de controle de constitucionalidade, a ação não tem como pedido a aferição da constitucionalidade de determinada norma, sendo certo que a arguição da invalidade da norma consiste numa questão prejudicial constitucional¹⁸⁹, pois não se apreciará a inconstitucionalidade da norma como pedido principal, mas como condição necessária para se decidir sobre o mérito da ação.

5.4 Efeitos das decisões em sede de controle de constitucionalidade

a) Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade

Muito embora ainda existam vozes discordantes na doutrina, como a de Maria Regina Macedo Ferrari, o STF consolidou entendimento de que a natureza da sentença que afirma a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de determinada norma é declaratória, arrimado no fundamento de que a decisão proferida em sede de ADIn ou Ação Declaratória de Constitucionalidade declara a validade ou nulidade de determinada norma.¹⁹⁰

Teori Albino Zavascki inseriu em seu livro “Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional” voto proferido na ADIn 2, através da qual o Ministro Brossard explicita seu entendimento acerca da natureza da sentença de mérito na ação direta e ação declaratória, bem como sua eficácia temporal. Para tanto, faz um

¹⁸⁸ Interessante destacar que, quanto à aferição da inconstitucionalidade de determinada norma em sede de controle incidental por órgão colegiado, incide a regra inserta no art. 97 da CF/88, conhecida como a cláusula da reserva do plenário, segundo a qual: “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”. Todavia, tal regra foi flexibilizada pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal (*vide* RE nº 190.728), posteriormente positivado na ordem jurídica através do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.756/98, o qual dispõe que ‘os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão’.

¹⁸⁹ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Efeitos da inconstitucionalidade da lei (A questão da repristinação da lei que revogou disciplina legal anterior e que ela própria foi afastada por inconstitucional)**. In Revista ESMAFE. Nº 08, 2004, p. 30.

¹⁹⁰ FERRARI, Maria Regina Macedo. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. São Paulo: RT, 1990, p. 98.

comparativo entre o reconhecimento da nulidade de uma norma e a declaração do joalheiro de que um produto sintético apresentado a exame é um diamante, de forma que, assim como o joalheiro não faz o produto sintético, apenas declara que se trata de diamante, o julgador não constitui uma lei inconstitucional, vindo somente a reconhecer uma situação anterior, preexistente, de nulidade ou invalidade, e, por isso, os efeitos de tal declaração são *ex tunc*.¹⁹¹

Importa destacar que a tese da nulidade da norma inconstitucional, como afirma Teori Albino Zavascki, não fica comprometida com o comando legal previsto no art. 27 da lei nº 9.868/99, pelo qual o STF, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de **segurança jurídica e de excepcional interesse social**, poderá, por maioria de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos dessa declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, uma vez que, ao decidir manter lei inconstitucional por tais razões excepcionais, não declara sua validade, mas sim pondera interesses em conflito, determinando providência menos gravosa ao sistema de direito, ainda que a situação mantida seja ilegítima.¹⁹²

Ainda no que diz respeito à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma abstratamente considerada, resta explicitar que a eficácia da decisão declaratória é subjetiva *erga omnes*, o que implica dizer que irradiará seus efeitos a todos os possíveis destinatários da norma objeto desta decisão.

Além disso, as sobreditas sentenças possuem efeito vinculante, consoante se destaca do art. 28, parágrafo único, da lei nº 9.868/99, pelo qual as autoridades (Poder Judiciário e Administração Pública) que têm o poder-dever de aplicar a norma expurgada do ordenamento positivo submetem-se a sua declaração de (in)constitucionalidade.

Vale salientar que o efeito vinculante, muito embora também seja *ex tunc*, seu termo inicial, ou seja, sua eficácia processual será desencadeada com a sentença que declarou a (in)constitucionalidade, pois não poderia existir força vinculante para os órgãos se não houvesse sentença declarando a nulidade ou validade de determinada norma.

¹⁹¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 49.

¹⁹² *Idem, ibidem*, p. 49/50.

Em sede de controle concentrado podem, ainda, ser deferidos pedidos cautelares, nos termos do art. 102, I, p, da CF e arts. 10 a 12 e 21 da lei nº 9.868/99. Segundo a jurisprudência dominante do STF, o provimento de tutela provisória na ADIn cuida em suspender a eficácia da norma objeto da ação até seu julgamento definitivo, retomando-se a aplicabilidade da norma anterior caso existente,¹⁹³ enquanto na ação declaratória de constitucionalidade, o deferimento da medida cautelar confirma a eficácia da norma, tornando a presunção relativa de constitucionalidade da norma objeto da ação em absoluta até seu julgamento definitivo, o que, de certa forma, suspende o controle difuso, se houver, dessa norma.

Registre-se, todavia, que os efeitos supradelineados não são necessários ou exclusivos, de sorte que o STF pode determinar outras providências que considerar necessárias, com base no *periculum in mora* do provimento definitivo, segundo o poder geral de cautela, decorrente da própria Constituição Federal.¹⁹⁴

Quanto aos seus efeitos, possuem eficácia vinculante *erga omnes*, eficácia temporal *ex tunc*, e excepcionalmente, *ex nunc*.

b) Ação incidental de inconstitucionalidade

Seus efeitos são *inter partes*, ou seja, alcançam somente as partes envolvidas no processo no qual se reconheceu a inconstitucionalidade da norma, através de julgamento de incidente de inconstitucionalidade, com eficácia temporal retroativa.

Todavia, tais efeitos podem ser estendidos para todos os possíveis destinatários da norma reconhecida inconstitucional no julgado concreto, caso este julgado, por meio de recurso extraordinário, seja objeto de julgamento da Corte Superior no qual se confirme a inconstitucionalidade da norma através de juízo incidental, e o STF comunique ao Senado, para que este, discricionariamente, edite resolução suspendendo no todo ou em parte a eficácia da norma inconstitucional, de modo que os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade passam a ter eficácia *erga omnes* e força vinculante.

¹⁹³ STF, Representação 1.356, Ministro Francisco Rezek. Apesar de provisório, tal entendimento traz a possibilidade de repristinação de norma anterior nesse caso.

¹⁹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 64.

Entendemos, portanto, com arrimo na doutrina majoritária, que a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da norma pela resolução senatorial não tem o condão de impingir a esta declaração eficácia *ex tunc*.¹⁹⁵

5.4 Do controle de constitucionalidade dos atos judiciais transitados em julgado: problemática acerca da chamada *coisa julgada inconstitucional*

Hodiernamente, malgrado o embasamento da coisa julgada na segurança jurídica, têm sobressaído questionamentos, no âmbito do Direito Processual Civil Constitucional, acerca da coisa julgada contrária à Constituição, no sentido de que as decisões que apresentem incompatibilidade com as normas constitucionais, e aí se incluindo os princípios, devem ser passíveis de controle de constitucionalidade, ou seja, devem ser desconstituídas.

Defende-se a relativização de tais decisões, ainda que transitadas em julgado, sob o argumento de que a determinação viola alguma norma constitucional, ou ainda como um reflexo do controle de constitucionalidade, o que, por sua vez, também violaria o princípio da isonomia, redundando, em última análise, na violação à justiça, numa visão aristotélica. Nesse passo, é a busca pela justiça que move a proposta de desconstituição da sentença ou acórdão ofensivos da Constituição.

Nesse ponto, merece destaque a afirmação de Paulo da Cunha Costa Otero, no sentido de que o controle dos atos judiciais procura harmonizar os ideais de segurança e os anseios de justiça, ressaltando, todavia, que no Estado de Direito nada é absoluto, principalmente as decisões judiciais. Para ele, absoluto é sempre o Direito ou, pelo menos, a idéia de um Direito justo.¹⁹⁶

Ressalte-se, todavia, o que fora exposto anteriormente sobre o alcance da justiça, e como se torna dificultoso legitimar a desconstituição das decisões transitadas

¹⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. In: **Atualização à obra de Hely Meirelles Mandado de Segurança e outras ações**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 487/488. DIRLEY DA CUNHA JR., malgrado noticie que o posicionamento doutrinário predominante seja no sentido de que tal resolução senatorial não produza efeitos retroativos, adverte que seu entendimento é o de que a resolução produz efeitos *ex tunc* ao reconhecimento da inconstitucionalidade de determinada norma em sede de controle difuso de constitucionalidade, ao argumento de que a resolução do Senado visa a obviar os inconvenientes advindos do sistema americano, tais como a possibilidade de decisões contraditórias.

¹⁹⁶ OTERO, Paulo da Cunha Costa. **Ensaio sobre um caso inconstitucional**. Coimbra: Lex Coimbra Editora, 1993, p. 56.

em julgado sob o argumento de que a sentença injusta é inconstitucional ou vice-versa. Nesse sentido, temos certo que, ao se tentar fazer preponderar a justiça material da parte lesada pela “sentença inconstitucional”, a outra parte igualmente se sentirá lesada pela desconstituição do julgado, em face da segurança jurídica até então presente, sendo o caso de invocar também a falta de justiça. Daí a afirmação do que já retratamos no terceiro capítulo deste estudo: Justiça e Segurança não são interesses contrapostos ou mesmos distintos; ao contrário, no Estado de Direito, esses valores se confundem, haja vista que a justiça só estará garantida quando observada a segurança jurídica. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “de nada adianta falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente.”¹⁹⁷

De outro lado, é impertinente ao tema o termo utilizado para designar a problemática que o circunda: “**coisa julgada inconstitucional**”, propositalmente aposto no título em epígrafe. Há de se fazer uma reflexão em torno dessa metodologia. De fato, o que se pretende não é flexibilizar, desconstituir ou relativizar o instituto da coisa julgada, pois nem mesmo esta pode ser propriamente inconstitucional, mas sim as decisões que pretensamente violem a Constituição.

A nosso ver, é errado dizer “coisa julgada inconstitucional”, pois, em verdade, estará se tratando do instituto da coisa julgada, ou melhor, da qualidade atribuída às sentenças, evidenciando-se, assim, a impropriedade, haja vista que não pode ser inconstitucional o atributo a elas imprimido, mas as sentenças ou acórdão propriamente ditos. José Carlos Barbosa Moreira chegou à mesma conclusão ao advertir que a referida expressão é tecnicamente defeituosa, visto que se pode discutir a incompatibilidade da sentença ou acórdão à Constituição, mas não a sua imutabilidade.¹⁹⁸

Entretanto, em alguns momentos deste texto lançou-se mão da expressão “coisa julgada inconstitucional”, de forma proposital, no sentido de explicar como a problemática vem sendo desenvolvida pela doutrina.

Revela-se oportuno, nesse diapasão, explorar os meandros do tratamento doutrinário conferido a esta tese, assim como os meios de impugnação ou de

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**. Texto extraído do site www.mundojuridico.adv.br, em 18/8/2005.

¹⁹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**. In *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. *Op. cit.*, p. 211.

relativização da coisa julgada, com pontuações do entendimento jurisprudencial para, ao fim, subsidiar nossa posição acerca da controvérsia que se instalou no seio da comunidade jurídica sobre o assunto.

CAPÍTULO VI

DA RELATIVIZAÇÃO DOS ATOS JUDICIAIS TRANSITADOS EM JULGADO CONTRÁRIOS À CONSTITUIÇÃO: POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO PÁTRIO A RESPEITO DO TEMA

6.1 Contribuições doutrinárias ao estudo do tema: considerações iniciais

O presente capítulo se desvela na exposição dos posicionamentos doutrinários acerca da inconstitucionalidade dos atos judiciais. Como se verá a seguir, não faltam argumentos favoráveis e contrários no tocante à possibilidade de se desconstituir ou não as sentenças ou acórdão contrários a princípio ou a regra constitucional, ou mesmo sob a alegação de injustiça da decisão. Nossa tarefa, nesse ponto, consiste em trazer a lume uma síntese das diversas concepções doutrinárias acerca do tema, com a nossa devida pontuação quando se fizer necessária, mais precisamente no momento da exposição dos meios concebidos pela doutrina para sua desconstituição, tendo em vista o objetivo precípuo de justificar a nossa posição ao final.

Cumprido destacar que, neste primeiro momento, será ressaltado o cerne das argumentações dos segmentos da doutrina mais expressivos a respeito do tema, daí que será utilizada uma linguagem mais descritiva, visto que esse ponto se destina a apresentar o tratamento doutrinário conferido à problemática, não havendo lugar, nesta parte, para criticar as concepções dos autores que tratam do tema, razão pela qual deixaremos para fazer nossas reflexões ao final.

Cuidaremos, ainda, de evidenciar os vícios que podem acometer as sentenças e acórdãos, bem assim analisar os meios de impugnação à coisa julgada destacados pela doutrina.

6.1.1 Posicionamentos favoráveis:

a) A Concepção de José Delgado

Defende a desconstituição do julgado contrário as normas constitucionais, dando maior destaque ao princípio da moralidade, além de voltar sua preocupação para as sentenças injustas. Cita, entre outros, os seguintes exemplos: a) a declaratória de existência de preclusão quando esse fenômeno processual inexistente por terem sido falsas as provas em tal sentido; b) a ofensiva à soberania nacional; a contrária aos princípios guardadores da dignidade humana; c) a que autorize a prática da tortura, tratamento desumano ou degradante de alguém; d) a que viole o princípio da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade e da publicidade nas relações de direito administrativo.¹⁹⁹

Entende que esses julgados não terão força de coisa julgada, podendo ser desconstituídos a qualquer tempo, “porque praticam agressão ao regime democrático no seu âmago mais consistente que é a garantia da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição e da entrega da justiça”.²⁰⁰

Nesse contexto, afirma que a coisa julgada é uma garantia constitucional constituindo óbice tão-somente à retroatividade da lei, de modo que a segurança jurídica que informa está subordinada aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo que pode ser afastada para fazer imperar a moralidade, a legalidade e a certeza do justo nas decisões judiciais.

b) A concepção de Eduardo Talamini

Eduardo Talamini, em primoroso trabalho intitulado “Coisa julgada e sua revisão”, realiza um estudo profundo do instituto da coisa julgada, com a preocupação de analisar a questão problemática da “coisa julgada inconstitucional”, consistente na premissa de que a imutabilidade da coisa julgada pode conferir imunidade ao provimento jurisdicional incompatível com valores e normas constitucionais, lastreado principalmente no controle da constitucionalidade das normas jurídicas, a fim de imprimir objetividade à tese em apreço. Pontifica o aludido autor que a

¹⁹⁹DELGADO, José. **Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais.** In Coisa Julgada Inconstitucional. Coord. Carlos Valder Nascimento. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 101-103.

²⁰⁰ *Idem, ibidem*, p.103.

inconstitucionalidade de que pode se revestir a sentença assume sentido amplo, a configurar uma situação inconciliável com as normas constitucionais.²⁰¹

Ele enumera as seguintes hipóteses de sentença (e da coisa julgada) inconstitucional, que, no seu entender, conduzem à nulidade da sentença e a sua possibilidade de rescisão²⁰²: a) sentença amparada na aplicação de norma inconstitucional; b) sentença amparada em interpretação incompatível com a Constituição, c) sentença amparada na indevida afirmação de inconstitucionalidade de uma norma; e d) sentença amparada na violação direta de normas constitucionais ou cujo dispositivo viola diretamente normas constitucionais.

A primeira hipótese se relaciona intimamente com os efeitos do controle de constitucionalidade das normas jurídicas, daí sua preocupação em analisar o art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil pátrio, a ser comentado posteriormente. Segundo o aludido autor, a aplicação da norma inconstitucional, a tornar também a sentença inconstitucional, pode resultar da aplicação de norma já reconhecida pelo sistema como inconstitucional, seja através do controle concentrado, seja através da resolução do Senado, em que se impõem efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, ou ainda, na hipótese de uma norma vir a ser declarada inconstitucional após proferida a sentença revestida pela coisa julgada.

Já a segunda hipótese busca privilegiar os contornos e conseqüências decorrentes da interpretação, no sentido de que a sentença pode guardar dissonância com as normas constitucionais em razão da interpretação que foi conferida ao texto normativo aplicado ao caso resolvido em tal sentença. A terceira hipótese se aproxima de uma espécie de inconstitucionalidade por omissão *in concreto*, conforme chega a afirmar o próprio autor.²⁰³ Por essa hipótese, deixaria de se aplicar a norma constitucional por se entender equivocadamente que esta seria inconstitucional. Diz Eduardo Talamini que seria o caso de violação ao princípio da legalidade, ainda que de forma reflexa. Mas não só. A resistência do julgador em aplicar a norma ao caso concreto pela indevida afirmação de que esta incorre em vício de inconstitucionalidade conduz inevitavelmente à inconstitucionalidade da sentença, pois que esta teve uma

²⁰¹ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 406.

²⁰² *Idem, Ibidem*, p. 422.

²⁰³ *Idem, Ibidem*, p. 409.

norma aplicada, cujo sentido achava-se em desacordo com a Constituição, ou ainda, porque pode levar à aplicação de outra norma, esta sim, inconstitucional.

A quarta hipótese consiste na violação direta de normas constitucionais, a exemplo das sentenças em que se deixa de amparar direito previsto em norma dita auto-aplicável constitucional, ou seja, direito assegurado em normas cuja incidência ou mesmo aplicação independe da integração legislativa pelo legislador infraconstitucional. No mais, Eduardo Talamini menciona ainda a hipótese de a sentença ou acórdão discrepar de algum valor constitucional.

Interessante destacar que o mencionado autor discorda da posição de que a sentença ou acórdão inconstitucional incorre em vício de inexistência ou nulidade absoluta, para afirmar que desses atos jurisdicionais são gerados efeitos com a autoridade da coisa julgada, porém passíveis de rescisão, chegando a diferenciar entre o meio rescisório típico geral (ação rescisória) e os meios rescisórios especiais cabíveis para a rescisão do julgado considerado inconstitucional por se enquadrar numa das hipóteses evidenciadas.

c) A concepção de Cândido Rangel Dinamarco

Cândido Rangel Dinamarco concebe o caráter relativo da coisa julgada como um valor inerente à ordem constitucional-processual, tendo em vista o convívio e a possibilidade de ponderação da coisa julgada com outros valores e normas constitucionais. Registra a preocupação em se harmonizar a segurança jurídica – propiciada pela garantia da coisa julgada – e a justiça e legitimidade das decisões judiciais. Apóia-se na premissa, já aventada por Pontes de Miranda, de que se levou longe demais a noção de coisa julgada.²⁰⁴

Nessa seara, propõe a recapitulação dos pontos difundidos acerca da coisa julgada, da qual se destacam os seguintes pressupostos básicos: a) a imunização dos julgados pela qualidade da coisa julgada condicionada à atuação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade; b) a moralidade administrativa como valor constitucional cuja efetivação configura óbice à autoridade da coisa julgada nos casos

²⁰⁴ Essa expressão se inseriu no contexto das argumentações de Cândido Rangel Dinamarco sem referência bibliográfica. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Coisa julgada inconstitucional**. Org. Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 52).

de julgados extremamente lesivos ao Estado; c) a garantia constitucional ao acesso à justiça (ordem jurídica justa), pela qual se afastam decisões ofensivas à justiça e equidade; e d) o caráter excepcional da relativização da coisa julgada em face da segurança jurídica.²⁰⁵

Para o aludido autor, a idéia da **coisa julgada inconstitucional** é plausível e deve ser aceita por representar a harmonia entre os princípios e garantias previstos na Constituição, sobretudo por implicar o resultado da ponderação entre a exigência de certeza jurídica e a justiça das decisões judiciais, uma vez que “a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios.”²⁰⁶

d) A concepção de Humberto Teodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria

Os autores em apreço partem da premissa de que o princípio da constitucionalidade ou mesmo a exigência de constitucionalidade alcança não só os atos legislativos, mas todos os atos exarados pelo Poder Público, aí se incluindo os atos jurisdicionais. Coloca-se a garantia da supremacia da Constituição como forma de tutelar a segurança jurídica, ao argumento de que as normas constitucionais devem ser respeitadas, e a própria justiça.²⁰⁷

Assim como Cândido Rangel Dinamarco, os autores em destaque enfatizam o caráter relativo da coisa julgada, sob a afirmação de que se institucionalizou o mito da impermeabilidade ou imutabilidade das decisões revestidas pela coisa julgada, mesmo que contivesse vício de inconstitucionalidade. Nesse ponto, enumeram as hipóteses de violação à Constituição por sentença ou acórdão acobertado pela coisa julgada, na mesma linha das hipóteses suscitadas por Eduardo Talamini, já apresentadas.

Invocam a necessidade de se repensar o controle dos atos jurisdicionais, evidenciando-se, nesse contexto, a problemática da **coisa julgada inconstitucional**, na tentativa de conciliar os reclamos da segurança jurídica no Estado de Direito e os ideais de justiça. Nesse ponto, defendem a relatividade do instituto da coisa julgada no sentido mais estrito do termo, uma vez que não aceitam que tal instituto possua sede

²⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 53-54.

²⁰⁶ *Idem, Ibidem*, p. 72.

²⁰⁷ THEODORO Jr., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **Relativização da coisa julgada – Enfoque crítico**. 2ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 159.

constitucional, daí que o teor do art. 5º, XXXVI, da CF teria o objetivo específico de garantir a irretroatividade de lei para prejudicar a coisa julgada, mas não para impor sua intangibilidade.²⁰⁸

Afirmam que a segurança e certezas jurídicas são suficientes para fundar a validade das decisões antijurídicas ou ilegais, mas não o são para fundamentar ou justificar as decisões inconstitucionais, fulcrados nas palavras de Paulo da Cunha Costa Otero, para o qual a segurança jurídica não possui força positiva autônoma capaz de conferir validade aos atos inconstitucionais.²⁰⁹

Fincadas as bases teóricas desses autores acerca da possibilidade de se relativizar a coisa julgada em homenagem ao princípio da constitucionalidade, advertem que o meio empregado não se limita à ação rescisória, visto que esta se destina a rescindir o julgado que contemple vício de legalidade, razão pela qual não se poderiam equiparar os vícios de inconstitucionalidade e legalidade para impor que a coisa julgada inconstitucional se sujeitasse apenas à ação rescisória e ao seu prazo de 2 (dois) anos²¹⁰, chegando a afirmar que:

A decisão judicial transitada em julgado desconforme a Constituição padece de vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a **nulidade**. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é **nula** e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais. Ora, no sistema das nulidades, os atos judiciais nulos independem de rescisória para a eliminação do vício respectivo.

Como se percebe, os mencionados autores atribuem o vício de nulidade absoluto (vício transrescisório) às decisões transitadas em julgado contrárias à Constituição, a possibilitar a provocação do Judiciário objetivando provimento jurisdicional que assegure a desconstituição do julgado anterior a qualquer tempo, sob o pretexto de que fora inconstitucional, sendo certo, ainda, na premissa dos ventilados autores, que o manejo de ação rescisória é aceita por razões de economia processual.

Entendem, outrossim, que a possibilidade de desconstituição da coisa julgada inconstitucional não se restringe às hipóteses cabíveis para a oposição dos embargos do devedor visando à declaração de ineficácia do título executivo contrário à Constituição, malgrado admitam que a introdução recente do art. 741, parágrafo único, do CPC,

²⁰⁸ *Idem, Ibidem*, p. 167-168.

²⁰⁹ OTERO, Paulo da Cunha Costa. *Op. cit.*, p. 169.

²¹⁰ *Idem, ibidem*. p, 171.

corroborar sua tese. Afirmam, assim, a possibilidade de manejo de ação autônoma tendente a reexaminar a coisa julgada, ou melhor, a relação jurídica litigiosa, como resquício da *querela nullitatis*.²¹¹

Por fim, Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria refletem sobre a análise dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade da sentença ou acórdão transitado em julgado. Numa palavra, teria a sentença proferida na ação rescisória, nos embargos do devedor ou na ação anulatória da **coisa julgada inconstitucional**, eficácia retroativa?²¹²

Nesse ponto, discordam de que seja aplicada a mesma sistemática estabelecida para os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos atos legislativos. Condenam essa fórmula matemática, em respeito à exigência de adequação aos fatores que circundam a presente problemática, para afirmar que o reconhecimento da inconstitucionalidade dos atos judiciais não geram efeitos *ex tunc*, mas sim *ex nunc*, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.²¹³

e) A concepção de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina

Muito embora apreciem que a coisa julgada se fundamenta na segurança jurídica, sustentam a inexistência de foro constitucional da coisa julgada (exceto na hipótese de vedação da retroatividade da lei para ofender a coisa julgada), daí seu caráter infraconstitucional e relativo, cabendo ao legislador infraconstitucional dispor sobre as hipóteses em que a coisa julgada pode ser desconstituída.

Afirmam que as hipóteses em que a sentença acolhe pedido inconstitucional são o caso de inexistência do ato judicial. Afirmam que tais sentenças nem sequer transitam em julgado, visto que são proferidas sem possibilidade jurídica do pedido, a evidenciar o exercício do direito de petição e não da ação.²¹⁴

²¹¹ Vale salientar que estas ações serão devidamente analisadas por ocasião da aferição dos meios de impugnação à **coisa julgada inconstitucional**.

²¹² *Idem, Ibidem*, p. 177.

²¹³ *Idem, ibidem*, p. 178-180.

²¹⁴ WAMBIER, Teresa Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Relativização da coisa julgada – Enfoque crítico**. *Op. cit.*, p. 342-343.

Referem que, em face de a declaração de inconstitucionalidade da lei pelo STF em sede de controle concentrado ter como regra efeito retroativo²¹⁵, o reconhecimento da inconstitucionalidade visa a declarar que a lei, em rigor, nunca existiu (existiu apenas aparentemente), ou seja, que ela não chegou a integrar o sistema jurídico²¹⁶, daí que seria desnecessário e desfavorável à parte ajuizar 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 deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art. 495 do CPC, intentar ação de natureza declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação.²¹⁷

Importa notar que os referidos autores defendem a possibilidade de manejo de uma ação declaratória de inexistência dirigida aos julgados fundamentados em lei inconstitucional, por entender que estes, ao se fundamentarem em lei inexistente, também o são (inexistentes), de modo a lhes faltar possibilidade jurídica do pedido.

O curioso é que chegam a defender a interposição de ação rescisória para rescindir o julgado ofensivo a princípio jurídico, à semelhança da hipótese prevista no art. 485, V, do CPC (violação literal a disposição de lei). Numa palavra, a ação rescisória caberia contra a sentença ou acórdão transitado em julgado em que se aplicou princípio que não deveria ter sido aplicado, ou que se afastou princípio que deveria ter incidido.²¹⁸

Sustentam, outrossim, que a ação de investigação de paternidade, nos moldes do direito processual civil atual, produz coisa julgada material, decorrente da improcedência do pedido em razão da não-convicção do juiz do direito com base nas provas produzidas nos autos. Todavia, alertam para a possibilidade de manejo da ação rescisória, com fundamento na interpretação finalística da hipótese do inciso VII do art. 485 (“documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”), no sentido de que a admissão de documento novo, para fins de justificativa da interposição de ação rescisória, desvela

²¹⁵ Conforme visto, o art. 27 da Lei nº 9.868/99 faculta ao STF a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da norma por “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, por decisão de maioria de dois terços de seus membros.

²¹⁶ WAMBIER, Teresa Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. cit.*, p. 343.

²¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 344.

²¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 348.

com muito mais razão a possibilidade de ação rescisória decorrente do surgimento de exame pericial novo.²¹⁹

À luz do exposto, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina não descuram a possibilidade de manejo da ação rescisória para a relativização da coisa julgada, conferindo interpretação mais ampla às hipóteses legais de rescisão do julgado, tal como restou explanado acerca dos julgados que violem os princípios jurídicos e os referentes à ação de investigação de paternidade, cuja improcedência do pedido decorre da falta ou insuficiência de prova do direito alegado. Em verdade, sem afastar essa possibilidade, fazem análise do julgado contrário à Constituição, no sentido de se aplicar a teoria da inexistência da lei declarada inconstitucional, para, sob essa premissa, defenderem a inexistência da sentença ou acórdão fundamentado na lei reconhecida como inconstitucional (“lei” inexistente).

f) A concepção de Alexandre Freitas Câmara

Alexandre Freitas Câmara, assim como os demais acima, defende que o vício de inconstitucionalidade atinge os atos judiciais, sendo, no seu entender, o vício mais grave que pode acometer uma sentença ou acórdão. Nesse contexto, assevera que, conquanto o sistema de controle de constitucionalidade tenha sido estruturado em torno dos atos legislativos e normativos, “é inegável, porém, que uma decisão judicial pode contrariar comando constitucional”²²⁰, valendo-se dos exemplos de decisão ofensiva à Constituição, apresentados por José Augusto Delgado.

Segundo as argumentações do autor em destaque, a relativização da coisa julgada contrária às normas constitucionais se impõe. Defende, a par disso, que a coisa julgada constitui uma garantia constitucional, ou até mesmo, um direito fundamental, não só por ser corolário da segurança jurídica, mas em face de sua expressa previsão no art. 5º, XXXVI, da CF/88, conforme já explanado no capítulo 4 deste trabalho.

Todavia, entende que, assim como os demais direitos e garantias constitucionais, a coisa julgada não é absoluta, ao contrário, pode ser sempre relativizada quando do conflito com outros direitos fundamentais, através da

²¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 351-352.

²²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Relativização da coisa julgada material**. In *Relativização da Coisa julgada – enfoque crítico*. *Op. cit.*, p. 15.

ponderação a que está autorizado o intérprete, ressaltando, por outro lado, que não basta a alegação de que a sentença fora injusta para subsidiar a pretensão ao reexame do que restara decidido. Em suas palavras, “a se admitir isso, estar-se-ia destruindo o conceito de coisa julgada, eis que a parte vencida sempre poderia fazer ressurgir a discussão sobre a matéria já definitivamente decidida, ficando qualquer juiz autorizado a reapreciar a matéria”.²²¹

Mostra-se favorável à relativização da coisa julgada fundamentada na alegação de violação à Constituição, não bastando a mera argumentação de erro ou injustiça. Volta-se para os mecanismos processuais de rediscussão da coisa julgada inconstitucional, aceitando, de pronto, o manejo da ação rescisória com fundamento no art. 485, V, do CPC (violação a literal disposição de lei), ao argumento de que este dispositivo deve ser interpretado de forma teleológica, e não literal, de forma que a rescindibilidade se imporá sempre quando se verificar a violação, pela sentença ou acórdão, de direito em tese²²².

Além da rescisória, não se opõe ao teor do art. 741, parágrafo único, do CPC, nem a sua incidência, nos casos em que houver pronunciamento do STF sobre a inconstitucionalidade de determinada norma, admitindo, ainda, a oposição de exceção de pré-executividade, por se tratar de matéria de ordem pública. Todavia, por a interposição da ação estar adstrita ao prazo de dois anos, bem assim os embargos do devedor e a exceção de pré-executividade só terem lugar no caso de sentenças condenatórias, defende a possibilidade de a parte se valer da *querela nullitatis* visando à declaração de ineficácia do julgado, tal como ocorre nas hipóteses de ausência de citação da parte vencida.²²³ Por fim, entende que se mostra cabível a discussão sobre a constitucionalidade do julgado anterior de forma incidental na nova ação ajuizada, a exemplo de nova ação de investigação de paternidade, nos casos em que no julgado anterior não fora produzida a prova pericial do DNA.

Em síntese, aduz o referido autor que “a ineficácia da sentença inconstitucional transitada em julgado poderá ser reconhecida por qualquer meio idôneo, ou seja, por qualquer meio capaz de permitir que essa questão seja suscitada em outro processo, como questão principal ou como questão prévia”.²²⁴

²²¹ *Idem, ibidem*, p. 23.

²²² *Idem, ibidem*, p. 25.

²²³ *Idem, ibidem*, p. 27.

²²⁴ *Idem, ibidem*, p. 28.

g) A concepção de Francisco Wildo de Lacerda Dantas

Segundo aludido o autor, a coisa julgada consiste numa garantia constitucional, com inspiração no princípio da segurança jurídica, mas não é absoluto, haja vista a possibilidade de sua impugnação através da ação rescisória. Realiza interessante estudo comparativo com o antigo Direito Português, no sentido de explicar o vício que acomete a sentença contrária à Constituição, mais precisamente com a classificação dos vícios da sentença feita no ordenamento português, desde as ordenações afonsinas, das sentenças *nenhumas* e sentenças *algumas*,²²⁵ a serem comentadas adiante,

Segundo seu magistério a respeito da **coisa julgada inconstitucional**, a contrariedade à Constituição envolve a violação às normas-regras e às normas-princípios. Na primeira hipótese, entende que a sentença é rescindível, por violar literal disposição de lei, a se enquadrar na hipótese do art. 485, V, do CPC, seguindo, assim, as lições de Teori Zavascki. De outro lado, entende que, na hipótese de o julgado violar princípio constitucional, a resolução do imbróglio depende da utilização do princípio da proporcionalidade, nomeadamente porque envolve colisão entre o princípio da segurança jurídica e da justiça constitucional, sendo que a impugnação a coisa julgada não se limitaria as hipóteses e prazo da ação rescisória.²²⁶

Defende, nesse ponto, que a relativização da coisa julgada se impõe numa correlação com as sentenças *nenhuma* do direito português, o que seria, na concepção moderna, as sentenças inexistentes, sendo cabível, assim, a ação declaratória da inexistência da relação jurídica, “exatamente a de que tal sentença não se revestiu da autoridade de coisa julgada por ser inexistente”.²²⁷

6.1.2 Posicionamentos contrários ou intermediários

a) A concepção de Araken de Assis

²²⁵ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Op. cit.* 2004, p. 175-180.

²²⁶ *Idem, ibidem* 182-184.

²²⁷ *Idem, ibidem*, p. 183.

Na seara da discussão acerca da relativização da coisa julgada material, como decorrência do controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais, Araken de Assis analisa o art. 471, parágrafo único, e o art. 475, §1º, ambos do CPC, os quais se referem às hipóteses de inexigibilidade do título executivo mediante a oposição de embargos do devedor ou impugnação, respectivamente, em razão do pronunciamento de inconstitucionalidade da lei que subsidiou o título judicial, a serem comentadas de forma mais detalhada oportunamente.

Nesse passo, sua concepção acerca da problemática em apreço gira em torno dos efeitos do controle de constitucionalidade sobre as decisões passadas em julgado. De logo, faz referência ao caráter inquietante dos referidos dispositivos, uma vez que não se predetermina se a declaração de inconstitucionalidade na qual se fundamentou a decisão deve ser anterior ao trânsito em julgado desta, vindo de encontro à premissa de que os vícios dos atos devem lhe ser contemporâneos, e não supervenientes.²²⁸ Apesar de reconhecer que tais dispositivos aludem à hipótese de ineficácia do título executivo a obstar a execução, mas mantêm incólume o julgado, daí que não pode ser reaberta a lide já julgada. O aludido autor adverte para a insegurança jurídica caso a subsistência da coisa julgada fique condicionada à condição resolutiva, consistente na possibilidade de que, mesmo após o trânsito em julgado da decisão, esta deixe de ser passível de execução por ter havido pronúncia de inconstitucionalidade da norma que a fundamentou no Supremo Tribunal Federal.²²⁹

Admite que a possibilidade de oposição de embargos do devedor, com fulcro no art. 471, parágrafo único, do CPC, destinado à execução contra a Fazenda Pública, mostra-se razoável nos casos em que se afigura ofensa ao princípio da isonomia, aproveitando-se das lições de Paulo Roberto de Oliveira Lima, no sentido de que, em situações homogêneas como a do caso de servidores de mesma carreira, um ou alguns recebam, conforme comando judicial transitado em julgado, vantagem prevista em lei, posteriormente declarada inconstitucional, enquanto os demais servidores, que não tiveram a mesma “sorte”, por não terem ajuizado ação ou por terem sido alcançados pela decisão do Supremo acerca da inconstitucionalidade, não recebam tal vantagem. Nos demais casos em que a executada não seja a Fazenda Pública, não vislumbra a necessidade de se nivelar as situações jurídicas intersubjetivas.

²²⁸ ASSIS, Araken de. **Eficácia da coisa julgada inconstitucional**. In *Relativização da coisa julgada*. *Op. cit.*, p. 44.

²²⁹ *Idem, ibidem*, p. 46.

Cumpra notar, por pertinente, que Araken de Assis efetiva sua análise sob a ótica do princípio da segurança jurídica, ponderando que, com a tese da relativização da coisa julgada material contrária à Constituição, “mostra-se flagrante o risco de se perder qualquer noção de segurança e hierarquia judiciária. Ademais, os litígios jamais acabarão, renovando-se, a todo instante, sob o pretexto de ofensa a este ou àquele princípio constitucional.”²³⁰

b) A concepção de José Carlos Barbosa Moreira

Esse renomado autor, em trabalho bastante crítico sobre o tema, assevera que a proposta de “relativização” da coisa julgada repousa em duas premissas divergentes: a de que nem sequer é produzida a coisa julgada nos julgados tidos como inconstitucionais, e a de que, apesar de formalizada a coisa julgada, esta pode ser desconsiderada em razão de sua inconstitucionalidade.

Pontifica, de logo, que não se mostra plausível a tese de que a decisão contrária à Constituição nem sequer produz a coisa julgada, por partir da premissa equivocada de que a coisa julgada, enquanto atributo ou qualidade dos efeitos da sentença ou acórdão, a estes se equipara, pois a impossibilidade jurídica dos efeitos substanciais da sentença acarretaria a impossibilidade de a própria coisa julgada existir. Afirma que o equívoco perpetrado por esta consiste em justamente confundir os efeitos da sentença com a sua característica de imutabilidade, o que não fora acolhido pelo ordenamento brasileiro, nos termos do disposto no art. 467 do CPC.

Invoca, outrossim, que se mostra insuficiente a invocação da injustiça da decisão para se proclamar a sua desconstituição, em face do grau de subjetividade que norteia tal alegação, principalmente porque muito provavelmente as partes vencidas no processo defenderão a injustiça da sentença ou acórdão que resolvera a lide²³¹, subsistindo a controvérsia em torno das decisões que guardam a mácula de contrariar alguma norma constitucional *stricto sensu*, sem a necessidade de se invocar a injustiça ao menos no primeiro plano.

²³⁰ *Idem, ibidem*, p. 36.

²³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material.** In *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico. Op. cit.*, p. 209.

Tece seus comentários em torno da segurança jurídica, atentando, inclusive, para os problemas práticos decorrentes da desconsideração da coisa julgada a qualquer tempo, de modo que chama a atenção para o seguinte caso:

Suponhamos que um juiz convencido da incompatibilidade entre certa sentença e a Constituição, ou da existência, naquela, de injustiça intolerável, se considere autorizado a decidir em sentido contrário. Fatalmente sua própria sentença ficará sujeita à crítica da parte agora vencida, a qual não deixará de considerá-la, por sua vez, inconstitucional ou intoleravelmente injusta. Pergunta-se: que impedirá esse litigante de impugnar em juízo a segunda sentença, e outro juiz de achar possível submetê-lo ao crivo de seu próprio entendimento? O óbice concebível seria o da coisa julgada; mas, se ele pode ser afastado em relação à primeira sentença, por que não poderá sê-lo em relação à segunda?²³²

Nesse contexto, José Carlos Barbosa Moreira alerta para o risco de os litígios se procrastinarem *ad infinitum*, sobretudo quando se coloca como fundamento para a revisão do julgado a alegação de injustiça ou de inconstitucionalidade, tendo em vista que naturalmente a parte vencida não estará satisfeita e dificilmente não defenderá seu caráter injusto, ou mesmo a violação a algum princípio constitucional. Alerta, ainda, para o problema da eternização dos litígios, que vai de encontro à tendência moderna do direito processual civil de celeridade processual.²³³

c) A concepção de Nelson Nery Jr.

Para Nelson Nery Jr., a coisa julgada constitui elemento de existência do Estado Democrático de Direito, porquanto possui fundamento na segurança jurídica, de modo que não se pode conferir à coisa julgada tratamento jurídico inferior, de instituto de direito processual civil regulado por meio de lei ordinária. Afirma, nesse ponto, que, por constituir elemento do Estado Democrático de Direito, não pode ser reduzida sua importância sob o argumento de que a sentença é injusta ou contrária à Constituição, haja vista que

O sistema jurídico convive com a sentença injusta (quem será o juiz *posterior* da *justiça* da sentença que fora impugnável por recurso e, depois de

²³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material.** In Revista Dialética de Direito Processual, nº 22, p. 108-109.

²³³ *Idem, ibidem*, p. 218.

transitada em julgado, fora impugnável por ação rescisória?), bem como com a sentença proferida contra a Constituição ou a lei (a norma, que é *abstrata*, deve ceder sempre a sentença, que regula e dirige uma situação *concreta*.²³⁴

Ele, no entanto, não afasta a sujeição dos atos jurisdicionais ao controle de constitucionalidade, mas defende que esse controle deve ser realizado sob um devido processo legal, mais precisamente através dos expedientes previstos no ordenamento: a saber: recurso extraordinário, recurso ordinário, ação rescisória, embargos do devedor, coisa julgada segundo o resultado da lide e revisão criminal.²³⁵

d) A concepção de Paulo Roberto de Oliveira Lima

Paulo Roberto de Oliveira Lima, na sua obra “Contribuição à Teoria da Coisa Julgada” tece profundas e relevantes considerações em torno do referido instituto, nomeadamente a possibilidade de sua revisão. Aplicando a visão de unicidade do Direito, sustenta que a sentença consiste em ato intelectual do juiz, e não um ato de vontade, razão pela qual nega a força criativa da sentença.²³⁶

Reforça a argumentação de que sua tese não pretende eliminar a coisa julgada, mas sim retirar os excessos de sua utilização. Nesse ponto, defende, assim como José Delgado, que a garantia constitucional se limita à irretroatividade da lei, não afastando a necessidade de que o processo seja organizado, com suas fórmulas e instâncias destinadas a garantir uma sentença tão justa quanto possível, mas há de ter também um ponto final, representado pelo exaurimento das via recursais,²³⁷ razão pela qual ele não partilha da tese da relativização da coisa julgada a qualquer tempo.

Apresenta, assim, a defesa da criação de um remédio jurídico destinado à revisão dos julgados em caso de erro objetivamente aferível, consubstanciado no desacerto entre a incidência da norma e sua aplicação, quando, por exemplo, viola literal disposição de lei na sua aplicação.²³⁸ Sustenta, outrossim, a possibilidade de a parte ajuizar a ação revisional de coisa contrária ao princípio da isonomia como refluxo da

²³⁴ NERY JR., Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 507.

²³⁵ *Idem, ibidem*, p. 508-512.

²³⁶ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Op. cit.*, p. 92-95.

²³⁷ *Idem, ibidem*, p. 114.

²³⁸ *Idem, ibidem*, p.115-117.

preocupação de se uniformiza as decisões judiciais à luz do entendimento pacífico ou majoritário dos tribunais.

e) A concepção de Luiz Guilherme Marinoni

Luiz Guilherme Marinoni tece uma linha de argumentação sob a premissa de que o tema proposto, conforme já evidenciado por nós, envolve uma das maiores tensões no campo da filosofia do Direito: a tensão entre segurança jurídica e os ideais de justiça material. Vislumbra que a problemática proposta visa a alargar o sistema de controle de constitucionalidade existente no Brasil, para admitir o controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais, aí se incluindo as decisões judiciais já transitadas em julgado.

Analisa, de início, os efeitos do controle de constitucionalidade das leis sobre aquelas sentenças que a concretizaram, ou melhor, se a declaração de constitucionalidade de determinada lei pelo STF tem o condão de retroagir para alcançar os casos julgados sob a sua égide, tal como observa Araken de Assis. Nesse ponto, defende a necessidade de se abrandar os efeitos retroativos do controle de constitucionalidade das normas jurídicas em relação às decisões transitadas em julgado, primeiro porque não se pode equiparar o sistema de controle de constitucionalidade das leis com o dos atos jurisdicionais, devendo se privilegiar a segurança jurídica, que até no controle de constitucionalidade das normas pode impor que os efeitos da declaração de constitucionalidade produzam seus efeitos a partir do trânsito em julgado ou de outro momento a ser fixado, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99.²³⁹

Assevera, ademais, apoiado nas lições de Gilmar Ferreira Mendes e Clèmerson Merlin Clève, que a coisa julgada não se sujeita aos efeitos do controle de constitucionalidade das normas jurídicas, configurando um limite aos efeitos retroativos da pronúncia de inconstitucionalidade.²⁴⁰

Argumenta, outrossim, que não se pode confundir a decisão judicial com a lei, para fins de lhe conferir o mesmo tratamento dispensado ao controle de

²³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (A questão da relativização da coisa julgada material)**. In *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. *Op. cit.*, p. 235.

²⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 236.

constitucionalidade das normas jurídicas, sendo a decisão judicial a norma do caso concreto, e não uma mera lei que pode ser declarada posteriormente nula. Nesse passo, mostra-se favorável à utilização da ação rescisória para rescindir o julgado contrário à Constituição, por entender que o manejo da rescisória não decorreria de um efeito automático da declaração de inconstitucionalidade da lei, mas da interpretação finalística do art. 485, V, do CPC.²⁴¹ Defende, todavia, que a ação rescisória não pode ser utilizada como mecanismo de uniformização da interpretação da Constituição. E mais. Defende que

a tentativa de eliminar a coisa julgada diante de uma nova interpretação constitucional não só retira o mínimo que o cidadão pode esperar do Poder Judiciário – que é a estabilização da sua vida após o encerramento do processo que definiu o litígio –, como também parece ser uma tese fundada na idéia de impor um controle sobre as situações pretéritas.²⁴²

Em investigação específica sobre as ações de investigação ou reconhecimento de paternidade, cuja sentença não fora amparada em exame pericial do DNA, MARINONI defende a possibilidade de rescisão do julgado com base nessa “nova prova”, a se enquadrar na hipótese prevista no art. 485, VII, do CPC, que faculta a rescisão do julgado em caso de superveniência de “documento novo”. Por óbvio, ressalta a necessidade de se aplicar o referido dispositivo de forma finalística e sistemática, a possibilitar sua incidência sobre a hipótese, visto que o laudo do DNA não é propriamente novo documento. Entende que o “objetivo do legislador, ao se referir a documento novo, foi o de viabilizar a rescisão no caso de prova de que não se pôde fazer uso, capaz de conduzir a julgamento favorável”.²⁴³

A questão, todavia, resulta mais complexa nos casos em que o trânsito em julgado se deu há mais de dois anos, a impossibilitar o manejo da ação rescisória. Ressalta que, mesmo em casos tais, a segurança jurídica impõe o estabelecimento de prazo para a rescisão da sentença. Assim sendo, com a preocupação de não afastar a importância do avanço tecnológico para a descoberta das relações de filiação, homenageando ainda as especificidades do caso, propõe a alteração do art. 485 do CPC para fazer incluir a possibilidade de cabimento de ação rescisória com base em exame pericial de DNA e a previsão do respectivo prazo. Nesse ponto, sustenta a

²⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 238-239.

²⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 240.

²⁴³ *Idem, ibidem*, p. 243.

desnecessidade de se recorrer à técnica da ponderação de interesses (princípio da proporcionalidade) para se resolver o problema das decisões proferidas nas ações de investigação de paternidade sem a produção do aludido exame, por entender que não se trata de ponderação da coisa julgada material, mas de admitir “que a parte, diante das limitações técnicas da época em que o processo foi instaurado, não teve a oportunidade de demonstrar seu direito”.²⁴⁴

f) A concepção de Sérgio Nojiri

Sérgio Nojiri elabora uma crítica à teoria da relativização da coisa julgada, com fundamento na segurança jurídica. Nesse ponto, assim como em nosso estudo, expõe a segurança jurídica como um elemento intrínseco ao Estado de Direito, sendo a coisa julgada um dos mais expressivos instrumentos de concretização da segurança jurídica.²⁴⁵ Realiza uma apreciação sobre o problema do regresso ao infinitivo, decorrente da possibilidade de se revisar o julgado a qualquer tempo, aliás, sem qualquer critério objetivo.

Pondera o aludido autor que essa ausência de critério objetivo conduz, inclusive, à situação “bizarra” de se poder anular ou revisar a decisão posterior que anulou a anterior, sob o pretexto de que esta padece de inconstitucionalidade sob outro contexto. Alerta, assim, para o problema de que as decisões judiciais resultam da aplicação da norma ao caso concreto através da interpretação, daí que não há nenhuma garantia de que a interpretação das normas no novo julgado proporcione uma decisão mais justa às partes, ou mesmo, mais consentânea com as normas constitucionais.²⁴⁶

Por fim, realiza primorosa reflexão sobre a impossibilidade de se confundir juízo de validade com juízo de justiça, visto que o primeiro decorre da produção da norma por órgão legitimado pelo sistema, enquanto o segundo envolve um juízo de valor, daí que cada um dos indivíduos possui o seu senso de justiça. Desta feita, propaga que a reflexão sobre a justiça admite-se no contexto normativo em discussão, daí que a única justiça que reflete a segurança e certeza indispensáveis ao sistema é a justiça

²⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 244.

²⁴⁵ NOJIRI, Sérgio. **Crítica à teoria da relativização da coisa julgada.** *In* Relativização da coisa julgada – enfoque crítico. *Op. cit.*, p. 316.

²⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 322.

formal, sendo a coisa julgada o meio de realização desta justiça, diga-se de passagem, a única que importa e que se mostra possível pelo sistema jurídico.²⁴⁷

De outro lado, quanto à outra linha de argumentação para se relativizar a coisa julgada, qual seja, o conflito de princípios constitucionais a implicar, por exemplo, a prevalência do princípio da moralidade sobre o da segurança jurídica, argumenta que se deve, de logo, fixar a superioridade do princípio da segurança jurídica, visto que este “constitui o pressuposto, fundamento e função do sistema normativo”²⁴⁸, razão pela qual a coisa julgada reflete a realização e concretização da segurança jurídica, que se confunde com a própria atividade jurisdicional, a impedir a desconstituição dos julgados a qualquer tempo.

6.2 Sentença (ou acórdão) inconstitucional: uma questão de inexistência, invalidade ou rescindibilidade?

Assim como os demais atos jurídicos, as sentenças e acórdãos devem estar em consonância com os requisitos de existência e validade, tanto é que esses atos jurisdicionais devem atender aos pressupostos processuais de existência e validade.

Cândido Rangel Dinamarco,²⁴⁹ ao discorrer sobre os defeitos da sentença, afirma que esta será inexistente quando se mostrar incapaz de produzir os efeitos programados, daí que é passível de ficar acobertada pela coisa julgada, a exemplo da sentença produzida por um não-juiz. Teresa Arruda Alvim Wambier,²⁵⁰ nesta mesma linha, defende que a sentença inexistente nem sequer tem aptidão para transitar em julgado, já que o vício de inexistência ataca a própria formação do ato, de forma que figura no sistema jurídico como ato aparente até quando se declara o vício que o impediu até mesmo de existir.

A invalidade, por seu turno, impõe a desconformidade do ato com a ordem jurídica. Hans Kelsen reflete a questão sob a afirmação de que a norma inferior, *in casu*,

²⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 324.

²⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 325.

²⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3ª ed. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 683.

²⁵⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada – Hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 26-27. Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, as sentenças inexistentes seriam aquelas proferidas nos processos que não preencheram os pressupostos de existência: jurisdição, capacidade postulatória, petição inicial e citação.

a norma de decisão pode contrariar a norma superior.²⁵¹ Há, aqui, uma aproximação de validade com o conceito de existência da norma perfilhado por Pontes de Miranda, para o qual a produção do sistema possui três planos: a saber: existência, validade e eficácia. Segundo Pontes de Miranda, “o plano da existência, em que o fato jurídico, inclusive a regra jurídica como fato é, ou não é; o da validade, em que o fato jurídico vale, ou não vale)=nulo ou anulável); e o da eficácia, que é a irradiação do fato jurídico”.²⁵²

A existência, para Pontes de Miranda, significa a observância dos elementos mínimos do suporte fático, enquanto a validade consiste na ausência de vício que lhe retire a perfeição. Embora o fato exista, ele não é válido, porquanto o suporte fático da incidência apresenta algum defeito, tornando-o deficiente.²⁵³ Para Hans Kelsen, no entanto, não importa esta distinção, haja vista que a validade da norma pressupõe a sua existência. Neste mesmo sentido, afirma Paulo de Barros Carvalho que a validade não é atributo que qualifica a norma, mas sim o vínculo de existência que se estabelece entre ela e o sistema que a produziu.²⁵⁴

Cumprido ressaltar, no entanto, que Hans Kelsen apresenta uma visão peculiar de invalidade. Para ele, a norma válida é apenas anulável, pois se for nula, será inexistente.²⁵⁵ Forçoso destacar, no entanto, que apesar de se entender que a norma nula nem sequer existe, a declaração de invalidade da norma não conduz a afirmação de que ela nunca existiu. Essa assertiva é corroborada com seus comentários sobre “lei” inconstitucional, em que faz a seguinte afirmação: “enquanto não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.”²⁵⁶ Em sendo assim, faz-se necessário que o próprio sistema reconheça a invalidade da norma, para que ela seja expurgada segundo seus próprios critérios, razão pela qual, enquanto o sistema a reconhece como válida, ela existe e não pode ser nula, pois, para Kelsen, seria uma contradição.²⁵⁷

Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, afirma que a invalidade se traduz na nulidade, que, por sua vez, seria a incapacidade de produzir efeitos. A sentença nula

²⁵¹ Repise-se que a norma superior constitui fundamento de validade da norma inferior justamente por prever o seu processo de criação, estabelecendo seu conteúdo.

²⁵² MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 620.

²⁵³ IVO, Gabriel. **Constituição Estadual**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 181.

²⁵⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. cit.* 2004, p. 81.

²⁵⁵ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 296-298.

²⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 300.

²⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 296.

seria eficaz, todavia, até que outro provimento jurisdicional declarasse a sua invalidade, impondo-lhe a sanção de nulidade.²⁵⁸

Essa concepção, em parte, corrobora com a de Pontes de Miranda²⁵⁹, para a qual a invalidade pode gerar o vício de nulidade (nulidade absoluta) ou anulabilidade (nulidade relativa). Em parte, porque Cândido Rangel Dinamarco confunde validade com eficácia. Para nós, importa apenas saber se o vício é de formação do ato ou de conformação do ato à ordem jurídica. É que, a nosso ver, não é um critério sólido afirmar que a nulidade do ato é insanável, enquanto a anulabilidade se convalida. Se assim fosse, o ato nulo seria sempre expurgado do ordenamento, o que não é verdadeiro. Basta ver que o regime de nulidade é influenciado pelo princípio da instrumentalidade do processo e pelo princípio da ausência de prejuízo,²⁶⁰ este, inclusive, positivado na regra inserta no art. 249, §1º, do CPC, segundo o qual o ato nulo não se repetirá, nem se lhe suprirá a sua falta quando não houver prejuízo à parte.

Vale salientar, por pertinente, que a doutrina costuma distinguir os vícios de inexistência e nulidade do vício de rescindibilidade. Diz Pontes de Miranda que a sentença pode ser até nula e ao mesmo tempo rescindível, mas se isso ocorre, necessário se decretar a nulidade primeiro, dado o caráter subsidiário da ação rescisória. Esse autor afirma que o ato anulável²⁶¹ pode ser rescindível, aproximando as noções de anulabilidade e rescindibilidade.²⁶² José Carlos Barbosa Moreira também pensa assim quando afirma que

A condição jurídica da sentença rescindível assimila-se, destarte, à do ato anulável. Os autores que têm construído a rescisória como ação tendente à *declaração da nulidade* da sentença empregam o termo “nulidade” em sentido impróprio; uma invalidade que só opera depois de judicialmente decretada classificar-se-á, com melhor técnica, como “anulabilidade”. Rescindir, como anular, é *desconstituir*.²⁶³

Desta feita, entendemos com maior propriedade nos referirmos ao termo “invalidade” para indicar a sentença em desconformidade com a ordem jurídica, em

²⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 684.

²⁵⁹ Miranda, Pontes de. **Tratado da ação rescisória**. Campinas: Bookseller, 1998, p. 443.

²⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 685.

²⁶¹ CÂNDIDO DINAMARCO (*Op. cit.*, p. 687), a seu modo, afirma que as sentenças não são anuláveis, por se tratar de conceito estranho ao direito processual. Pontes de Miranda também reconhece que, de regra, as anulações não existem no direito processual.

²⁶² MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.*, p. 443-444.

²⁶³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p. 108.

contraposição ao vício de inexistência, que pressupõe a formação apenas aparente do ato. A rescindibilidade, de outro lado, não constitui um vício da sentença, na esteira do pensamento de Teresa Arruda Alvim Wambier. Segundo ela, um dos pontos distintivos entre as sentenças inexistentes e as sentenças nulas se refere ao fato de que as nulas são rescindíveis, enquanto as inexistentes não. Isto não significa, todavia, que a rescindibilidade é um vício da sentença, pois a rescindibilidade da sentença é “a circunstância de o ato, que padece de vício, que se encontra naquele estado defeituoso, poder ser impugnado por meio de ação rescisória”.²⁶⁴

Passadas essas breves considerações acerca dos vícios que podem acometer a sentença, importa dizer que, na seara de discussão acerca da possibilidade de desconstituição da coisa julgada incompatível com a Constituição, os doutrinadores – defensores ou não – divergem a respeito da natureza jurídica da decisão judicial a ser desconstituída. É o caso de inexistência ou de nulidade?

Conforme já explanado, segundo o entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina sobre a lei declarada inconstitucional, esta lei seria inexistente e, portanto, não teria o condão de transitar em julgado a sentença nela baseada, porque igualmente inexistente.²⁶⁵ Paulo Otero, ao se manifestar sobre a problemática do “caso julgado inconstitucional”²⁶⁶, expressa, arrimado no princípio da constitucionalidade, que a validade de qualquer ato do Poder Público reclama sua conformidade com a Constituição, sendo certo que as decisões judiciais incompatíveis com a Constituição são inválidas e, por conseguinte, a coisa julgada daí resultante.

Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria,²⁶⁷ por seu turno, partilham da opinião do referido mestre português de que a “coisa julgada inconstitucional” é inválida, acrescentando que esta invalidade conduziria à total nulidade da decisão judicial, mas, em alguns casos, com eficácia temporal *ex nunc*, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

De fato, tomando como parâmetro o antigo Direito português, tal como fez Francisco Wildo Lacerda Dantas, a invalidade da sentença se assemelha às sentenças

²⁶⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 5ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 209.

²⁶⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel. *Op. cit.*, p. 46.

²⁶⁶ OTERO, Paulo da Cunha Costa. **Ensaio sobre um caso inconstitucional**. Lex Coimbra editora, 1993, p. 56 e ss

²⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; e FARIA, Juliana Cordeiro de. **A coisa inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa Julgada Inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 146

algumas, violadoras de direito subjetivo, enquanto as sentenças inexistentes corresponderiam às sentenças *nenhuma*, aquelas contrárias a direito objetivo.²⁶⁸ Não entendemos, *permissa venia*, assim, sobretudo porque atualmente não se tem dado este tratamento às sentenças. Basta ver que a própria Teresa Arruda Alvim Wambier, uma das maiores defensoras da tese da inexistência das sentenças contrárias à Constituição, afirma que a sentença que não decide pedido feito (*infra petita*) é inexistente, sendo certo que, apesar de violar direito objetivo, não deixa de ofender direito subjetivo, na medida em que deixa de realizá-lo.

A nosso ver, o vício é de invalidade, na esteira do pensamento de Kelsen de que o reconhecimento da invalidade (inconstitucionalidade) da norma se impõe para que ela seja considerada inválida, de modo que, antes disso, não há que se falar em vício de invalidade, daí que a norma produz seus efeitos, *in casu*, a norma de decisão. Esse vício de invalidade, por sua vez, após o trânsito em julgado da decisão se converte em rescindibilidade, aferível na ação rescisória.

Efetivamente, o vício advindo da inconstitucionalidade não impede que os efeitos da “sentença inconstitucional” sejam irradiados, de sorte que a realidade dos fatos, muitas vezes, impõe que, embora pretensamente imbuídos de vício desta espécie, os fatos passados não sejam alcançados, em nome da segurança e certeza jurídicas das relações sociais, o que não se mostra possível caso se considere tal sentença inexistente.

6.3 Nossas reflexões sobre o posicionamento doutrinário acerca do tema

Fixados os comentários sobre o tratamento doutrinário a respeito do tema, urge tecer nossas reflexões. Conforme se pode depreender dos posicionamentos elencados favoráveis à tese do controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais, estes se repousam na premissa de que o julgado merece ser desconstituído ou desconsiderado nos casos em que a sentença ou acórdão apresente alguma incompatibilidade com as normas constitucionais, ou ainda quando redundarem em violação à justiça.

Tomemos, por primeiro, a análise da injustiça das decisões.

²⁶⁸ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Op. cit.*, p.180.

A rigor, se tomado aqui por parâmetro, as noções de justiça material, não se pode dizer que há violação a norma constitucional, eis que a justiça não se refere a uma norma constitucional, seja princípio, seja regra. Como já visto, a justiça material é um valor expressivo do direito, mas não positivado em seus exatos termos. O valor justiça adentra na ordem jurídica como fundamento do princípio da justiça formal, além de informar outros princípios e regras, dos quais se destacam o princípio da isonomia, legalidade, liberdade, dignidade humana, proporcionalidade e segurança jurídica.

Dizer que uma norma é inconstitucional por ser injusta revela uma confusão de planos, visto que a justiça é concebida no seu estado bruto como valor, tanto é que o sistema jurídico não trabalha com os códigos justo/injusto, mas sim com os códigos lícito/ilícito. Vale repisar os pressupostos teóricos delineados nos primeiros capítulos de que a justiça possível pelo sistema jurídico é a justiça formal, não trabalhando necessariamente com a satisfação pessoal de cada indivíduo de que se fizera justiça no processo, aferição essa apenas possível no sistema de consciência e psíquico de cada indivíduo.

No caso da problemática em apreço, observa-se que a justiça material é invocada pela parte vencida para desconstituir o julgado, sendo estreme de dúvidas a subjetividade que norteia tal hipótese, notadamente porque, como o julgado que resolve o mérito, resolve, em regra, interesses contrapostos no processo, cada parte invoca a justiça na decisão, daí a relação de pertinência entre justiça e segurança travada no segundo capítulo deste estudo.

É de se ressaltar, outrossim, que a alegação da injustiça da decisão, conforme noticiado por Nelson Nery Jr., já fora concebida como critério de rescisão do julgado, mais precisamente à época do nazismo. Diz o referido autor que a opção por um modelo de Estado fundamentado na segurança jurídica é uma questão política, podendo, todavia, haver se sustentado em outro princípio, tal como ocorreu na Alemanha, à época do nazismo, onde Adolf Hitler assinou, em 1941, a lei que atribuía poderes ao Ministério Público para que conferisse, no processo civil, se a sentença era justa, caso em que, se entendesse que era injusta, o remédio cabível seria a ação rescisória, daí a constatação de que a exigência de justiça valia como um instrumento de totalitarismo, em face do caráter subjetivo de se afirmar se a sentença é justa ou não.²⁶⁹

²⁶⁹ Cf. Nelson Nery Jr. *Op. cit.*, p. 510.

O curioso é que, apesar de tal previsão, os alemães pouco fizeram uso dessa hipótese de rescindibilidade, ao contrário do que fatalmente ocorre no Brasil, que, malgrado se apóie na segurança jurídica, boa parte da doutrina processualista que se dispõe a falar sobre o assunto defende a relativização da coisa julgada.

É de se observar o caráter arbitrário e subjetivo de se conceber a justiça ou injustiça de uma decisão judicial. Decerto que, na atividade da interpretação, a alegação de injustiça pode redundar no argumento de violação ao princípio da isonomia, por exemplo, tal como explanado por Paulo Roberto de Oliveira Lima, já observado, razão pela qual passamos ao nosso posicionamento sobre a inconstitucionalidade das decisões judiciais.

De pronto, não se afigura razoável contrariar esta tendência hodierna de se colocar as decisões judiciais no centro da berlinda, quando violarem a Constituição. A premissa é importante e em plena consonância com o processo de constitucionalização do Direito, como visto no capítulo anterior. O que se mostra sem razão ou ao menos impróprio é não elucidar todos os aspectos da questão.

De fato, fora delineado ao longo do texto que a segurança jurídica constitui um princípio fundamental do Estado de Direito, indispensável para o bom funcionamento do sistema jurídico. Não se pode olvidar dessa função desempenhada pela segurança jurídica no sistema jurídico, constituindo, inclusive, uma exigência do sistema de consciência de cada indivíduo e no sistema da sociedade como um todo.

Em outra sede, a coisa julgada constitui uma garantia constitucional à segurança jurídica. É através dela que se põe fim ao processo de positivação do Direito. O que dizer, então, se a qualquer momento, podem ser retomadas as discussões já tidas como resolvidas?

Os que defendem a tese da relativização levantam a bandeira da constitucionalidade, sendo que se olvidam da matriz constitucional da coisa julgada, pois, mesmo que não entendam que ela constitui uma garantia constitucional (ou ainda que, apesar de constituir, se dirige apenas ao Legislativo), a coisa julgada encontra arrimo no princípio da segurança jurídica, que é constitucional.

Em sendo assim, o argumento de violação à Constituição não deixa de ser frágil, na medida em que a Constituição abarca princípios e direitos de diversas

categorias, muitas vezes colocados em conflito no caso concreto, o que reclama a análise de diversas outras questões, a exemplo da ponderação de princípios.

Essas foram as nossas reflexões sobre as posições declinadas. Faremos, a seguir, uma análise sobre os meios de impugnação elencados para desconstituir a **coisa julgada inconstitucional**, para, ao final, apontamos os caminhos de resolução da problemática.

CAPÍTULO VII

ANÁLISE DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO AOS JULGADOS TIDOS COMO INCONSTITUCIONAIS

7.1 Embargos à Execução (art. 741, parágrafo único, do CPC) e 475-L, §1º, do Código de Processo Civil: instrumento de impugnação decorrente dos efeitos do controle de constitucionalidade

A respeito dos efeitos do controle de constitucionalidade sobre as decisões judiciais com trânsito em julgado, foi inserido no ordenamento jurídico, por meio da MP nº 1.980-19/2000, o parágrafo único do art. 741 do CPC²⁷⁰, atualmente desmembrado no art. 475-L²⁷¹, §1º, do CPC, conforme o disposto na Lei nº 11.232/2005, que trata sobre a nova sistemática de cumprimento de sentença contra o particular, permanecendo, todavia, a previsão do art. 741, parágrafo único, em relação à sistemática de execução contra a Fazenda Pública, segundo os quais se considera inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal, já trazidos à baila quando da exposição das concepções de alguns doutrinadores sobre o tema.

Revela notar, de logo, que o mentor do projeto que introduziu o art. 741, parágrafo único, do CPC, fora o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, à época Advogado-Geral da União, importando a regra prevista no §79-2 da Lei do Bundesverfassungsgericht, segundo o qual os provimentos jurisdicionais prolatados com base em lei inconstitucional não padecem de execução.²⁷²

Antes de tratar das hipóteses previstas nos mencionados dispositivos, impende destacar que, em consonância com o que já fora imposto e amplamente difundido na doutrina de que a coisa julgada consiste numa qualidade ou atributo de imutabilidade da decisão judicial, não se afigura correto dizer que os dispositivos em destaque visam à relativização ou desconstituição da coisa julgada, ao contrário, esta permanece incólume. Em verdade, o julgado permanece inalterado, com a impossibilidade de se rediscutir o que restara decidido. Tanto é que a própria redação das referidas regras

²⁷⁰ Interessante destacar que, mesmo na chamada terceira onda da reforma do Código de Processo Civil, encabeçada pela Lei nº 11.232/2005, permaneceu a mesma redação de tal dispositivo. Vejamos: art. 741. Na execução fundada em título judicial, os embargos só poderão versar sobre: Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

²⁷¹ “Títulos executivos judiciais consistem em provimentos jurisdicionais, ou equivalentes, que contêm a determinação a uma das partes prestar algo à outra. O ordenamento confere a esses provimentos a eficácia de, inexistindo prestação espontânea, autorizar o emprego dos atos executórios”. (WAMBIER, *Op. cit.*, p. 50).

²⁷² GÓES, Gisele Santos Fernandes. A “relativização da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário)”, In relativização da coisa julgada (coord. Fredie Didier Jr.), Salvador: Edições JusPodivm, 2006, p.150.

impõe que a sua aplicação alcança apenas a eficácia ou a exigibilidade do título executivo condenatório,²⁷³ e não a sua existência ou validade.

De outro lado, apesar de não atacar a coisa julgada ou a decisão em si, mostra-se pertinente o estudo desses dispositivos porque tratam dos efeitos do controle de constitucionalidade sobre os efeitos da própria, cunhados pela decisão judicial. Numa palavra, quando da formalização do título executivo, sua consequência lógica e natural é a produção de seus efeitos, sendo certo que a não-consecução desses efeitos através dos instrumentos previstos no próprio ordenamento não deixa de se tornar fator de insegurança para aqueles a quem a decisão se dirige.

Cumprido ressaltar, ademais, que, conforme explanado por alguns autores, a exemplo de Luiz Guilherme Marinoni, a decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade, ainda que de forma concentrada e com efeitos retroativos, não tem o condão de atingir a coisa julgada formalizada. Com efeito, é preciso partir do pressuposto de que a decisão judicial consiste em norma concreta (norma de decisão), resultado da aplicação e incidência de determinada norma, sendo temerário confundir ou mesmo atribuir às decisões o mesmo tratamento conferido às leis que as subsidiam. Neste mesmo sentido, é o magistério de Nelson Nery Jr.:

À sentença transitada em julgado que eventualmente padeça de vício da inconstitucionalidade não pode ser dado o mesmo tratamento da lei ou ato normativo inconstitucional. Este último é norma de caráter geral, editado de forma objetiva e no interesse geral. A sentença é lei (norma) de caráter privado, editada de forma subjetiva e no interesse particular.²⁷⁴

Cabe observar, portanto, que os atos jurisdicionais não podem ficar atrelados ao controle de constitucionalidade das normas jurídicas. Por certo, tal concepção implica alargar ainda mais o controle de constitucionalidade das decisões judiciais, a possibilitar que a parte vencida intente a desconstituição do julgado com arrimo em violação às normas constitucionais, ou até mesmo à justiça, como dito, o que reclama apreciação em separado de nossa parte.

²⁷³ Vale registrar, por pertinente, que o comando legal em perspectiva se direciona apenas às sentenças que possuem carga de eficácia condenatória, afastando-se, em tese, as sentenças declaratórias, constitutivas e mandamentais. Diga-se em tese, porque tais sentenças podem veicular pedido de condenação do vencido ao pagamento das custas judiciais e de honorários advocatícios, os quais podem constituir título executivo judicial.

²⁷⁴ NERY JR, Nelson. *Op. cit.*, p. 509.

Especificamente sobre o alcance dos efeitos do controle de constitucionalidade das normas jurídicas, não há que se falar, de fato, em efeito automático sobre as decisões transitadas em julgado, a possibilitar que o magistrado, de ofício, declare inexigível o título executivo, mas também é inegável que a parte terá um elemento objetivo para argüir que o julgado é inconstitucional, com arrimo na inconstitucionalidade da lei que o subsidiou.

Assim sendo, não somos tão categóricos em afirmar que a declaração de inconstitucionalidade não traz quaisquer implicações sobre as decisões judiciais, ainda que transitadas em julgado, pois assim se fechariam os olhos para a própria problemática em apreço. Cumpre, pois, analisar as referidas hipóteses legais, na tentativa de fixar os seus contornos à luz da segurança jurídica, nossa preocupação.

Efetivamente, observa-se que os dispositivos em tela têm ampla abrangência, de forma a deles se extrair, ao menos, três hipóteses de ineficácia do título executivo, a saber:

- a) quando o título executivo se fundar em lei ou ato normativo reconhecidos como inconstitucionais em julgamento procedente de Ação Direta de Inconstitucionalidade ou improcedente de Ação Declaratória de Constitucionalidade;
- b) quando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em que se fundamenta o título executivo em execução tiver sido declarada pelo STF em sede de controle difuso;
- c) quando o título executivo advier de interpretação de lei tida por incompatível com a Constituição Federal.

No tocante à primeira situação em apreço, é importante destacar que, mesmo aqueles que defendem a validade de tal hipótese advogam que a aplicação da referida regra impõe o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em sede de controle normativo concentrado de constitucionalidade, cuja declaração tenha eficácia temporal retroativa, haja vista que nos casos excepcionais de eficácia *ex nunc* – art. 27 da lei nº 9.868/99 – os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não alcançarão situações anteriores.

Nesse sentido, é o magistério de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina. Vejamos:

Importante observar-se que só será possível ao executado fazer esta alegação nos embargos, se à decisão que julgou a ação declaratória de inconstitucionalidade se tiverem imprimido efeitos *ex tunc*, em conformidade com a regra geral, não tendo havido decisão com base nas circunstâncias do art. 27 da nova lei, “segurança jurídica” ou “excepcional interesse social”, que autorizam se dê a decisão da ação declaratória de inconstitucionalidade efeito *ex nunc*.²⁷⁵

Teori Zavascki, ao comentar o assunto, afirma que o comando vinculante e *erga omnes* da decisão que trata da validade constitucional da norma configura uma modificação no estado de direito das situações anteriores à data do termo *a quo* da força vinculante desta declaração de inconstitucionalidade, de sorte que, considerando-se a superior autoridade das decisões do Supremo em matéria constitucional, bem como sua aptidão natural para conferir tratamento igualitário em face da Constituição, tal decisão terá eficácia imediata automática, podendo ser invocado, se não for atendido espontaneamente, como fundamento para demandas ou como objeção de defesa, inclusive na via de embargos à execução.²⁷⁶

A respeito da segunda hipótese contemplada pelo parágrafo único do art. 741 do CPC, a primeira indagação corresponde à necessidade de que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, reconhecida pelo STF, em sede de controle difuso, tenha efeitos *erga omnes* e eficácia retroativa. Entretanto, segundo a sistemática positiva do controle de constitucionalidade, a resolução senatorial suspende a eficácia da lei, declarada inconstitucional *incidenter tantum*, atribuindo efeitos *erga omnes*, mas não eficácia retroativa.

Nesse diapasão, tal hipótese, concebida pelo dispositivo em tela, mostra-se descabida, uma vez que não há, no controle difuso, como atribuir eficácia temporal *ex tunc* para a declaração de inconstitucionalidade, razão pela qual esta não alcança situações anteriores. Como já advertido, essa regra fora introduzida no ordenamento jurídico, à semelhança do direito alemão, onde não há o controle difuso de constitucionalidade, o que demonstra a impossibilidade de se aplicar a referida regra em sede de controle difuso, eis que a regra que lhe serviu de modelo assim não contemplava.

²⁷⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; e MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. cit.*, p. 74.

²⁷⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 100/101.

Entender de modo diverso significa conceber que um preceito normativo tido por inconstitucional pelo STF através de julgamento de recurso extraordinário, em que os efeitos da inconstitucionalidade alcançam somente as partes envolvidas no processo, seja expandido a todos os possíveis destinatários da norma, com eficácia retroativa, contrariando-se, assim, o sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil, além de, por óbvio, atentar contra a segurança jurídica em dimensões inimagináveis.

Aqueles que concebem essa hipótese como possível, arrimam-se no valor relativo da coisa julgada, ou seja, que a flexibilização da coisa julgada só depende de critérios. Seria o mesmo que o legislador acrescer o período de propositura da ação rescisória para 3, 4, 5 anos ou “a qualquer tempo”.

Oportunamente, adiantaremos que a coisa julgada, em razão de possuir como princípio fundante a segurança jurídica, recebe a aplicação de suas características e funções. No caso suscitado acima, a função prospectiva do princípio da segurança jurídica impediria a possibilidade de o legislador alterar de tal modo a sistemática da ação rescisória a ponto de implicar um retrocesso social.

Desta feita, o fato de o STF reconhecer a inconstitucionalidade de determinada norma em sede de controle difuso apenas gera a chamada “força de precedente”²⁷⁷, de modo que este entendimento não tem o condão de retirar a eficácia do comando judicial, ante a ausência de um comando vinculante.

Sobre a possibilidade de incidência do art. 475-L, §1º, e art. 741, parágrafo único, ambos do Mandamento Processual Civil, nos casos em que haja manifestação reiterada da jurisprudência do STF a respeito da inconstitucionalidade de determinado preceito normativo, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina demonstram que, não obstante se note marcante tendência no comportamento dos operadores do direito e na jurisprudência de se conferir mais relevância aos precedentes do STF, sobretudo após a criação do instituto da súmula vinculante (art. 103-A - EC 45/2004), não se extraem do sistema argumentos suficientes para se entender que o referido dispositivo deve incidir nos casos em que existem precedentes da Corte Superior.²⁷⁸

²⁷⁷ Muito embora os precedentes jurisprudenciais influenciem no julgamento das decisões judiciais, não possuem autoridade vinculante, a menos que o julgado reiterado do Supremo Tribunal Federal, após votação de 2/3 de seus membros, seja reconhecido como súmula vinculante, conforme art. 103-A da CF/88, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004.

²⁷⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; e MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. cit.*, p. 76.

É de se observar, então, que o legislador deveria, ao menos (se este foi seu intento), submeter a regra do aludido artigo à existência de entendimento pacífico acerca da inconstitucionalidade de determinada norma, inclusive com a edição de súmula vinculante, consagrando tal entendimento com vistas a não ofender (com mais intensidade do que já ofende) o princípio da segurança jurídica.

Quanto à terceira hipótese, revela-se imprescindível delimitar o campo de atuação da aplicação ou interpretação incompatíveis com a Constituição, bem como o órgão competente para tanto.

A interpretação conforme a Constituição corresponde, em linhas gerais, a uma regra de hermenêutica de flexibilização e concretização das normas quando confrontadas com o texto constitucional, em homenagem aos princípios da unidade jurídica e supremacia da Constituição, cujos limites de aplicação acham-se no respeito a disposição literal da lei e à vontade do legislador.

Por outro lado, é cediço que o controle de constitucionalidade de normas no Brasil, seja por via de ação ou exceção, contempla a possibilidade de declaração de constitucionalidade sem redução de texto, no qual o STF reduz o âmbito de incidência do preceito normativo em xeque através da interpretação, de forma a compatibilizar a(s) hipótese(s) da norma com a Constituição vigente.

Com efeito, malgrado ainda exista entendimento diverso, há um consenso na doutrina acerca da distinção entre a “interpretação conforme à Constituição” e a “declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto”, arrimado no principal argumento de que aquela configura uma regra de hermenêutica, a ser utilizada por qualquer juiz monocrático ou Tribunal no exercício de sua jurisdição; enquanto a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, muito embora igualmente possa ser utilizada pelo juiz singular ou Tribunal, em sede de controle difuso, sujeita-se às regras do controle normativo de normas, como exemplo a observância, pelo órgão colegiado, da cláusula da reserva do plenário, prevista no art. 97 da CF, quando do julgamento de incidente de inconstitucionalidade pelo Tribunal.

Nesse sentido, é o magistério de Gilmar Ferreira Mendes. Senão, vejamos:

Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto, na interpretação conforme a Constituição, se tem, dogmaticamente, a declaração

de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.²⁷⁹

De fato, não há como se descurar da idéia de que a interpretação conforme a Constituição se revela presente no controle normativo de constitucionalidade, sobretudo no controle concentrado, quando o STF mantém interpretação da norma compatível com a Constituição, declarando, via de consequência, a inconstitucionalidade da(s) interpretação(ões) desconformes com a Constituição.

Contudo, a interpretação conforme à Constituição se constitui, por natureza, em mecanismo de interpretação, de sorte que, ainda que se confunda com a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, para que o parágrafo único do artigo 741 do CPC (última parte) não enseje um verdadeiro caos faz-se necessário que haja pronunciamento do STF sobre a interpretação compatível com a Constituição da norma em que se funda o título executivo.

É inegável, todavia, que, caso seja essa a interpretação mais correta para a última parte do dispositivo em tela, o legislador disse menos do que almejava, notadamente se levarmos em consideração que, em sede de controle difuso, segundo as lições anteriores acerca do alcance das decisões incidentais de inconstitucionalidade julgadas pelo STF, restariam igualmente necessários os efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.

A pergunta, assim como a resposta, mostram-se bastante intrigantes, haja vista que se deve partir de dois pressupostos. Em um, considerando que a interpretação conforme à Constituição se confunde com a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, ou, ao menos, consiste num princípio situado apenas no âmbito do controle de constitucionalidade; então, tal mecanismo de controle se sujeitará aos comentários já explanados sobre os efeitos das declarações de inconstitucionalidade pelo STF, os quais somente atingirão a eficácia da coisa julgada, tornando inexigível o título executivo, se comportarem eficácia retroativa e *erga omnes*.

No outro, caso se considere que o princípio da interpretação conforme à Constituição é inerente à atividade jurisdicional, podendo ser utilizado por qualquer juiz monocrático ou órgão colegiado, sem necessariamente se tratar de um controle difuso de constitucionalidade, nos moldes legais vigentes no Brasil. O dispositivo em apreço,

²⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 222.

nesses termos, faculta que o juiz da execução possa entender que a sentença, a ser executada, resultou da aplicação ou interpretação de norma incompatível com os princípios e regras constitucionais, comprometendo, de forma absurda, a segurança jurídica.

Araken de Assis, ao comentar acerca da inconstitucionalidade material destes dispositivos, afirma que não há violação à coisa julgada, uma vez que cabe à lei infraconstitucional estabelecer as hipóteses de coisa julgada, bem como as causas de seu desaparecimento. No entanto, ressalta que esse dispositivo não alcançara as situações anteriores à sua edição²⁸⁰, opinião esta que é partilhada por aqueles que defendem o caráter relativo da coisa julgada, no sentido de que pode ser desconstituída a qualquer tempo, caso seja contrária à Constituição.

Muito embora haja esta previsão de constitucionalidade de tais dispositivos, enfatizamos que a letra desse artigo é excessivamente abstrata, sobretudo a sua segunda e terceira partes, que necessitam de malabarismo de interpretação e alteração no sistema normativo de controle de constitucionalidade vigente serem aceitas sem contrariedades, conduzindo a uma inevitável afronta à segurança jurídica, fundamento genuíno do Estado de Direito.

Mesmo tomando como parâmetro a coisa julgada amplamente aceita como uma qualidade ou autoridade da sentença, os dispositivos em destaque aludem à hipótese de ineficácia do título executivo, de forma que a impossibilidade de produção de efeitos jurídicos é da sentença, e não da coisa julgada em si.

De fato, apesar de a sentença ou acórdão continuarem incólumes, uma vez que não podem ser modificados no processo em que foram proferidos ou em qualquer outro processo judicial ou administrativo, à semelhança da prescrição da execução, não se pode olvidar as conseqüências dessas regras jurídicas à segurança jurídica.

Efetivamente, é de se observar que o único dispositivo expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro tendente a flexibilizar a força da coisa julgada aproveitando-se dos efeitos do controle de constitucionalidade está em desacordo com a sistemática do controle de constitucionalidade pátrio, ou, ao menos, não prima pela objetividade necessária às normas jurídicas desse jaez, que podem vir a restringir

²⁸⁰ ASSIS, Araken de. **Eficácia da coisa julgada inconstitucional**. Revista Jurídica, nov., 2002, p. 23.

direitos já acobertados pelo manto da coisa julgada, de forma a evidenciar o desrespeito ao princípio basilar do Estado de Direito: a segurança jurídica.

7.2 Ação Declaratória de Inexistência da coisa julgada

A possibilidade de propositura desta ação, com o fito de desconstituir a **coisa julgada inconstitucional**, tem como principal partidária a autora Teresa Arruda Alvim Wambier.

No decorrer da obra intitulada “O dogma da coisa julgada”, Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Medina afirmam que, partindo-se do pressuposto de que a declaração de inconstitucionalidade em sede de Ação direta de inconstitucionalidade e Ação declaratória de constitucionalidade gera efeitos *ex tunc*, a lei objeto de tal declaração rigorosamente nunca teria integrado o sistema jurídico positivo, pois que colidente com a Lei Maior.²⁸¹

Sustentam, por conseguinte, que as decisões baseadas nessa lei *natimorta* não teriam o condão de transitar em julgado, uma vez que seriam fruto de mero exercício de direito de petição, e não de direito de ação, por lhes faltar uma das condições da ação, qual seja, a de possibilidade jurídica do pedido.

Entendem, portanto, que as decisões judiciais, com base em norma inconstitucional ou em que norma constitucional não incidiu,²⁸² correspondem a decisões inexistentes, e, via de consequência, não teriam o condão de “passar em julgado”.

Desta feita, como as sentenças não fariam coisa julgada, não teriam, na realidade, o que desconstituir, razão pela qual poderia ser declarada sua inexistência, a qualquer tempo, mediante interposição de ação declaratória de inexistência.

Como já adiantamos, não entendemos que ao caso em perspectiva se aplica a teoria dos atos inexistentes, exceto se na sentença não forem observados os pressupostos processuais mínimos para sua constituição, como sentenças proferidas por um não-juiz, ou não subscritas pelo juiz; sentenças desprovidas de conclusão; impossíveis,

²⁸¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; e MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. cit.*, p. 41.

²⁸² Nesses casos, os referidos autores também defendem o cabimento de ação rescisória, com fulcro no art. 485, V, do CPC, sob o argumento de que a não-aplicação de determinada lei, por considerá-la inconstitucional, representa negativa de vigência à lei federal, portanto, violando-a.

explicitadas como aquelas que aplicam direito não contido expressamente, nem implicitamente, no sistema legislativo; sentenças proferidas contra quem não foi parte ou não tinha capacidade de sê-lo; sentenças que contenham absoluta ausência de vontade; e atos em geral não previstos pelo ordenamento jurídico processual.²⁸³

Depreende-se das considerações expendidas que o cabimento da ação em tela não merece acolhida.

7.2 Ação Rescisória

A ação rescisória tem natureza jurídica de ação constitutiva negativa, haja vista que sua procedência gera a desconsideração de sentença transitada em julgado eivada de vícios concebidos nas hipóteses previstas pelo art. 485 do Mandamento Processual Civil. José Carlos Barbosa Moreira defende que a ação rescisória se destina a atacar a sentença rescindível, que não se confunde, a seu ver, com a sentença nula ou inexistente. Afirma, todavia, que, após o trânsito em julgado, a nulidade da sentença se converte em vício de rescindibilidade, de sorte que “o defeito, argüível *em recurso* como motivo de *nulidade*, caso subsista, não impede que a decisão, uma vez preclusas as vias recursais, surta efeito até que seja *desconstituída*, mediante *rescisão*”.²⁸⁴

De modo diverso, entendemos que o vício do julgado é o da invalidade. A rescindibilidade, como o próprio autor adverte, só tem lugar após o trânsito em julgado, isto porque antes a sentença era nula. De fato, os vícios das sentenças podem ser resumidos em vícios de invalidade e de inexistência. A invalidade da sentença, nesse contexto, enquanto não for constatada pelo sistema jurídico, não impede a produção de seus efeitos. A sentença inexistente não chega a produzir efeito, senão aparente, podendo, por isso mesmo, ser ajuizada ação declaratória de inexistência.

A rescisão do julgado se impõe justamente porque ele é inválido, numa correspondência com as sentenças *algumas* do antigo Direito português, explanadas no tópico anterior.

²⁸³ Hipóteses enumeradas por Calmon de Passos (PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 103/104).

²⁸⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11ª ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 107.

Acerca das hipóteses que autorizam a rescisão do julgado previstas no art. 485 do Código de Processo Civil brasileiro, interessa especificamente a hipótese do inciso V do indigitado artigo, a saber: “sentença que violar literal disposição de lei”, uma vez que os autores que defendem o cabimento de ação rescisória para a desconstituição da “coisa julgada inconstitucional”, como Teori Albino Zavascki,²⁸⁵ fulcram-se neste dispositivo.

O referido autor cuida, em seu estudo, em distinguir três hipóteses cabíveis de ação rescisória, com o fito de desconstituir a coisa julgada, a saber: rescisão de sentença contrária à decisão do STF em controle concentrado; rescisão de sentença contrária à decisão do STF em controle difuso; e rescisão de sentença em matéria constitucional não apreciada pelo STF, à semelhança das hipóteses previstas no art. 471, parágrafo único e art. 475, §1º, ambos do CPC.

Relativamente à primeira situação, Teori Zavascki sustenta que a rescisão da sentença se mostra possível, com base no art. 485, V, do CPC, por violação à norma constitucional, uma vez que a decisão do STF, em sede de controle concentrado, tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Nesse passo, o autor assim conclui:

Atendidos os demais pressupostos de admissibilidade da ação rescisória, nomeadamente o da sua tempestividade, a eficácia *erga omnes* e vinculativa da decisão em controle concentrado traz por conseqüência não apenas o cabimento, sob tal aspecto, da rescisória (juízo de admissibilidade), mas também a procedência do pedido de rescisão (juízo rescindente) das sentenças a ela contrárias. Da mesma forma, em novo julgamento da causa (juízo rescisório), cumprirá ao órgão julgador dar ao caso concreto a solução compatível com a decisão tomada em controle concentrado. Pouco importa, para esses efeitos, que o pronunciamento do Supremo, na ação de controle concentrado, tenha surgido após o trânsito em julgado da sentença rescindenda. É que a declaração de inconstitucionalidade e o reconhecimento de constitucionalidade de um preceito normativo têm eficácia *ex tunc*, alcançando, portanto, todas as situações jurídicas anteriores. Também não será plausível invocar o enunciado da Súmula 343²⁸⁶ do STF, que importaria injustificável contenção da eficácia vinculativa da decisão tomada na ação de controle concentrado.²⁸⁷

No que tange à segunda hipótese, mencionado autor entende que pode haver rescisão da sentença contrária à decisão do STF de inconstitucionalidade, em sede de controle difuso, uma vez que se fulcra na autoridade do precedente jurisprudencial do

²⁸⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 134 e ss.

²⁸⁶ Súmula nº 343 do STF: 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.

²⁸⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *op. cit.*, p. 135.

STF, argumento este que utiliza para afastar a aplicação da Súm. 343 do STF.²⁸⁸ Quanto à última situação, esse autor explicita o cabimento de ação rescisória em matéria constitucional, ainda que não haja pronunciamento do STF, com a ressalva de que o acórdão que julgar o mérito da ação rescisória se subordinará ao controle pelo Supremo, por meio de recurso extraordinário.

Ressaltem-se algumas considerações.

O art. 485, V, do CPC, como visto, impõe que haja violação a LITERAL dispositivo de lei, a caracterizar hipótese de que se mostra incontroversa a ofensa a dispositivo legal. O aludido autor, numa concepção mais ampla, adverte que a literalidade da violação à lei ocorre não só quando houver contrariedade às suas disposições explícitas, mas também quando houver desobediência ao sentido inequívoco extraído do comando legal.²⁸⁹

Com efeito, a interpretação do referido dispositivo visa a evidenciar as hipóteses em que a sentença apresente grave ofensa a dispositivo legal, sobretudo porque a hermenêutica moderna não admite a mera interpretação gramatical, filológica ou literal da lei, visto que a norma resulta da atividade construtiva do intérprete, tal como restou advertido no segundo capítulo.

Em coerência, pois, com o exposto, é de se admitir que a aludida hipótese legal de manejo da ação rescisória alude não apenas a ofensa literal a lei, sendo certo que se deve observar o sentido da norma mais expressivo, o que não deixa de ter uma dose de subjetividade, mas entendemos que é a melhor colocação, devendo ser demonstrado, através dos contornos normativos da norma, a sua violação.

Em razão dessa regra da literalidade e dos julgados reiterados sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 343, já evidenciada. A teor da referida súmula, não cabe ação rescisória quando o julgado se fundamentar em lei de interpretação controvertida nos tribunais. Voltaremos depois a ela.

A outra problemática, no âmbito da **coisa julgada inconstitucional**, se refere à abrangência do termo *lei* para abarcar também a Constituição. Entretanto, a ofensa aqui

²⁸⁸ O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no seguinte sentido: "... Entendimento pacificado nesta Corte de que a súmula 343/STF somente se aplica à interpretação controvertida de lei federal, e não quanto ao conflito de regra constitucional, em face da respectiva supremacia jurídica ...". (RESP, Min. Rel. Edson Vidigal, DJU 08.10.2001, p. 161).

²⁸⁹ Entende Teori Zavascki (*op. cit.*, p. 126 e ss.) que a literalidade da violação à lei ocorre não só quando houver contrariedade às suas disposições explícitas, mas também quando houver desobediência ao sentido inequívoco extraído do comando legal.

impõe a norma jurídica, geral e abstrata, seja lei, seja Constituição, sobretudo porque não seria admissível se entender que a rescisória (meio excepcional de desconstituição do julgado) alcança a hipótese de violação à lei infraconstitucional, e não à norma constitucional. A Constituição não deixa de ser lei pelo fato de ser superior.²⁹⁰

Acerca da possibilidade de interposição de rescisória contra julgado contrário à norma constitucional, já chegou o Supremo Tribunal Federal a decidir que a referida súmula não se aplica por imposição da supremacia da Constituição e dos princípios da força normativa e máxima eficácia das normas constitucionais.²⁹¹ Todavia, em julgados recentes, não tem admitido recurso extraordinário contra decisão ou acórdão que não admitem a ação rescisória em sede de matéria constitucional, por entenderem que o recurso extraordinário apenas se mostra cabível quando a questão constitucional se referir à rescisória, e não ao julgado rescindendo. Vejamos a notícia extraída do Informativo nº 436 daquele tribunal:

Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, negou provimento a agravo regimental em que se discutia a possibilidade de aplicação do Enunciado da Súmula 343 do STF em matéria constitucional (“Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”). **Na espécie, a Caixa Econômica Federal - CEF interpusera recurso extraordinário contra acórdão que mantivera decisão que indeferira, por impossibilidade jurídica do pedido, com base na citada súmula, a inicial de ação rescisória, na qual pretendida, sob alegação de ofensa literal de disposição de lei (CPC, art. 485, V), a rescisão do acórdão que condenara a CEF a recompor as perdas do FGTS com os denominados “expurgos inflacionários” — v. Informativo 397. Entendeu-se que a decisão agravada, que mantivera a inadmissão do recurso extraordinário, está em consonância com a jurisprudência da Corte no sentido de que o RE, em ação rescisória, deve ter por objeto a fundamentação do acórdão nela proferido e não as questões tratadas na decisão rescindenda.** Vencidos os Ministros Gilmar Mendes e Ellen Gracie, presidente, que davam provimento ao recurso, por considerar que o RE estaria atacando a questão da aplicabilidade da Súmula 343 em matéria

²⁹⁰ Cf. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Op. cit.*, p. 186.

²⁹¹ Eis o excerto do julgado: “É inaplicável o verbete 343 da Súmula do STF (“Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”) em matéria constitucional, por afronta não só à força normativa da Constituição, mas também ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional, porquanto admitir-se a aplicação da orientação contida no referido verbete em matéria de interpretação constitucional significa fortalecer as decisões das instâncias ordinárias em detrimento das decisões do STF. Com base nesse entendimento, a Turma afastou acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, que não conheceu de ação rescisória ao fundamento de que não houvera indicação expressa do art. 5º, XXXVI, da CF, na petição inicial daquela ação. Ressaltou-se, também, que tal referência é de todo dispensável, quando a ação rescisória tenha por fundamento ofensa ao princípio constitucional do direito adquirido. Agravo regimental provido para, desde logo, conhecer e prover o recurso extraordinário, determinando que o Tribunal *a quo* aprecie a ação rescisória, na qual se invoca, exatamente, a não-violação do direito adquirido”. RE (AgR) 328.812-AM, rel. Min. Gilmar Mendes, 10.12.2002.

constitucional juntamente com a questão de fundo da rescisória, concernente ao FGTS, sendo este o único modo de viabilizar a análise pelo STF da controvérsia acerca da violação à Constituição Federal. AI 460439 AgR/DF, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, 17.8.2006. (grifos nossos)

Com esse julgado, o Supremo Tribunal Federal praticamente inviabiliza o manejo de ação rescisória contra o julgado tido por inconstitucional, a não ser que a ação rescisória seja admitida sem a aplicação da Súmula nº 343 pelo Tribunal *a quo*. Essa situação, no entanto, deve ser afastada porque a matéria tratada não se resume à questão de ordem processual relativa à admissibilidade da rescisória, mas, antes de tudo, a razão de sua admissibilidade, qual seja, a impossibilidade de se aplicar a restrição de que a norma constitucional não seja de interpretação controvertida, em razão do princípio da supremacia da Constituição que não pode ficar à mercê do mesmo tratamento conferido às normas infraconstitucionais. É o formalismo ao extremo.

Vale registrar, outrossim, já que alguns autores defendem o manejo da ação rescisória para rescindir sentença proferida na ação de investigação de paternidade em que não houve produção da prova do DNA, que ação rescisória, a nosso ver, pode ser ajuizada a partir da interpretação teleológica da expressão “documento novo”, a evidenciar a sua finalidade de possibilitar a parte novo julgamento com base em prova de que não dispunha na época.²⁹² Entendemos assim por razões de economia processual quando ainda não transcorrido o prazo para o manejo da rescisória. É que, em verdade, a hipótese se enquadra no conceito da “coisa julgada *rebus sic stantibus*”, configurando uma situação fática que se procrastina (afinal, os pais biológicos terão sempre esta condição), daí que o surgimento da prova do DNA revela uma modificação no estado de direito que permite à parte pleitear nova sentença.

A bem da verdade, não afeitos à tese da relativização da coisa julgada, exceto nas hipóteses excepcionais previstas pelo próprio sistema jurídico, *in casu*, a ação rescisória, não se mostrando razoável entender que esta ação, na hipótese do art. 485, V, do CPC, não abrange a violação à Constituição.

7.3 Ação de nulidade da coisa julgada

²⁹² No caso do exame do DNA, isto se evidencia nos julgados produzidos antes da difusão desta tecnologia, ou ainda, quando não foi possível à parte arcar com os custos da realização desta prova.

Autores como Humberto Theodoro Júnior e Carlos Valder Nascimento apontam a possibilidade de propositura de uma ação independentemente de desconstituição da coisa julgada incompatível com a Constituição, em homenagem ao princípio da supremacia da Constituição.

Asseveram que a coisa julgada contrária à Constituição é nula, de sorte que tal nulidade pode ser argüida a qualquer tempo em ação com esse objetivo. Seria uma espécie de “ação declaratória de nulidade”.

Segundo as proposições da doutrina defensora do cabimento dessa ação, ela teria lugar principalmente para os casos não contemplados no art. 741, par. único do CPC, como violação direta a alguma regra, princípio ou garantia consagrados na Constituição Federal.

Opinião esta partilhada por Eduardo Talamini,²⁹³ que, embora defenda a oposição de embargos do devedor como resolução para “a coisa julgada inconstitucional”, admite que em casos-limite, como ações declaratórias ou constitutivas (as quais não comportam processo de execução), é possível a desconstituição da coisa julgada, mesmo após decorrido o prazo da ação rescisória, quando violar a Constituição, em decorrência da aplicação de valores constitucionais ponderados segundo critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Nesse contexto, há forte tendência na doutrina pátria de se considerar o vício de inconstitucionalidade da coisa julgada como resquício da *querella nullitatis insanabilis*, que enseja a possibilidade de ação declaratória de nulidade insanável, sem a sujeição a prazos prescricionais ou decadenciais.

Carlos Valder Nascimento, ao comentar a aplicação do instituto da *querella nullitatis* ao caso em tela, afirma que

Não há como (...) convalidar sentença nula, notadamente contaminada pelo vício de inconstitucionalidade que não subordina sua desconstituição ao manejo de rescisória. De fato, essa é a regra que prevalece no direito brasileiro, o que possibilita recorrer-se à ação de impugnação autônoma, tanto quanto a de incidente de embargos à execução.²⁹⁴

Sobre a *querella nullitatis*, há muitas controvérsias sobre sua origem. Como colocado anteriormente, Calamandrei defende que remonta ao direito estatutário

²⁹³ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 79 e ss.

²⁹⁴ NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Op. cit.*, p. 25.

italiano, sem precedentes no direito romano. Há quem diga que seu surgimento se deu no direito canônico. Todavia, nos aspectos históricos da coisa julgada noticiados por Eduardo Talamini se observa que os primeiros passos da *querella nullitatis* se deram no direito comum canônico.²⁹⁵

Ela surge como resposta à exigência de um remédio processual para anular sentença com erro menos grave (*sanabilis*) ou com erro mais grave (*insanabilis*), mas acabou praticamente sendo extinta na maioria dos ordenamentos, com a evolução da teoria recursal. Alexander dos Santos Macedo, no entanto, defende a subsistência da *querella nullitatis* no direito brasileiro, na hipótese do art. 741, I, do CPC, quando o revel não citado poderá interpor, a qualquer tempo, a ação declaratória de nulidade no processo – querela de nulidade – no juízo que tiver processado e julgado a ação anterior.²⁹⁶

De fato, admitindo a possibilidade de propositura de ação declaratória de nulidade de sentença, eivada de vício de inconstitucionalidade, a qualquer tempo, não há como se descurar da idéia de que se trata de resquício de querela de nulidade, mas com algumas peculiaridades.

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, por seu turno, propõem que a ação de desconstituição da “coisa julgada inconstitucional” não tenha efeito retroativo, em nome da segurança jurídica. Nesse sentido, afirmam:

A atribuição de eficácia apenas *ad futurum* às decisões que versam sobre a inconstitucionalidade de determinado ato, inclusive a *res iudicata*, é uma técnica que se destina a ‘atenuar notavelmente a contraposta doutrina da eficácia *ex tunc*, ou seja, de retroatividade’, permitindo ‘graduar progressivamente a efetividade da Constituição sem o preço de uma comoção social a cada novo escalão’. E aludida técnica há de ser aplicada ‘principalmente naquelas hipóteses em que uma lei tenha sido, por muito tempo, pacificamente aplicada por todos e sua nulidade pode ocasionar graves repercussões sobre a paz social, ou seja, sobre a exigência de um mínimo de certeza e estabilidade das relações e situações jurídicas’.²⁹⁷

Todavia, a admissibilidade de interposição de ação desse jaez coloca em risco o princípio da segurança jurídica, inegavelmente aplicável ao caso em tela. Por outro

²⁹⁵ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 218-219.

²⁹⁶ MACEDO, Alexander dos Santos. **Da Querella Nullitatis Sua subsistência no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

²⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; e FARIA, Juliana Cordeiro de. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Op. cit.*, p. 164.

lado, teria este princípio prevalência sobre a supremacia da Constituição, ou sobre outro princípio ou regra constitucional, mitigados em alguns casos?

De fato, atualmente tem se colocado como argumento para a se admitir o manejo de ação de nulidade do julgado, como resultado da ponderação dos princípios da segurança jurídica e da supremacia da Constituição, razão pela qual o próximo tópico se dedica a este ponto.

7.5 A desconstituição do julgado como decorrência da aplicação do princípio da proporcionalidade (colisão dos princípios da supremacia da Constituição e da segurança jurídica)

Em razão de os princípios possuírem caráter multifuncional com vários graus de concretização, sua convivência na ordem jurídica, muitas vezes, implica ocorrências de conflitos, nos quais se permite o balanceamento de interesses mediante aferição do peso de cada um deles.

Especificamente sobre a possibilidade de desconstituição da coisa julgada “quando contrária à Constituição”, a aferição a respeito da colisão de princípios faz-se necessária, sobretudo porque tal problemática, como visto, envolve a aplicação dos princípios da supremacia da Constituição e da segurança jurídica.

Sobre tais princípios, nota-se, a partir dos comentários efetuados no tópico anterior, que configuram princípios constitucionais de ampla aplicação. O princípio da supremacia da Constituição, como explanamos, revela que a Constituição se encontra no topo da escala normativa, constituindo fundamento de validade para as demais normas jurídicas surgidas após sua promulgação ou por ela recepcionadas; ao passo que o princípio da segurança jurídica, nos termos aqui delineados, constitui o fundamento do Estado de Direito, da ordem jurídica, e, por conseguinte, do instituto da coisa julgada, uma vez que esta preza pela estabilidade das decisões judiciais, ou seja, a segurança jurídica consiste num verdadeiro sobreprincípio, de fundamental importância para os sistemas jurídicos dos Estados de Direito.

A tarefa de solucionar o embate entre os princípios em perspectiva revela-se animadora, eis que, como vimos, são variadas as hipóteses de relativização da coisa

julgada, incompatíveis com a Constituição, sem que haja uma preocupação de racionalizar tal procedimento. Além das hipóteses destacadas do art. 741, parágrafo único, do CPC, e correlato, os doutrinadores defendem a desconstituição da coisa julgada quando violar alguma regra ou princípio constitucional, independentemente de pronunciamento do STF sobre a questão, apontando expedientes processuais cabíveis para tal desconstituição.

Daí a relevância do posicionamento de que não há como mitigar o princípio da segurança jurídica como regra geral, nessas e naquelas hipóteses, a exemplo ainda da hipótese legal, consubstanciada na lei nº 9.868/99, pela qual, por razões de SEGURANÇA JURÍDICA, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade podem ser restringidos, não alcançando situações anteriores. Portanto, esses efeitos impossibilitam a aplicação de tal dispositivo aos títulos fundados em lei inconstitucional em sede de controle concentrado.

A colisão de princípios não conduz à eliminação de um deles, vez que não impede sua coexistência. No entanto, no sistema jurídico não é possível a incidência de normas conflitantes para um mesmo substrato fático, razão pela qual o conflito desse jaez reclama igualmente uma resolução.

Nesse diapasão, importante trazer à colação o magistério do mestre alemão Robert Alexy:

Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según outro principio, está permitido – uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido ao principio desplazado ni que em el principio desplazado haya que introducir una clausula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio com mayor peso.²⁹⁸

²⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89. Tradução livre: “Quando dois princípios entram em colisão – tal como é o caso quando segundo um princípio algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido – um dos princípios tem que ceder ante o outro. Mas, isto não significa declarar inválido o princípio desprezado, nem que o princípio desprezado tenha que introduzir uma cláusula de exceção. De certo, o que sucede é que, diante de certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Diante de outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e que prima o princípio de maior peso”.

Quando os princípios entram em colisão – tal como é o caso quando segundo um princípio algo está proibido, está permitido – um dos princípios tem de ceder ante o outro. Mas isto não significa declarar inválido o princípio desprezado, nem que o princípio desprezado tenha de introduzir uma cláusula de exceção. Decerto, o que sucede é que, diante de certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Diante de outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e que prima o princípio de maior peso.

A relação de precedência condicionada, destacada pelo referido autor, caracteriza-se segundo a seguinte fórmula:

(P1 P P2) C , onde P1 e P2 significam os princípios em conflito, enquanto P configura o símbolo de relação de precedência e C as condições em que um princípio precede ao outro.²⁹⁹

Depreende-se da doutrina alemã que a solução depende da análise das circunstâncias do caso concreto, através da ponderação de cada princípio, decomposto em adequação, necessidade da ponderação e proporcionalidade em sentido estrito (máxima da proporcionalidade).³⁰⁰

José Augusto Delgado, por sua vez, afirma que o intérprete do direito, ao se deparar com um conflito entre os princípios da coisa julgada e outros princípios constitucionais, deve averiguar a solução pela aplicação do subprincípio da proporcionalidade, conduzindo a uma solução justa e ética.³⁰¹

Todavia, em que pese a relevância desse argumento, inclusive já utilizado por nós em outras oportunidades, urge tecer alguns comentários acerca da ponderação de interesses e se esse método, máxima do princípio da proporcionalidade, atinge o fim colimado por aqueles que defendem a relativização da **coisa julgada inconstitucional**.

A ponderação de princípios se fundamenta na noção de otimização, na qual a adequação decorre da análise do factualmente possível, observando-se qual medida apresentada pelos princípios se mostra a mais idônea; pela necessidade, impõe-se que a

²⁹⁹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 92 e ss. (tradução livre).

³⁰⁰ Este autor prefere a expressão máxima da proporcionalidade, endossada por nós.

³⁰¹ DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Op. cit.*, p. 114.

medida escolhida seja a menos gravosa para os demais princípios em colisão; e, por fim, a proporcionalidade ou ponderação em sentido estrito implica a análise da otimização de cada princípio e seu nível de interferência no caso concreto.³⁰²

Jürgen Habermas, por sua vez, apoiado na doutrina de Dworkin, entende que “princípios e regras não têm estrutura teleológica. Eles não podem ser entendidos como preceitos de otimização – conforme é sugerido pela “ponderação dos bens” nas demais doutrinas metodológicas –, porque isso suprimiria o seu sentido de validade deontológica”³⁰³

Contrariando Robert Alexy, Jürgen Habermas tece crítica à ponderação de interesses, entendendo-a como uma jurisprudência de valores, no sentido de que a ponderação de princípios descaracteriza seu aspecto deontológico³⁰⁴, uma vez que a ponderação apenas se presta para sopesar valores, pelos quais se “determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros.”³⁰⁵

De fato, como alertado por Daniel Sarmiento, a técnica da ponderação de interesses não deixa de se submeter a algumas críticas, notadamente pela sua insuficiência metodológica e pela ampla discricionariedade conferida ao julgador.³⁰⁶

Outra não é a opinião de Araken de Assis:

Aberta a janela, sob o pretexto de observar equivalentes princípios da Carta Política, comprometidos pela indiscutibilidade do provimento judicial, não se revela difícil prever que todas as portas se escancararão às iniciativas do vencido. O vírus do relativismo contaminará, fatalmente, todo o sistema judiciário. Nenhum veto, *a priori*, barrará o vencido de desafiar e afrontar o resultado precedente de qualquer processo, invocando hipotética ofensa deste ou daquele valor da Constituição. A simples possibilidade de êxito do intento revisionista, sem as peias da rescisória, multiplicará os litígios, nos quais o órgão judiciário de 1º grau decidirá, preliminarmente, se obedece, ou não, ao pronunciamento transitado em julgado do seu Tribunal e até, conforme o caso, do Supremo Tribunal Federal. Tudo, naturalmente, justificado pelo

³⁰² MEYER, Emílio Peluso Neder. **O caráter normativo dos princípios jurídicos**. Texto extraído do site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8126>, em 10.7.2006.

³⁰³ HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 258.

³⁰⁴ Diz HABERMAS que “a validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos. Ao passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim)”. (HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 317).

³⁰⁵ *Id Ibidem*, p. 316.

³⁰⁶ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 147/148.

respeito obsequioso à Constituição e baseado na volúvel livre convicção do magistrado inferior. Por tal motivo, mostra-se flagrante o risco de se perder qualquer noção de segurança e de hierarquia judiciária. Ademais, os litígios jamais acabarão, renovando-se a todo instante, sob o pretexto de ofensa a este ou àquele princípio constitucional.³⁰⁷

Registre-se, outrossim, que, malgrado existam críticas dirigidas à ponderação de interesses, ela vem sendo utilizada indistintamente pelo Poder Judiciário brasileiro, principalmente porque busca privilegiar as particularidades do caso concreto.

Como já demonstrado no segundo capítulo, a ponderação de interesses não é critério satisfatório para distinguir a aplicação dos princípios das regras, visto que o sopesamento pode se evidenciar nos enunciados hipoteticamente formulados a partir da interpretação,³⁰⁸ daí que a invocação da ponderação de princípios ou mesmo valores, a fim de viabilizar a desconstituição das decisões judiciais passadas em julgado contrárias a preceito constitucional a qualquer tempo, não fornece elementos seguros para resolver a problemática.

Ademais, se a máxima da proporcionalidade impõe que o princípio prevalecente na resolução do caso concreto seja aquele que menos traga prejuízo aos demais, é fato que se não se pode defender, de pronto, a desconstituição do julgado a qualquer tempo, uma vez que fatalmente o princípio da segurança jurídica seria aniquilado no determinado caso concreto. Assim sendo, a medida que melhor se coaduna com a proporcionalidade é admitir uma ação com prazo certo e determinado, ou seja, a ação rescisória.

Essas ilações se mostram pertinentes para afastar, neste estudo, a ponderação de interesses como o método seguro de resolução da problemática que ora se apresenta. Deixá-la ao alvedrio das circunstâncias do caso concreto torna inegável o aumento do subjetivismo numa questão complexa da desconstituição *a qualquer tempo* das decisões transitadas em julgado por invocação de ofensa a norma constitucional, seja ela princípio, seja regra; sobretudo quando tudo isso envolve necessariamente a interpretação, entendemos que há uma bruta violação à segurança jurídica.

Ainda se faz oportuno destacar que a ponderação de princípios reclama necessariamente a idéia de que não há uma constatação prévia e abstrata de que um é superior ao outro, ou seja, a ponderação é entendida como uma medida legítima porque

³⁰⁷ ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Jurídica*, nov., 2002, p. 12.

³⁰⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.* 2005, p.

a priori os princípios estão no mesmo patamar. Entretanto, tal premissa não pode ser aplicada sem reservas para o caso dos princípios da supremacia da Constituição, isonomia, entre outros, eis que todos estes decorrem da segurança jurídica.

De fato, de todo o exposto na primeira parte deste estudo, sobretudo no capítulo que toca ao estudo das bases teóricas da segurança, resta incontestado que o Estado de Direito nelas se fundamenta, de modo que de todos os elementos que compõem esta forma de Estado, e aí se destaca a supremacia da Constituição, eis que o fenômeno do Constitucionalismo decorre justamente da teorização do Estado de Direito ou Estado Constitucional, sobreleva-se o princípio da segurança jurídica como a *ratio* da existência dos demais princípios estruturalmente disseminados.

Por outro lado, é inegável que a problemática complexa que envolve a *res iudicata* contrária à Constituição Federal apresenta resolução jurídica no âmbito jurisdicional, uma vez que tanto no aspecto legal como no sociológico já se observa o ajuizamento de demandas com tal intento, destacado no capítulo anterior, vindo a ser um problema de ordem sistêmica cuja solução ou, ao menos, os possíveis caminhos para tal solução devem ser extraídos do próprio sistema jurídico.

CAPÍTULO VIII

DA PRESERVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO INCONSTITUCIONAL EM FACE DA SEGURANÇA JURÍDICA, PRINCÍPIO NUCLEAR DO SISTEMA JURÍDICO: NOSSA POSIÇÃO

8.1 O princípio da segurança jurídica no sistema jurídico: estabilização das comunicações normativas

Efetivamente, tomando como parâmetro a decisão judicial proferida com base em lei posteriormente tida como inconstitucional, percebe-se, na proposta da desconstituição da “coisa julgada inconstitucional”, a alteração dos códigos do sistema jurídico já firmados em dados obtidos do ambiente, haja vista que a decisão judicial reflete tais operações internas do sistema.

Como visto, a extensão da coisa julgada no tempo se trata de um dos pontos mais polêmicos do direito processual constitucional, sendo certo que o sistema jurídico

não apresenta uma resposta exata para tal problemática, daí que correntemente os magistrados e Tribunais que se deparam com a aludida contenda fazem uso da ponderação de interesses, com o fim de resolver a problemática que se coloca caso a caso.

No capítulo anterior, procuramos debater acerca da ponderação de interesses, no sentido de que a relativização da coisa julgada envolve, em última análise, o balanceamento dos princípios da supremacia da Constituição e da segurança jurídica. Todavia, é força reconhecer que o princípio da supremacia da Constituição, na conjuntura do Estado de Direito em que é preconizado, resulta do abalçamento do princípio ou mesmo valor da segurança jurídica, vindo a colocar em xeque a racionalidade de tal ponderação, de sorte que, em suma, o que se apresenta é o argumento do conflito de valores que envolve a segurança jurídica e a justiça. Entretanto, como já elucidado, a justiça e a segurança são interdependentes na esteira do pensamento político-jurídico moderno.

Convém repisar, no entanto, que, em nome da justiça, supremacia da Constituição, isonomia, entre outros, propugna-se a necessidade de flexibilização do Direito, a fim de adequá-lo às novas realidades sociais ou mesmo às novas concepções alardeadas pelo próprio Direito. Gustavo Sampaio Valverde chama atenção para as lições de Tércio Sampaio Ferraz, no sentido de que tais problemáticas decorrem da aplicação de regras de calibração do sistema, as quais funcionam como um “termostato”, para não aceitar as decisões transitadas em julgado tendentes a violar valores, como justiça, igualdade, proporcionalidade, entre outros.³⁰⁹

Profetizam os setores da doutrina e jurisprudência favoráveis à relativização da coisa julgada em desconformidade com a Constituição que a decisão flagrantemente ofensiva de valores como a justiça conduz à sua inconstitucionalidade, e, portanto, a sua invalidade.

Propugnando opinião contrária, Gustavo Sampaio Valverde reitera sua preocupação com a invocação de valores como recurso para a relativização da coisa julgada, sobretudo porque será sempre uma decisão judicial que delimitará se a coisa julgada fora formalizada em desconformidade com a Constituição, fazendo, portanto, uso da linguagem, onde não se pode dar um único sentido às palavras existentes na Constituição. Afirma, outrossim, que “é quase sempre impossível se pretender balizar a

³⁰⁹ VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Op. cit.*, p. 147.

validade das decisões judiciais pelo recurso à suposta injustiça, imoralidade, falta de razoabilidade ou de proporcionalidade etc. Essas palavras, com a utilização que lhes dão a doutrina e jurisprudência acima referidas, não passam de lugares-comuns voláteis e, por isso mesmo, altamente agregadores e produtores de consenso, que pouco acrescentam em termos de redução de complexidade no processo de tomada de decisão”.

Acrescentou, ainda, que o próprio Humberto Theodoro Júnior (como visto, um dos mais expressivos defensores da relativização da coisa julgada inconstitucional), afirma na sua obra “A coisa julgada e a rescindibilidade da sentença” que,

ao instituir a coisa julgada, o legislador não tem nenhuma preocupação de valorar a sentença diante dos fatos (verdade) ou dos direitos (justiça). Impele-o tão-somente uma exigência de ordem prática, quase banal, mas imperiosa, de não mais permitir que se volte a discutir acerca das questões já soberanamente decididas pelo Poder Judiciário. Apenas, portanto, a preocupação de segurança nas relações jurídicas e de paz na convivência social é que explica a *res judicata*.³¹⁰

À luz de tais reflexões, observa-se que a problemática em apreço implica necessariamente a tomada de decisões no sistema, tanto aquela que se busca desconstituir quanto a própria decisão judicial que efetivamente a desconstitui. Assim sendo, interessante delinear o papel dos Tribunais no sistema jurídico.

8.2 O papel dos tribunais no sistema jurídico e a construção judicial do Direito

O sistema jurídico tem como função precípua garantir a estabilização de expectativas normativas, através da reprodução de seus próprios elementos, evidenciando a segurança jurídica, sem que, com isso, o sistema jurídico se isole, ao contrário, ele se vale das influências dos outros subsistemas da sociedade, com a particularidade de o fazer por meio de suas referências internas.

Observa-se, portanto, que os demais subsistemas compõem o ambiente do sistema jurídico, cuja abertura cognitiva se mostra possível. Registra Celso Fernandes

³¹⁰ *Idem, Ibidem*, p. 159.

Campilongo que o sistema jurídico, ao trabalhar a complexidade da sociedade moderna, torna suas operações duplamente contingentes:

da perspectiva intra-sistêmica, o direito positivo é contingente em face das incontáveis possibilidades de direito descartadas no processo de sua seleção; da perspectiva intersistêmica essa contingência decorre do fato de que a seletividade dos outros subsistemas é invisível para o sistema jurídico e vice-versa.³¹¹

De fato, o sistema jurídico, assim como os demais sistemas, seleciona as informações obtidas no ambiente, sendo que sempre as observando mediante duas estruturas internas, ou seja, através de códigos próprios, de forma que, uma vez adentrada no sistema jurídico, a informação passa a ser concebida do ponto de vista estritamente jurídico, não mais se identificando com sua roupagem originária. De certa forma, “as seleções do sistema jurídico são dependentes, incertas e arriscadas”, mas “no interior de cada sistema criam-se estruturas comunicativas que procuram transformar essas incertezas em certezas aparentes”³¹², sendo este, portanto, o papel atribuído aos tribunais pelo sistema jurídico, a refletir, assim como Kelsen, a construção judicial do Direito.

Acerca da construção judicial do Direito pelos tribunais no sistema jurídico, importante destacar ainda o magistério de Niklas Luhmann:

(...) Assim surge por intermédio da atividade sentenciadora dos Tribunais um Direito judicial (*Richterrecht*), que, no decorrer da sua reutilização constante, é, em parte, condensado, isto é, formulado com vistas ao reconhecimento (*Wiedererkennung*), e, em parte, confirmado, isto é, visto como aproveitável também em outros casos (*Sachlagen*). (...). Por essa razão, podemos compreender essa norma fundamental dos Tribunais (*Gerichtsbareit*) como o *paradoxo da transformação da coerção em liberdade*. Quem se vê coagido à decisão e, adicionalmente, à fundamentação de decisões, deve reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível de construção do Direito.³¹³

Com efeito, é inegável essa função dos tribunais no que toca à construção do Direito, principalmente quando se considera a regra a eles imposta do *non liquet* como impossibilidade de denegação da justiça, ainda que o caso, em princípio, se afigure de difícil solução. Isso ganha reforço na teoria sistêmica, visto que a finalidade do Direito é

³¹¹ CAMPILONGO, Celso. *Op. cit.*, p. 157.

³¹² *Idem, Ibidem*, p. 158.

³¹³ LUHMANN, Niklas. **A posição dos Tribunais no sistema jurídico**. In Revista Ajuris, Porto Alegre, 1990, p. 163.

a redução de complexidades, por mais contingente se encontre a sociedade. Ressalta Celso Fernandes Campilongo que a obrigação de decidir possibilita o fechamento do sistema jurídico através da conexão dos elementos internos.³¹⁴

Assim sendo, tomando como referência a distinção entre centro e periferia do sistema jurídico, a periferia é destacada como a zona do sistema de mais sensibilidade frente ao ambiente, na qual se observam as irritações do sistema em razão do maior contato com os demais sistemas sociais, enquanto o centro é identificado como uma zona protegida, onde se podem observar os códigos afeitos ao sistema jurídico e neutros em relação aos demais sistemas.³¹⁵ Desta forma, é de se constatar que os tribunais ocupam a posição central no sistema jurídico, impossibilitando, assim, a desnaturação dos códigos e operações internas, independentemente da influência que o ambiente possa causar no sistema, proporcionada pela sua abertura cognitiva.

8.3 Segurança jurídica, justiça e coisa julgada à luz da teoria sistêmica: o problema da relativização da *coisa julgada inconstitucional* e os riscos daí advindos para o sistema jurídico

A segurança jurídica é pressuposto indispensável para o desenvolvimento da teoria do sistema jurídico, tendo em vista a finalidade deste de assegurar a estabilização das expectativas normativas em torno de suas comunicações. Isso porque o Direito deve garantir a comunicação das expectativas institucionalizadas.

Efetivamente, a noção sistêmica de segurança jurídica pode ser constatada na própria função do Direito de redução de complexidade das relações sociais. Somente ao Direito cabe reduzir tal complexidade, com a certeza e a segurança da estabilidade dos fluxos da comunicação, através da previsão normativa presente na composição sintática da norma jurídica.³¹⁶

Forçoso repisar que no sistema jurídico se observam códigos binários inerentes às suas estruturas, como legal/ilegal ou lícito/ilícito, sendo certo que não se observa a existência dos códigos justo/injusto. Como explanado, a justiça material constitui um

³¹⁴ CAMPILONGO, Celso. *Op. cit.*, p. 163.

³¹⁵ Cf. LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 1990, p. 164-165 e CAMPILONGO, Celso. *Op. cit.*, p. 164.

³¹⁶ Afirma Valverde que “os programas condicionais possibilitam que a comunicação jurídica seja estruturada com vistas a fazer prevalecer determinadas conseqüências sempre que ocorrer um dado fato”. *Op. cit.*, p. 118.

valor que, apesar de influenciar o Direito, não se torna um dos elementos internos do sistema jurídico, situando-se, portanto, no ambiente do sistema jurídico, o que muitas vezes provoca a irritabilidade deste sistema, principalmente no que toca à perquirição da justiça ou não de determinada decisão. Todavia, como adverte Marcelo Neves, a teoria da justiça se mostra irrelevante para a sustentação do sistema jurídico, em razão da diferenciação do Direito em relação aos demais sistemas, tais como a moral ou a consciência, cujos elementos informam melhor a subjetividade do valor “justiça”.

Diz o referido autor, com arrimo na teoria de Luhmann, que “a justiça só pode ser considerada conseqüentemente a partir do interior do sistema jurídico, seja como adequada complexidade (justiça externa) ou como consistência das decisões (justiça interna)”, de forma que a justiça não é concebida, à luz da teoria aqui explanada, como um valor superior ao sistema jurídico, mas no sentido de “reorientação do problema da justiça para a questão da complexidade adequada do sistema jurídico e da consistência de suas decisões”.³¹⁷

De fato, à vista do aludido até o momento, percebe-se claramente que a sociedade moderna e contingente reclama o processamento de redução dessa complexidade capaz de, a um só tempo, produzir expectativas estabilizadas e evidenciar a segurança jurídica. Não se está, contudo, a desprezar as variadas frustrações decorrentes da tomada de decisões por meio das estruturas do sistema jurídico. Em verdade, o sistema jurídico, como subsistema social, engloba expectativas normativas em contraste com meras expectativas cognitivas dos indivíduos, o que pode causar frustrações, daí o entrave que às vezes se coloca em relação ao respeito à justiça.

Todavia, à guisa de conclusão e retomando o que já foi colocado, a injustiça da decisão não se revela um vício de inconstitucionalidade, senão uma questão valorativa. Sendo questão de ordem axiológica, não cabe se mostrar possível alterar a produção judicial do sistema com elementos que não lhe fazem parte.

Conforme afirma Gustavo Sampaio Valverde:

³¹⁷ NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 123. Pertinentes as observações de Nelson Nery Jr, no sentido de que “a sentença *justa* é o ideal – *utópico* – maior do processo. Outro valor não menos importante para essa busca é a segurança das relações sociais e jurídicas. Havendo choque entre esses valores (justiça da sentença e segurança das relações sociais e jurídicas), o sistema constitucional brasileiro resolve o choque optando pelo valor segurança (coisa julgada), que deve prevalecer em relação à justiça, que será sacrificada (*Veropferungstheorie*)”. (NERY JR., Nelson. *Op. cit.*, p. 511).

a institucionalização das comunicações normativas não se fundamenta no consenso fático de opiniões como justiça e moralidade da decisão que transitou em julgado, mas na suposição generalizada de que quase todos supõem que concordam com elas.³¹⁸

De outro lado, afigura-se pertinente saber se o sistema comporta a desconstituição de seus julgados com base na alegação de inconstitucionalidade. De fato, na sua evolução, o sistema pode apresentar contradições, dentre as quais se destaca a mudança de entendimento a respeito de determinada norma decorrente da alteração na forma de aplicação dos códigos do sistema, mediante o acoplamento estrutural do sistema jurídico com outros subsistemas sociais, sobressaindo a indagação: como ficam as decisões transitadas em julgado tomadas sob a égide do entendimento anterior, já acobertadas pela coisa julgada?

Como dito, as comunicações institucionalizadas recebem especial destaque na forma como o sistema se mostra estruturalmente fechado. Afora a abstração, que se faz necessária para elucidar qualquer teoria geral, os sistemas necessitam de bases sólidas, exemplificadas nos seus institutos, para que as influências ou mesmo irritações decorrentes do ambiente sejam absorvidas internamente sem desnaturá-lo.

O sistema jurídico desempenha sua função por meio da estruturação de processos decisórios nos quais os valores sejam funcionalmente substituídos pela decisão decorrente do procedimento previsto pelo próprio sistema. A normatização e a positivação do Direito nos moldes atuais implicam o reconhecimento de sua definição por meio das decisões judiciais, sobretudo quando se constata o poder criativo do juiz, proporcionado pela hermenêutica moderna, através da qual se afasta a subsunção automática da norma ao caso concreto, sendo certo que cabe ao magistrado delinear os contornos normativos do texto ou suporte físico.

Nesse passo, irremediavelmente se vislumbra a importância das decisões judiciais como forma de imprimir validade ao sistema jurídico posto, merecendo destaque a idéia de justiça elucidada por Niklas Luhmann³¹⁹, no sentido de uma justiça procedimental ou formal, consubstanciada na consistência do processo de tomada de decisões.

³¹⁸ VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Op. cit.*, p. 75.

³¹⁹ LUHMANN, Niklas. **Legitimidade pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 189-192.

Ademais, ainda que se entenda que a alegação da injustiça da decisão deve ser observada pelo sistema para o fim de desconstituí-la, seria o caso ainda de invocar a mesma noção de justiça material para se argumentar que fora injusta a revisão do julgado (aqui está o risco para as estruturas do sistema jurídico).

Ainda nesse contexto, o sistema jurídico sempre buscará a segurança jurídica no âmbito das decisões judiciais como forma de atender e justificar a estabilidade das comunicações normativas, daí que a indagação acerca da alteração das decisões judiciais tomadas sob a égide de uma norma que fora tida por inconstitucional não se afigura pertinente.

Com efeito, a norma de decisão se revela uma norma concreta independente da norma abstrata que a subsidiou, de forma que não pode restar **automática ou naturalmente** definida a exigência de se alterar o julgado porque a norma abstrata já não é reconhecida como constitucional. Esse argumento não se mostra satisfatório para inviabilizar o procedimento de tomada de decisão anterior. Em outra sede, também se repele a alegação de inexistência de tais decisões judiciais.

O reconhecimento da inconstitucionalidade da norma que fundamenta o *decisum* pode servir, no entanto, como critério razoavelmente objetivo para se averiguar a violação às normas constitucionais. Além dessa forma de argumentar a violação direta à Constituição, vimos que a doutrina aponta a desnecessidade de pronunciamento da inconstitucionalidade da lei, ficando a cargo da parte argumentar a ofensa a determinado princípio ou a regra constitucional, como fundamento jurídico de uma pretensa ação anulatória, declaratória de inexistência ou rescisória.

Por oportuno, nosso trabalho se desenvolve em torno do princípio da segurança jurídica e sua importância na preservação da ordem interna do sistema. Em sendo assim, a alegação de que *a qualquer tempo* o julgado pode ser desconstituído cria mais problemas para o sistema jurídico do que aqueles a que se visa evitar.³²⁰ Registramos que essa contrariedade da decisão judicial, ainda que transitada em julgado, é possível; todavia, não entendemos que resolverá o problema, considerando todos os pressupostos de ordem sistêmica, a teoria dos princípios, e mesmo a constitucionalidade dos atos judiciais, afirmar-se que elas podem ser desconstituídas em prazo indeterminado.

³²⁰ Cf. VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Op. cit.*, p. 161.

Ainda que assim não se entenda, é bom registrar que mediante decisão judicial será resolvida a reabertura da contenda, não havendo qualquer **segurança** de que essa nova decisão não possa vir a ser desconstituída pelos mesmos argumentos, o que, além de comprometer as estruturas do sistema jurídico, viola a noção de segurança de cada um.

Por outro lado, não se pode olvidar que o sistema admite excepcionalmente a reabertura da complexidade do contenda inicial³²¹, através da ação rescisória, quando se forma uma nova coisa julgada.³²² Já nos mostramos favoráveis à sua admissibilidade em caso de julgado ofensivo a norma constitucional.

Todavia, a admissibilidade da ação rescisória não significa, por óbvio, a sua procedência. Muitos dos autores que tratam dessa problemática aludem à regra da ponderação de interesses, sobretudo porque envolve a ponderação de princípios jurídicos constitucionais. Os pressupostos teóricos balizados no capítulo segundo deste trabalho corroboram a assertiva de que a ponderação de princípios não resolve a questão emblemática que se instalou em torno da coisa julgada, visto que a ponderação, em verdade, será aplicada sempre.

Nesse prisma, é de se elucidar a questão por outro lado. A ponderação não serve apenas para viabilizar a propositura de ação para desconstituir ou rescindir o julgado, mas também para se observar se a procedência da revisão do julgado mostra-se mais consentânea com as circunstâncias e fatores do caso concreto e com os princípios envolvidos, até porque a própria rescisória só cabe em caso de violação grave³²³ à norma. Raciocínio este que também se aplica à ação de embargos do devedor e à impugnação pelo particular, sendo que, nesse caso, como dito, não há a desconstituição do julgado, apenas não se mostra eficaz.

Vale salientar, nesse contexto, que o princípio da segurança jurídica, devido ao seu caráter de indispensabilidade à preservação do sistema jurídico e da própria legitimidade das decisões judiciais impõe que a relativização da coisa julgada cível se efetive apenas por meio da ação rescisória, nos limites do prazo previsto pelo próprio sistema.

³²¹ VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Op. cit.*, p. 161.

³²² Cf. SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CONRADO, Paulo Cesar. *Op. cit.*, p. 30.

³²³ Desde os romanos se observa essa necessidade de que a rescisória se imponha apenas em caso de violação inafastável à lei. (TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 215-217).

9 CONCLUSÕES

9.1 O estudo de problemáticas que o Direito apresenta requer um discurso científico integral, ou melhor, sistemático, fazendo-se indissociável à racionalidade jurídica a noção sistêmica do Direito, sendo ainda certo que a estabilidade consiste num dos pontos que informam a fórmula kantiana de sistema,³²⁴ daí que, ao se estudar o alcance da segurança jurídica, há de se fazer tal análise à luz da teoria dos sistemas.

9.2 A noção de sistema jurídico ganha especial relevo na análise de sua concepção interna, não se descurando, todavia, da exigência de que o próprio discurso científico obedeça ao pensamento sistemático.

9.3 Os atributos de ordem e unidade atribuíveis ao sistema jurídico são os que melhor fundamentam a exigência de racionalidade que deve permear as estruturas e funções deste sistema como imperativo de sua sustentabilidade.

³²⁴ CORDEIRO, Antônio Menezes. Na introdução à edição portuguesa da obra intitulada “Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito” de Claus-Wilhelm Canaris (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996), p. LXIV.

9.4 Vê-se que a teoria do sistemas de Niklas Luhmann mostrou-se pertinente ao nosso estudo, uma vez que busca explicar o sistema jurídico e sua evolução como redutor da complexidade da sociedade, valendo-se, para isso, da segurança jurídica e de aspectos formais, nomeadamente explicando todo esse processo de redução de complexidade social através das decisões judiciais.

9.5 A evolução da sociedade e do próprio Direito resulta na reformulação do pensamento sistemático, a fim de adequá-lo à complexidade moderna das relações intersubjetivas, bem como da forma conferida pelas instituições, daí se destacarem os órgãos jurisdicionais, na busca pela redução de tal complexidade, atuando *in concreto*.

9.6 O corte epistemológico de nosso estudo consistiu em justamente informar o tratamento a ser dispensado às decisões judiciais contrárias à Constituição, mas já transitadas em julgado à luz da concepção moderna de sistema jurídico e da importância da observância da segurança jurídica nos moldes sistêmicos atuais.

9.7 Nesse contexto, revelou-se indispensável enveredar pela teoria dos princípios, a fim de explicar como a segurança jurídica é concebida no sistema jurídico.

9.8 A força normativa dos princípios advém da capacidade de impor comportamentos, voltados à realização de um determinado estado de coisas, de forma a conferir unidade lógica e finalística ao sistema jurídico. De fato, apesar da generalidade que os acomete, os princípios jurídicos assumem um modelo deontico com a descrição expressa do enunciado, no sentido de impor determinada conduta ou obrigação, apenas com um grau maior de indeterminação.

9.9 De fato, a principal diferença entre princípios e regras, entendendo-as como espécies normativas, ainda é o maior grau de abstração, visto que os princípios, malgrado possuam um conteúdo de dever-ser, na medida em que impõem comportamentos, não o fazem diretamente, deixando uma maior margem de discricionariedade ao intérprete do que na aplicação de regras, em que há a prévia descrição dos postulados normativos.

9.10 Chegamos à conclusão de que a segurança jurídica é um princípio de posição privilegiada no sistema, donde decorrem os demais princípios, visto que ela fundamenta a própria concepção de Estado como sociedade política organizada.

9.11 De fato, a exigência de segurança jurídica marca o Estado de Direito como pressuposto teórico necessário. Tanto que levou Hobbes, na obra *Leviatã*, considerada

um divisor de águas do pensamento político-jurídico, a eleger a segurança jurídica como o traço distintivo entre o “estado de natureza” e o “estado de sociedade”.

9.12 O princípio da segurança jurídica é princípio inerente ao Estado de Direito, o qual se torna imprescindível à efetividade do Direito como garantia de estabilidade jurídica, que deve ser observada pela sociedade estatal como verdadeira norma a regular a vida do indivíduo e da sociedade como um todo.

9.13 É de se observar, portanto, uma relação interdependente entre segurança jurídica e justiça, muitas vezes confundidas, sendo expressivo o entendimento de que a justiça pressupõe uma sociedade ordenada, que exige necessariamente a observância de segurança jurídica. Mostra-se imprescindível aos indivíduos a certeza do Direito como garantia da estabilidade dos atos estatais.

9.14 A previsão da segurança jurídica está presente no art. 5º, *caput* e inciso XXXVI, da Constituição Federal vigente, constituindo um verdadeiro princípio fundamental da ordem jurídica brasileira.

9.15 A coisa julgada consiste no instituto processual informado pela noção de segurança jurídica e na idéia de justiça formal. Trata-se de qualidade ou atributo das decisões judiciais transitadas em julgado, cujo primordial objetivo é assegurar que a resolução judicial conferida à demanda não será passível de modificação a qualquer tempo.

9.16 Nas relações de trato sucessivo, a teor do disposto no art. 471, I, do CPC, admite-se o julgamento da lide, caso ocorra uma modificação de ordem fática ou jurídica. Entendemos, todavia, que essa hipótese não conduz à revisão ou desconstituição do julgado, nos moldes da problemática discutida no texto, pois o que ocorre é o surgimento de nova causa de pedir, capaz de fundamentar uma nova pretensão.

9.17 A matriz constitucional da coisa julgada não se limita à retroatividade da lei, como faz crer a maioria da doutrina, já que o princípio que fundamenta o instituto da coisa julgada é a segurança jurídica, como visto, princípio fundamental da ordem constitucional brasileira. A coisa julgada consiste, assim, em verdadeira garantia constitucional à segurança no âmbito processual, sendo que os contornos e hipóteses de sentença que fazem coisa julgada são definidos pela legislação infraconstitucional.

9.18 Efetivamente, a jurisdição e o processo assumem importante papel na redução dessa complexidade que avassala a sociedade contemporânea, através da resolução dos conflitos intersubjetivos. Entretanto, não basta haver essa garantia para o indivíduo, se

não lhe é assegurada a estabilidade do julgado, indo ao encontro da finalidade precípua do processo: a segurança jurídica.

9.19 Sob o viés jurídico, a segurança se apresenta como um termo polifacético cujos contornos conceituais variam a depender da perspectiva utilizada, cujo denominador-comum é a noção de estabilidade, constituindo o fim primordial do Direito na busca pela paz social.

9.20 A temática que gira em torno da possibilidade de desconstituição das decisões transitadas em julgado contrárias à Constituição resulta do processo de “Constitucionalização dos Direitos”, no sentido de que a força normativa e a supremacia da Constituição refletem nos institutos de Direito Processual.

9.21 Essa problemática tem como pressuposto teórico o respeito de todo o direito infraconstitucional às normas constitucionais, daí que se pode abstrair o tema sob duas perspectivas epistemológicas: o reconhecimento da inconstitucionalidade da decisão, ainda que transita em julgado, como reflexo do controle de constitucionalidade; ou como mera invocação de alguma incompatibilidade com as regras e princípios constitucionais, pressupondo uma violação de ordem material à Constituição.

9.22 Em relação à primeira perspectiva, explanamos acerca do art. 741, parágrafo único, e do art. 475, §1º, ambos do Código de Processo Civil, que trazem hipóteses de inexigibilidade do título executivo judicial como reflexo do controle de constitucionalidade da norma que o fundamentou. O mentor desse projeto fora o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, à época Advogado-Geral da União, importando a regra prevista no §79-2 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, segundo o qual os provimentos jurisdicionais prolatados com base em lei inconstitucional não padecem de execução.

9.23 Apesar de tais dispositivos introduziram hipóteses de ineficácia da sentença ou acórdão transitado em julgado, não havendo que se perquirir em possibilidade direta de desconstituição do julgado, subsistem reflexos sobre o instituto em si, sobretudo porque se fundamenta na segurança jurídica. Por outro lado, ainda que existam situações no ordenamento jurídico que imponham “somente” a ineficácia do título, tal como a prescrição da execução do julgado, não se pode olvidar que tal situação decorre da inércia do vencedor na demanda.

9.24 Assim sendo, entendemos que os referidos dispositivos não deixam de violar a garantia de estabilidade e certeza de que a resolução da contenda pode ser modificada a qualquer tempo.

9.25 Na seara de discussão acerca da possibilidade de desconstituição da coisa julgada incompatível com a Constituição, é de se destacar que o vício advindo da inconstitucionalidade não impede que os efeitos da “sentença inconstitucional” sejam irradiados, de sorte que a realidade dos fatos, muitas vezes, impõe que, embora imbuídos de vício desta espécie, os fatos passados não sejam alcançados, em nome da segurança e da certeza jurídicas das relações sociais, o que não se mostra possível caso se considere tal sentença inexistente.

9.26 Os meios de impugnação da “coisa julgada inconstitucional” apontados pela doutrina, além de desprestigiarem a segurança jurídica, apóiam-se numa busca material de justiça, sem contornos definidos a se alcançar, sendo oportuno o registro do modelo de controle dos atos judiciais, no sentido de o Ministério Público proceder à fiscalização da justiça material das decisões, vindo a ser um instrumento de totalitarismo, em face de seu caráter amplamente subjetivo. Todavia, mesmo adotando esse modelo, o Direito alemão considerou como uma hipótese de rescisão do julgado, sujeito a limite de prazo, e não a qualquer tempo.

9.27 Especificamente sobre a possibilidade de desconstituição da coisa julgada “quando contrária à Constituição”, boa parte da doutrina invoca, para resolver tal problemática, a ponderação dos princípios da supremacia da Constituição e da segurança jurídica, a partir dos delineamentos teóricos difundidos por Robert Alexy, conforme explanado no texto.

9.28 Entendemos, todavia, que a ponderação de princípios ou mesmo valores, a fim de viabilizar a desconstituição das decisões judiciais passadas em julgado contrárias a preceito constitucional, afigura-se um fator de mais insegurança para a ordem jurídica e para os indivíduos, eis que se deixa ao alvedrio das circunstâncias do caso concreto, contribuindo para o aumento do subjetivismo numa questão complexa da desconstituição *a qualquer tempo* das decisões transitadas em julgado por invocação de ofensa à norma constitucional, seja ela princípio, seja regra.

9.29 No mais, há de ser destacado que, em face da ponderação de princípios reclamar necessariamente a idéia pressuposta e abstrata de que eles se encontram no mesmo

patamar, a premissa de ponderação de interesses cai por terra, em razão do que todos os princípios que pretensamente se choquem com a segurança jurídica, como isonomia, supremacia da Constituição, entre outros, decorrem da segurança jurídica.

9.30 Expusemos nossa contribuição à teoria da **coisa julgada inconstitucional** apresentando o papel do princípio da segurança jurídica no sistema jurídico, com base nas lições de Niklas Luhmann e Hans Kelsen. Cabe destacar que a inserção da teoria luhmanianna teve como objetivo elucidar a imprescindibilidade da segurança jurídica no atual estágio da sociedade, cujos conflitos de interesses necessitam ser definitivamente resolvidos.

9.31 Não cabe ao sistema jurídico trabalhar precipuamente os códigos justo/injusto, no sentido material visto no texto, pois se referem a elementos internos de outros sistemas, como a moral. A idéia de justiça, então, se consubstancia na noção de consistência das decisões judiciais, eis que as estruturas internas do sistema são informadas pela exigência de segurança jurídica como forma de preservação do próprio sistema jurídico, a evidenciar a justiça possível pelo Direito: Justiça Formal.

9.32 A noção sistêmica de segurança jurídica pode ser constatada na própria função do Direito de redução de complexidade das relações sociais. Efetivamente, no contexto da sociedade moderna e contingente, o processamento de redução dessa complexidade se torna imprescindível, capaz de, a um só tempo, produzir expectativas estabilizadas e evidenciar a segurança jurídica.

9.33 O sistema jurídico sempre buscará a segurança jurídica no âmbito das decisões judiciais como forma de atender e justificar a estabilidade das comunicações normativas, razão pela qual entendemos que, objetivando a preservação das estruturas internas do próprio sistema jurídico, faz-se necessária a preservação das decisões judiciais transitadas em julgado pretensamente contrárias à Constituição (eis que sempre reclamarão um processo de interpretação) como exigência de segurança jurídica sob todas as perspectivas desenvolvidas no texto, salvo nos casos já previstos de desconstituição do julgado, como hipóteses excepcionais e limitadas no tempo, *in casu*, a ação rescisória.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal**. Site: www.cervantesvirtual.com, acessado em 15.5.2005.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ASSIS, Araken de. **Eficácia da coisa julgada inconstitucional**. In *Relativização da coisa julgada – Enfoque crítico*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

_____. **Eficácia da coisa julgada inconstitucional**. *Revista Jurídica*, nov., 2002.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Jan-mar/1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios**

jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. **Luhmann in Glossário – I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali**. Milano: FrancoAngeli, 2005.

BARRETO, Aires F. **Tributação e conjuntura nacional**. *In* Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito. Congresso Nacional de Estudos Tributários. IBET. Dez-2005.

BARROSO, Luis Roberto. **O triunfo inacabado do Direito Constitucional**. *In* Revista de Direito do Estado. Nº 01. Jan/Mar/2006. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política – A filosofia e as lições dos Clássicos**. Org. Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Relativização da coisa julgada material**. *In* Relativização da Coisa julgada – enfoque crítico. Salvador: JusPODIVM, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARNELLUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Versão espanhola. Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1989.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Tributo e segurança jurídica**. *In* Dos Princípios Constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. Org. George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003

CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições do Direito Processual Civil**. v. 2. Campinas: Bookseller, 1998.

CONRADO, Paulo César; SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Controle de constitucionalidade e repetição do indébito tributário**. *In* Revista dialética de Direito Tributário. São Paulo, nov. 2002.

CUNHA JR., Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Considerações sobre a desconstituição e relativização da coisa julgada**. *In* Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Nº 56. Abril

_____. **Efeitos da inconstitucionalidade da lei (A questão da repristinação da lei que revogou disciplina legal anterior e que ela própria foi afastada por inconstitucional)**. *In* Revista ESMAFE. Nº 08, 2004.

_____. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. São Paulo: Dialética, 1997.

DELGADO, José. **Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais**. *In* Coisa Julgada Inconstitucional. Coord. Carlos Valder Nascimento. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Coisa julgada inconstitucional**. Org. Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3ª ed. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2003.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FAVOREU, Louis. **Tribunales Constitucionales**. Barcelona: Ariel Derecho.

FERRARI, Maria Regina Macedo. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. São Paulo: RT, 1990.

FRÍAS, Pedro J. **Estado de derecho y la seguridad jurídica**. In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, 2004.

GARCIA, André de Albuquerque. Efeitos do controle de constitucionalidade no Brasil. **Revista da ESMAPE** – Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, Recife, v. 7, n. 15, jan./jun., 2002.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **A relativização da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário)**. In relativização da coisa julgada (coord. Fredie Didier Jr.), Salvador: Edições JusPodivm, 2006.

GONÇALVES, Willian Couto. **Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – Entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

IVO, Gabriel. **A incidência da norma jurídica - o cerco da linguagem**. In Revista Trimestral de Direito Civil. V.4 (outubro/dezembro/2000). Rio de Janeiro: Padma, 2000.

_____. **Constituição Estadual – Competência para elaboração da Constituição do Estado-membro**. São Paulo: Max Limonad, 2000

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O que é Justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo. Martins Fontes, 2003.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à Teoria da Coisa Julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Texto extraído do site <http://jus.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>, em 27.3.2006.

LUHMANN, Niklas. **A posição dos Tribunais no sistema jurídico**. In Revista Ajuris, Porto Alegre, 1990.

_____. **A restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise Sociológica do Direito**. In Da Sociologia social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. **Legitimidade pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

LUÑO, Antônio-Enrique Pérez. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

MACEDO, Alexander dos Santos. **Da Querella Nullitatis Sua subsistência no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MANDELLI JR., Roberto Mendes. **Os direitos sociais e as cláusulas pétreas**. Tese apresentada no XXV Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Maceió. ANAPE, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (A**

questão da relativização da coisa julgada material). *In* Relativização da coisa julgada – enfoque crítico. Salvador: JusPODIVM, 2006.

_____. **Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material.** Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 28.8.2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da existência.** São Paulo: Saraiva, 2003.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. *In*: **Atualização à obra de Hely Meirelles Mandado de Segurança e outras ações.** São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1996.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **O caráter normativo dos princípios.** Artigo extraído do site www.jusnavigandi.com.br, acessado 25/4/2006.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória.** Campinas: Bookseller, 1998.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis.** São Paulo: Martin Claret, 2003.

MORAES, Guilherme Braga de. **Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria.** São Paulo, LTR, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A eficácia preclusiva da coisa julgada no sistema do processo civil brasileiro.** Artigo extraído do *site*: <<http://www2.uerj.br>>. Acesso em: 31 mar. 2003.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 11ª ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material.** *In* Relativização da coisa julgada – enfoque crítico. Salvador: JusPODVUM, 2006.

_____. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material.** *In* Revista Dialética de Direito Processual, nº 22.

_____. **Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada.** Temas de direito processual – Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JR., Nelson. **Teoria Geral dos Recursos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

_____. **Teoria da inconstitucionalidade das leis.** São Paulo: Saraiva, 1988.

NOJIRI, Sérgio. **Crítica à teoria da relativização da coisa julgada.** In Relativização da coisa julgada – enfoque crítico. Salvador: JusPODIVM, 2006.

OTERO, Paulo da Cunha Costa. **Ensaio sobre um caso inconstitucional.** Coimbra: Lex Coimbra Editora, 1993.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PERELMAN, Chaïn. **Ética e Direito.** Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996

PLATÃO. **A República.** Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

RAWLS, John. **Teoria da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social.** 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SANTOS, Weliton Militão. **A justiça – O problema da Justiça – O que significa propriamente a Justiça.** Disponível no site: http://www.ucg.br/jur/plaestras_pdf/WelitonMdosSantos.pdf, acessado em 02.09.2006.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SICHES, Luiz Recaséns. **Tratado general de filosofia del derecho**. México: Porrúa, 1998.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e distinções acerca de uma distinção**. In Revista Latino-Americana de Direito Constitucional.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 2000.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO Jr., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **Relativização da coisa julgada – Enfoque crítico**. 2ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2006.

_____. **A coisa inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa Julgada Inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

TREMPS, Pablo Pérez. **IV Curso da Justicia Constitucional - La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina**. Artigo extraído do site: www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/actualidad2002.htm em julho de 2005.

VALVERDE, Gustavo Sampaio. **Coisa julgada tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: RT, 1977.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1., 2002.

WAMBIER, Teresa Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Relativização da coisa julgada – Enfoque crítico**. Salvador: JusPODIVM, 2006.

_____. **O dogma da coisa julgada – Hipóteses de relativização.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.