

**FACULDADES DE VITÓRIA – FDV
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

ELSA MARIA LOPES SECO FERREIRA PEPINO

**O DIREITO-GARANTIA FUNDAMENTAL
DA COISA JULGADA:
COISA JULGADA INJUSTA
E
COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL**

**VITÓRIA
2006**

ELSA MARIA LOPES SECO FERREIRA PEPINO

**O DIREITO-GARANTIA FUNDAMENTAL
DA COISA JULGADA:
COISA JULGADA INJUSTA
E
COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos e Garantias fundamentais das faculdades de vitória, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, na área de concentração em direitos constitucionais fundamentais.

Orientador: Professor Doutor Geovany Cardoso Jeveaux.

VITÓRIA
2006

ELSA MARIA LOPES SECO FERREIRA PEPINO

**O DIREITO-GARANTIA FUNDAMENTAL
DA COISA JULGADA:
COISA JULGADA INJUSTA
E
COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL**

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Doutor Geovany Cardoso Jevaux
Orientador

Prof. Doutor André Ramos Tavares

Prof. Doutor Daury César Fabríz

Vitória, 04 de setembro de 2006.

A quem mais amo:
Nelinho e Emanuel José,
marido e filho, respectivamente.

AGRADECIMENTOS

Terminada esta dissertação é hora de lembrar e de agradecer aqueles que desde o início me ajudaram. A todos os que de algum modo contribuíram para o resultado final os meus agradecimentos. Há pessoas, porém, que pela importância e participação merecem deferência específica, a quem não posso deixar de agradecer, de forma carinhosa e especial, respectivamente:

Meu Orientador, Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux, que prontamente aceitou o encargo de orientar-me, transformando-se no mestre, conselheiro e verdadeiro co-autor deste trabalho. Registro minha gratidão pela atenção que me dispensou, pela generosidade com que partilha seus conhecimentos e pela confiança que depositou no meu trabalho. Professor, muitíssimo obrigada.

Meus professores e colegas de mestrado, por tudo o que passamos juntos e pelo muito que aprendi. Obrigada a todos vocês.

Meu amigo Renato Lyra, pela amizade, apoio e auxílio. Rê, valeu, pelos livros que me emprestou! Muito obrigada.

Meu amigo e ex-aluno Euler Sinoir, pelo auxílio na obtenção de livros e artigos, aos quais, sem sua ajuda eu não teria tido acesso. Muito obrigada.

Funcionários(as) das bibliotecas da FDV e do UNESC, que muito facilitaram o meu trabalho. Obrigada a todos.

Meus colegas professores, alunos e ex-alunos, pelos debates e discussões travadas.

Minha amiga Sandra Carvalho, por me ter arranjado um espaço na sua sala e no seu coração e, além disso, escutar meus sonhos e paranóias. Obrigada, amiga. Saiba, que eu queria ter um coração generoso e alegre como o seu.

Meus avós, pais e irmãos, que me ajudaram a ser o que sou.

Meu filho, Emanuel José, o filho que todos querem ter, meu neném que cresceu e se tornou o companheiro de estudos e de acaloradas discussões. Querido, tuas técnicas argumentativas, exasperadoras e enervantes, foram essenciais para me fazer discernir algumas contradições. Obrigada.

Por último (mas o primeiro no meu coração), meu marido, Manoel, esteio da minha vida, que um dia se achegou com um pedido simples: “ensinas-me a estudar?” e nunca mais saiu do meu lado, pelo amor, carinho, compreensão e confiança. Ni, desculpa pelos momentos de ausência, pelas horas que, como tu dizes, “eu te troquei pelos meus livros” e pela “tonelada” de livros que sempre lotam nossa bagagem. Não posso prometer que no futuro será diferente (talvez eu não consiga cumprir!), uma coisa, porém, eu posso garantir, por mais que eu goste dos meus livros, nenhum deles ocupa o teu lugar no meu coração e na minha vida. Afinal, nenhum deles é capaz de me presentear com dúzias de rosas embaladas em papel de jornal! Minha vida é tua também. Obrigada por tudo.

“Das Utopias”

Se as coisas são inatingíveis... ora!
Não é motivo para não querê-las ...
Que tristes os caminhos, se não fora
A mágica presença das estrelas!

Mário Quintana

RESUMO

Nos últimos anos o instituto da coisa julgada tem sido muito questionado, nega-se a sua natureza de direito-garantia fundamental, critica-se o exagero do dogma da intangibilidade, defende-se a sua relativização, flexibilização ou desconsideração, tudo sob o argumento de que decisões judiciais injustas ou inconstitucionais não podem perpetuar-se na ordem jurídica. Neste *set*, se digladiam teses e teorias, se alteram leis, se enfraquece um direito fundamental. É no campo dos direitos fundamentais e da sua relatividade que se desenvolve este trabalho. O problema central da pesquisa consiste em tentar responder à pergunta: o que distingue a coisa julgada injusta da coisa julgada inconstitucional? Em torno desta problemática, propõe estudar o direito-garantia fundamental da coisa julgada e a relatividade do instituto face à ocorrência da coisa julgada injusta e da coisa julgada inconstitucional. O objetivo maior é compreender até que ponto um direito-garantia, considerado fundamental e protegido pelas cláusulas pétreas, pode ser afastado e quais as circunstâncias que justificam tal afastamento. Adota um método epistemológico de base essencialmente hipotético-dedutivo, uma abordagem dogmática e um procedimento analítico-descritivo, sem deixar de recorrer aos métodos histórico e comparativo. Recorre à documentação indireta, levada a cabo pela pesquisa bibliográfica e documental. Tem como referencial teórico os postulados da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy e da teoria pura do direito de Hans Kelsen. Analisa o conceito e a evolução do instituto da coisa julgada, reconstrói o percurso da relativização, identifica o instituto como um direito-garantia fundamental e a sua relatividade. A partir da estrutura da norma constitucional, identifica a coisa julgada injusta como uma colisão de direitos fundamentais e a coisa julgada inconstitucional como um conflito de regras de diferente escalão hierárquico, problemas diferentes que exigem soluções distintas. Conclui que a desconsideração do direito-garantia fundamental da coisa julgada só é possível nas hipóteses de coisa julgada injusta, devido ao carácter relativo dos direitos fundamentais e ao mecanismo de aplicação, a ponderação. Nas hipóteses de coisa julgada inconstitucional, como o carácter definitivo dos direitos contidos nas regras não admite ponderação, a solução do conflito passa pelos critérios da validade, que sempre conduz à eliminação de uma das regras conflituosas. Ao final, analisa os reflexos da pronúncia de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal sobre o direito-garantia fundamental da coisa julgada, para concluir pela submissão de tal decisão normativa ao comando contido no artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal.

Palavras-chave: coisa julgada, direito-garantia fundamental, colisão de direitos, conflito de regras, pronúncia de inconstitucionalidade.

ABSTRACT

In recent years the institute of the considered object has been very questioned, it refuses its nature of basic right-guarantee, it is criticized when it is exaggerated on the dogma of the unattainability, it defends its relativity, flexibility or disrespect, everything under the argument of that unfair or unconstitutional sentences cannot be perpetuated in the jurisprudence. In this set, thesis and theories fight, if they modify laws, if it weakens a basic right. It is in the field of the basic rights and its relativity that this work is developed. The central issue of the research consists in trying to answer to the question: what is the difference between the unfair considered object to the unconstitutional considered object? Regarding this problematic, one considers studying the basic right-guarantee of the considered object and the relativity of institute facing happening of the unjust considered object and the unconstitutional considered one. The biggest aim is to understand until what point a right-guarantee, considered basic and protected for the stony clauses, can be moved away and to which are the circumstances that justify such removal. It adopts essentially hypothetical-deductive an epistemologic method of base, a dogmatic boarding and an analytical-description procedure, without leaving to appeal to the historical and comparative methods. It appeals to the indirect documentation, taken the handle for documentary and the bibliographical research. It has as theoretic references the postulates of the theory on the basic rights from Robert Alexy and of the pure theory of the right from Hans Kelsen. It analyzes the concept and the evolution of the institute of the judged object, it reconstructs the passage of the relativity, identifies the institute as a basic right-guarantee and its relativity. From the structure of the constitutional rules, it identifies the unfair considered object as a collision of basic rights and the unconstitutional considered object as a conflict of rules of different hierarchic steps, different problems that demand distinct solutions. It concludes that the disrespect of the basic right-guarantee of the considered object is only possible in the hypotheses of unfair considered object, due to the relative character of the basic rights and to the mechanism of application, the consideration. In the hypotheses of unconstitutional considered object, as the definitive character of the rights contained in the rules does not admit consideration, the solution of the conflict passes for the criteria of the validity, that always leads to the elimination of one of the conflictuous rules. To the end, it analyzes the consequences of the pronouncement of unconstitutionality for the Supreme Federal Court on the basic right-guarantee of the judged object, to conclude for the submission of such normative decision to the command contained in the article 5º, XXXVI of the Federal Constitution.

Keywords: judged object, basic right-guarantee, collision of rights, conflict of rules, pronouncement of unconstitutionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIn	–	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.(s)	–	artigo(s)
CF	–	Constituição Federal
CF/88	–	Constituição Federal de 1988
CLT	–	Consolidação das Leis do Trabalho
CP	–	Código penal
CPC	–	Código de processo civil
CRP	–	Constituição da República portuguesa
DF	–	Distrito Federal
DOU	–	Diário Oficial da União
DUDH	–	Declaração Universal de Direitos Humanos
EC	–	Emenda Constitucional
HC	–	<i>Habeas Corpus</i>
j.	–	julgado em
LICC	–	Lei de Introdução ao Código Civil
Min.	–	Ministro
MP	–	Medida Provisória
OAB	–	Ordem dos Advogados do Brasil
RDA	–	República Democrática Alemã
RE	–	Recurso Extraordinário
Rel.	–	Relator
STF	–	Supremo Tribunal Federal
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
TC	–	Tribunal Constitucional
TJ	–	Tribunal de Justiça (seguido da sigla do Estado)
Tít	–	título

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 À GUIA DE CONTEXTUALIZAÇÃO.....	19
2 O INSTITUTO DA COISA JULGADA	25
2.1 COISA JULGADA: CONCEITO E EVOLUÇÃO.....	26
2.2 O CAMINHO DA RELATIVIZAÇÃO	44
2.3 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA	50
2.3.1 Dinamarca e a Coisa Julgada Injusta: Uma Posição Moderada.....	51
2.3.2 Coisa Julgada Injusta/Inconstitucional: As Posições mais extremadas	55
2.3.3 A objetividade de Paulo Otero: a coisa julgada inconstitucional	62
3 A COISA JULGADA COMO DIREITO-GARANTIA FUNDAMENTAL	71
3.1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	71
3.1.1 Breves Referências aos Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Brasileiro.....	80
3.1.2 De 1824 a 1988: A Tradição do Binômio: Direitos e Garantias.....	83
3.2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA MATERIAL: DIREITO OU GARANTIA FUNDAMENTAL?.....	85
3.3 DIREITO-GARANTIA FUNDAMENTAL DA COISA JULGADA: CARÁTER ABSOLUTO OU RELATIVO?.....	94
3.3.1 O objeto da proteção constitucional da coisa julgada: garantia objetiva ou direito subjetivo individual?	95
3.3.1.1 Coisa julgada: direito subjetivo individual	96
3.3.1.2 Coisa julgada: garantia objetiva	99
3.3.1.3 Considerações quanto ao objeto da proteção.....	100
3.3.2 A Extensão da proteção	110
3.4 RELATIVIZAR, FLEXIBILIZAR OU DESCONSIDERAR A COISA JULGADA. RESTRIÇÃO AUTORIZADA OU NÃO AUTORIZADA PELA CONSTITUIÇÃO? ..	114
3.4.1 Restrições aos direitos fundamentais: conceito e principais concepções	116
3.4.2 A desconsideração da coisa julgada material: restrição não expressamente autorizada pelo Constituição.....	126
3.4.3 Conformação infraconstitucional do instituto da coisa julgada, sem perda da natureza de direito-garantia fundamental.....	128
3.5 A ESTRUTURA DA NORMA QUE PREVÊ O DIREITO-GARANTIA FUNDAMENTAL DA COISA JULGADA.....	132
3.5.1 Normas de direitos fundamentais: Regras ou princípios constitucionais?.....	132
3.5.2 Confrontos normativos: Conflitos de regras e colisões de princípios.....	141
3.5.2.1 O conflito de regras.....	142
3.5.2.2 A colisão de direitos fundamentais	146
3.5.3 Ponderação: procedimento de solução da colisão de direitos fundamentais.....	149
4 O SIGNIFICADO E ALCANCE DA EXPRESSÃO LEI NO ENUNCIADO NORMATIVO CONSTITUCIONAL.....	157

5	TIPOS DE DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA: COISA JULGADA INJUSTA E COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL.....	168
5.1	COISA JULGADA INJUSTA.....	174
5.1.1	Justiça ou injustiça da decisão	176
5.1.2	O que é coisa julgada injusta?	182
5.1.3	Desconsideração da coisa julgada injusta.....	193
5.2	COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	211
5.2.1	A Inconstitucionalidade.....	212
5.2.2	A natureza jurídica da inconstitucionalidade.....	219
5.2.2.1	O controle de constitucionalidade	226
5.2.2.2	O controle concreto-difuso de constitucionalidade e a nulidade como sanção da inconstitucionalidade.....	228
5.2.2.3	O controle concentrado/abstrato de constitucionalidade e a anulabilidade como sanção da inconstitucionalidade	239
5.2.3	Os atos jurisdicionais inconstitucionais e coisa julgada inconstitucional.....	251
5.2.4	A pronuncia de inconstitucionalidade e seus reflexos sobre o direito-garantia fundamental da coisa julgada.....	260
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	279
	REFERÊNCIAS	283

INTRODUÇÃO

É do conhecimento geral que, desde que o Estado chamou a si a responsabilidade de pacificar os conflitos intersubjetivos de interesses, as decisões judiciais assumem especial importância nesse processo e o ordenamento jurídico as protege de diversas formas, desde a impossibilidade de modificação pelo próprio autor, estabelecimento de prazos para sua impugnação, até à inalterabilidade dos seus efeitos formais e materiais, a chamada *coisa julgada*.

No ordenamento jurídico brasileiro desde cedo o instituto da coisa julgada foi objeto de proteção e, desde a Constituição Federal de 1934, foi consagrado direito-garantia fundamental, *status* de que goza até hoje, alocado no art. 5º, inc. XXXVI, da atual Lei Maior, cujo texto dispõe: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Não obstante, neste início de século, em continuidade a um processo que se iniciou na última década do século passado, a natureza da coisa julgada como direito-garantia fundamental vem sendo altamente questionada, nega-se a natureza constitucional da garantia, critica-se o exagero que transformou em dogma a idéia da intangibilidade da coisa julgada, defende-se, sob os rótulos de relativização, flexibilização ou desconsideração, como se fosse novidade¹, o caráter relativo da mesma e a possibilidade de se voltar a discutir judicialmente o objeto de uma decisão já transitada em julgado, sob o argumento da impossibilidade de se perpetuar na ordem jurídica uma decisão judicial injusta ou inconstitucional.

O certo é que o debate doutrinário e jurisprudencial inicial chegou à legislação por conta da Medida Provisória n. 2.180-35 de 24/8/2001, mantida em vigor pelo art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001, que acrescentou o § único ao art. 741, do CPC e o § 5º ao art. 884, da CLT, com redação absolutamente idêntica, e que dizem ser “[...] *inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados*

¹ A idéia, porém, não é tão nova assim. Em 1946, João Bonumá já escrevia: “[...] é preciso abrir uma exceção ao princípio da imodificabilidade da sentença transitada em julgado. Se os efeitos jurídicos do comando judicial não se esgotam pela simples prolação do julgado, mas perseveram na constituição de um estado ou situação nova, tornada posteriormente incompatível com o sistema jurídico dominante, ou se transforma em uma injustiça evidente e intolerável, sua modificação é tão necessária como a modificação da lei em casos semelhantes” (BONAMÁ, 1946, p. 462-463).

inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”², admitindo, ainda que de forma indireta, a existência de coisa julgada inconstitucional e a possibilidade de se desconsiderar a coisa julgada material já consolidada.

Neste cenário, digladiam-se os autores entre diversas posturas, desde as que defendem a preservação da coisa julgada a qualquer custo, passando pelas da relatividade “moderada”, até as mais extremadas que negam à coisa julgada o *status* de direito-garantia fundamental.

Não se desconhece que o Direito, enquanto produto histórico-cultural, se depara com situações em que se mostra tão inadequado, quanto qualquer outra ciência, para dar conta das novas exigências sociais. Por isso, todo o dia é posto à prova, sua finalidade e justificação são questionadas, ele precisa se remodelar, reorientar seus objetivos, a fim de adequá-los às novas relações sócio-espaco-temporais. Nesse processo, se rediscutem conceitos e teorias, se relativizam direitos, garantias e institutos. Um movimento que atinge mesmo alguns direitos e garantias fundamentais, ou seja, *alguns daqueles direitos e garantias que cada Estado soberano, dentre os direitos do homem, seleciona e positiva na sua esfera jurídica*.

É no campo dos direitos fundamentais e da relatividade dos mesmos que se desenvolve este trabalho. O problema central da pesquisa consiste em tentar responder à pergunta: o que distingue a coisa julgada injusta da coisa julgada inconstitucional? Em torno desta problemática, propõe-se estudar o direito-garantia fundamental da coisa julgada e a relatividade do instituto face à ocorrência da coisa julgada injusta e da coisa julgada inconstitucional, adotando como hipóteses de trabalho: que a coisa julgada se trata de um direito-garantia fundamental; que como direito-garantia é dotada de caráter relativo; que há distinção entre coisa julgada injusta e coisa julgada inconstitucional; que a coisa julgada injusta configura uma colisão de direitos fundamentais, passível de ser solucionada pelo mecanismo da

² A Medida Provisória n. 2.180-35 é objeto da ADIn n. 2.418-3, de autoria do Conselho Federal da OAB, que desde 08.10.2004 se encontra conclusa ao relator, atualmente o Min. Cezar Peluso, depois do Advogado-Geral da União haver requerido a preferência no julgamento e o Procurador-Geral da República oferecer parecer pela procedência do pedido de inconstitucionalidade do art. 10 da referida Medida Provisória, na parte que acrescentou o § único ao art. 741 do CPC e o § 5º ao art. 884 da CLT.

ponderação; ao passo que a coisa julgada inconstitucional configura um conflito de regras de diferente escalão hierárquico, para o qual a ordem jurídica dispõe de regras específicas de solução e que, por conseqüência, não podem receber igual forma de tratamento.

Trata-se, como se vê, de um tema complexo que perpassa vários ramos da ciência jurídica, desde a Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito, passando pelo Direito Processual, até o Direito Constitucional e a Teoria da Constituição. Nesta trajetória envolve a problemática dos direitos fundamentais, dos conflitos de normas constitucionais (conflito de regras e colisão de princípios ou direitos fundamentais) e do controle de constitucionalidade, principalmente no que respeita aos efeitos temporais das decisões proferidas em sede de controle abstrato.

Apesar de não ser um tema novo, pode ser um tema atual e de vital importância, pela aplicação constante e pelos efeitos e repercussões que provoca sobre a realidade concreta, fundamentalmente no campo da segurança jurídica do indivíduo e da confiança que o cidadão deposita nas instituições estatais, o que revela a utilidade e a importância social da pesquisa empreendida. É que, diz Domingos Afonso Kriger Filho, “[...] pesquisa científica sem aplicabilidade concreta é desperdício de tempo e de recursos, e constitui inútil demonstração de conhecimento egoisticamente direcionado, em virtude de não atender a nenhum papel social” (KRIGER FILHO, 2000, p. 13). Neste prisma, para além da satisfação pessoal que o estudo proporciona, almeja-se que o conhecimento produzido seja capaz de acrescentar algo de útil e proveitoso ao debate jurídico já iniciado, cumprindo seu papel social e realizando a idéia de que cada homem é responsável por sua época e deve procurar fazer, dentro das suas possibilidades, o que estiver ao seu alcance para promover e melhorar a convivência social e o progresso coletivo.

A respeito da “coisa julgada inconstitucional” e da relativização, flexibilização ou desconsideração da coisa julgada muito se tem escrito, especialmente os processualistas, o que não significa que se possa dar a matéria como pronta e acabada. No entender da autora, o assunto comporta um estudo aprofundado e uma tentativa de sistematização pela ótica constitucional e da Teoria da Constituição. Há necessidade de precisar e distinguir a “coisa julgada injusta” e a “coisa julgada

inconstitucional”, tratadas tantas vezes como se fossem a mesma coisa, de identificar e analisar esses problemas à luz da dogmática constitucional, com vista à sistematização da matéria. É o que se tentará realizar, na esperança e na intenção de contribuir para o desenvolvimento científico da matéria.

Faz-se necessário esclarecer, entretanto, que não se trata de um estudo profundo e exaustivo do instituto da coisa julgada em si ou da sua regulamentação infraconstitucional, nem tampouco dos instrumentos processuais utilizados para a sua revisão, cuida-se tão somente do estudo da coisa julgada na qualidade de direito-garantia fundamental, razão pela qual, deixam de ser analisados importantes aspectos do instituto. Isso não significa, no entanto, que se prescindia de toda a teorização existente sobre o instituto. Significa, apenas, que se realizam cortes metodológicos e se buscam os aspectos do instituto considerados essenciais para a perspectiva analítica adotada no trabalho.

Ao se iniciar este estudo, tem-se plena consciência de que, tal como ensina Norberto Bobbio, os direitos do homem são realidades variáveis, que se modificam continuamente de acordo com as circunstâncias históricas (acontecimentos, interesses políticos, evolução científica e tecnológica etc), que direitos anteriormente considerados absolutos ³ foram relativizados, que novos direitos surgiram ⁴ e continuarão a surgir *ad infinitum*, em função do constante evoluir da humanidade, e que “[...] o que é fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas” (BOBBIO, 1992, p. 19), a preocupação maior, porém, é compreender até que ponto um direito-garantia, num espaço e tempo determinados — a ordem jurídica brasileira atual —, considerado fundamental e protegido constitucionalmente pelo manto das cláusulas pétreas, pode ser afastado e quais as circunstâncias que justificam tal afastamento.

Se é verdade que a garantia da coisa julgada não é um princípio absoluto e que as decisões judiciais, como qualquer ato do Poder Público, devem respeito à Constituição (sob pena de serem inconstitucionais), não é menos verdade que a

³ É o caso, por exemplo, do direito de propriedade, com a exigência de sua função social.

⁴ Basta pensar na própria classificação dos direitos humanos em gerações ou dimensões, como preferem alguns, consoante a ordem do seu surgimento e institucionalização: 1ª dimensão, os direitos civis e políticos; 2ª dimensão, os direitos sociais; 3ª dimensão, os direitos coletivos e difusos.

coisa julgada material é um direito-garantia fundamental protegido pela Constituição e que desempenha um importante papel na segurança das relações jurídicas e, mesmo, na concretude de outros direitos fundamentais, garantindo, por exemplo, a efetividade da prestação jurisdicional.

É nesse intrincado, mas atraente, cenário que se pretende viajar, refletindo sobre o direito-garantia fundamental da coisa julgada, sobre o caráter absoluto ou relativo desse direito-garantia e sobre a possibilidade de desconsideração do mesmo, nas hipóteses de decisão judicial injusta ou inconstitucional, depois de distinguir e separar essas duas situações. No tema, a autora reúne assuntos que exercem sobre ela verdadeiro fascínio, a coisa julgada e o controle de constitucionalidade e seus efeitos, o que revela a importância pessoal da elaboração da pesquisa.

O desenvolvimento de um trabalho de investigação científica exige, além da definição do objeto, a adoção de um método de pesquisa, que permita identificar o modo como se aborda o objeto, já que este comporta plúrimas possibilidades de análise. Pelo uso de um método na aquisição de conhecimentos se diferencia o conhecimento científico de outras formas de conhecimento.

Assim, para que um trabalho de pesquisa se transforme em realidade e se atinja determinado resultado cientificamente aceitável, é necessário percorrer um caminho, superar etapas, fazer escolhas, usar estratégias que permitam atingir os objetivos traçados. A isto se chama método, que, no dizer de Eva Maria Lakatos e Marina de Andrade Marconi,

[...] é o conjunto das atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo – conhecimentos válidos e verdadeiros –, traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando as decisões do cientista (LAKATOS & MARCONI, 1991, p. 40).

Na tentativa de compreender o fenômeno jurídico objeto deste estudo e responder ao problema formulado adota-se um método epistemológico (método de abordagem) de base, essencialmente, hipotético-dedutivo, pois, percebida a lacuna nos conhecimentos sobre os quais se formulam as hipóteses deste trabalho, o objetivo seria a partir dos conhecimentos já produzidos, superar tal lacuna, pelo mecanismo de inferência dedutiva.

Salienta-se, no entanto, que ao longo de uma investigação científica raramente se usa um único método, freqüentemente é utilizada uma combinação de métodos e técnicas, de forma concomitante. Não é diferente neste estudo, pois embora na maior parte do trabalho predomine nitidamente o raciocínio hipotético-dedutivo, o qual permite alcançar dos conhecimentos e dados gerais à solução do problema específico levantado, a superação da lacuna existente. Em suma: o método indutivo será aplicado na tentativa de generalização dos conhecimentos obtidos.

Portanto, adota-se uma abordagem dogmática que se vale da interpretação, da sistematização, da análise e da síntese, que caminha do geral ao particular (dedução), para mais tarde generalizar (indução), sempre orientada pela lógica, que, como diz Jorge Miranda, se não oferece solução para os problemas, fornece métodos de trabalho (MIRANDA, 1996, p. 26). Assim, em termos de procedimento, adota-se, em geral, um método analítico-descritivo, mas não deixa de recorrer, em algumas situações, aos métodos histórico e comparativo.

Além do método de abordagem e de procedimento, a realização da pesquisa exige, ainda, a adoção de técnicas concretas de investigação, os processos investigativos que permitem à ciência alcançar os seus propósitos (LAKATOS & MARCONI, 1991, p. 64) e obter resultados confiáveis. Neste aspecto, atendendo às particularidades do objeto, recorre-se à documentação indireta, instrumentalizada por intermédio da pesquisa bibliográfica e documental.

A pesquisa bibliográfica consiste no levantamento e leitura de livros, revistas, artigos e demais publicações e permitirá conhecer a “[...] bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo [...]” (LAKATOS & MARCONI, 1991, p. 73) de modo a verificar o estágio em que se encontram os estudos e qual a posição nacional e estrangeira a respeito do assunto, para a partir daí se analisarem as hipóteses formuladas e se tentar resolver o problema colocado. Já a pesquisa documental consistirá na análise de decisões jurisprudenciais, visando identificar a posição dos tribunais a respeito do tema discutido.

O referencial teórico fundamental utilizado é um referencial bipartido: em relação à coisa julgada injusta se concentra basicamente nos postulados da teoria dos direitos

fundamentais de Robert Alexy; em relação à coisa julgada inconstitucional, recorre-se à teoria pura do direito de Hans Kelsen que ainda parece ser a mais adequada para tratar do princípio da supremacia constitucional e dos conflitos de regras constitucionais com regras jurídicas de inferior hierarquia.

O estudo realizado desdobra-se em três partes distintas, de acordo com os objetivos traçados, compreendendo cinco capítulos, seguidos das considerações finais.

A primeira parte compreende os dois primeiros capítulos. Discutido e delineado o tema e o objeto do trabalho, definido o problema de pesquisa e a metodologia adotada, o primeiro capítulo cuida da contextualização histórico-jurídica da matéria e seu objetivo é permitir uma melhor compreensão do objeto. O segundo cuida do instituto jurídico da coisa julgada, seu conceito e evolução, das razões da relativização e, propriamente, da relativização da coisa julgada, com o resumo e apresentação das três principais posturas doutrinárias que a defendem.

A segunda parte envolve o terceiro e quarto capítulos, que cuidam, respectivamente: (1) da proteção constitucional da coisa julgada, da qualificação como direito-garantia fundamental, do caráter relativo do mesmo, com delimitação do objeto e do âmbito de proteção, da desconsideração da coisa julgada como uma restrição não expressamente autorizada pela Constituição, que permite a regulamentação infraconstitucional do instituto sem lhe retirar a natureza constitucional e da natureza estrutural da norma constitucional encontrada no inc. XXXVI, do art. 5º, da CF/88; (2) encerra-se a segunda parte do trabalho com um capítulo falando do significado e alcance da expressão “lei” no enunciado normativo constitucional que prevê o direito-garantia em exame.

A terceira parte, a mais importante de todas, compreende o capítulo final, o quinto, onde se trata dos tipos de desconsideração da coisa julgada, a começar pela análise da coisa julgada injusta (item 5.1), sua definição e caracterização, bem como, das exigências e condições que justificam a desconsideração do instituto. Na segunda parte (item 5.2), cuida-se da coisa julgada inconstitucional, trabalha-se o conceito de inconstitucionalidade e a sua natureza jurídica, fala-se de controle de constitucionalidade e dos dois principais sistemas, para daí chegar aos atos

jurisdicionais inconstitucionais e à coisa julgada inconstitucional. Por último (item 5.2.4), analisam-se os reflexos da pronúncia de inconstitucionalidade pelo STF sobre o direito-garantia fundamental da coisa julgada.

Encerra-se o trabalho com as considerações finais e as referências bibliográficas e jurisprudenciais utilizadas na elaboração da presente dissertação.

1 À GUIA DE CONTEXTUALIZAÇÃO

É famoso o velho brocardo *ubi societas ibi ius*⁵, invocado sempre que se pensa na natureza social do ser humano e na finalidade do direito, como o regulador social capaz de garantir eficazmente a vida do homem em sociedade. Por isso, se diz “que sociedade e direito forçosamente se pressupõem, não podendo existir aquela sem este, nem este sem aquela” (RÁO, 1999, p. 53).

Desse modo, a tranqüilidade e a paz social dependem do direito e da existência de normas jurídicas capazes de garantir a “coexistência pacífica entre as pessoas” (CRUZ, 1980, p. 9), o que leva Rudolf Von Ihering a dizer que “o fim do direito é a paz [...]” (IHERING, 2002, p. 27) e Francesco Carnelutti a relacionar direito com ordem e guerra com desordem e a afirmar que: “o segredo do direito está exatamente nisto: que os homens não devem viver no caos. A ordem é-lhes tão necessária quanto o ar que respiram” (CARNELUTTI, 2004, p. 13).

Ao regular a vida em sociedade, o direito esquadra, mede, cria parâmetros valorativos (CRUZ, 1980, p. 10). Abstratamente, descreve as condutas lícitas (aquelas a serem seguidas) e ilícitas (aquelas que devem ser evitadas) e as sanções que devem ser aplicadas em caso de descumprimento. Nas palavras de Marcelo Abelha Rodrigues, a vontade abstrata da lei antevê os fatos jurídicos, que ao surgirem nela se moldarão como se fossem duas peças do mesmo encaixe (RODRIGUES, 2003, p. 70). O direito desempenha aqui sua função primária e prescritiva⁶, a função normativa *stricto sensu* (NEVES, 1971-2, p. 15), que se desenvolve em duas dimensões: como princípio de ação, no sentido de que, ao estabelecer o complexo de prerrogativas e deveres, faculdades e responsabilidades de que é titular cada homem membro de uma determinada sociedade, cria critérios ou fundamentos de conduta (NEVES, 1971-2, p. 16); como princípio de sanção, ao prescrever as conseqüências jurídicas de cada conduta, objetiva transformar em ação efetiva o que antes prescreveu, ou seja, “assegura a realização dos efeitos práticos de sua intenção normativa” (NEVES, 1971-2, p. 19).

⁵ Tradução nossa: Onde existir uma sociedade, existirá Direito.

⁶ Sobre regras primárias e sua função ver Herbert L. A. Hart (2001, p. 89-109).

Todavia, a função ordenadora do direito não é suficiente para evitar o choque de interesses e a ocorrência de conflitos nas relações interpessoais. Conflitos cuja resolução é condição *sine qua non* do equilíbrio e da paz social. Por essa razão, o direito desempenha, ainda, uma função secundária ⁷ ou de organização, mediante a qual “articula os seus elementos num todo estruturado, regula o modo de operar concreto daquela primeira função normativa e cria inclusivamente órgãos especiais para a sua efetiva *actuação*” (NEVES, 1971-2, p. 15). Função que se desdobra em quatro momentos essenciais: *o sistemático*, quando, visando a unidade e coerência do sistema normativo, articula sistematicamente todos os seus elementos, resolve os problemas de concorrência e sucessividade de normas no tempo e no espaço, define hierarquias etc (NEVES, 1971-2, p. 37); *o constitutivo*, imposição de sua própria subsistência e continuidade como realidade histórica, que se revela na capacidade de, por meio de uma contínua atualização/revisão, resolver os novos problemas concretos que a sociedade em permanente evolução vai colocando (NEVES, 1971-2, p. 38); *o funcional ou operatório*, quando resolve o problema do cumprimento jurídico, estabelecendo o concreto modo de proceder (*modus operandi*), criando regras de funcionamento, regulando os atos jurídicos que separam as prescrições normativas do resultado da sua aplicação (NEVES, 1971-2, p. 41); e *o orgânico*, quando cria os órgãos dotados do poder de fazer atuar o direito, lhes distribui competências etc (NEVES, 1971-2, p. 42).

Deflagrado um conflito, gera-se uma situação de instabilidade e de desequilíbrio, a necessidade social de paz impõe que o conflito seja solucionado. Destarte, a ordem jurídica admite diferentes meios para realizar essa tarefa. Tais meios apresentam natureza diversa e, tradicionalmente, são classificados em três tipos: a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição ⁸. A autotutela, a forma mais primitiva e hoje só excepcionalmente admitida, baseia-se no temor e no uso da violência, o conflito se soluciona pela imposição da vontade do mais forte; na autocomposição a solução do impasse resulta da desistência ou da submissão de uma das partes à outra, ou, ainda, da negociação realizada entre elas; finalmente, na heterocomposição a solução do conflito é entregue a um terceiro, a cuja decisão se submetem as partes

⁷ Sobre regras secundárias e sua função ver Herbert L. A. Hart (2001, p. 89-109).

⁸ A respeito, entre outros: Cintra, Grinover e Dinamarco (2004, p. 20-35); Santos, M. A. (1985, p. 4-5).

conflitantes, a um árbitro em caso de arbitragem voluntária ou a um juiz ou tribunal, quando é o Estado o encarregado de solucionar a questão.

A doutrina ⁹, de modo geral, pontua que a cada um dos tipos descritos corresponde uma fase histórica da evolução humana. Se nos primórdios da civilização prevalecia a autotutela, com o regime da vingança privada, fundamentado na célebre Lei de Talião (“olho por olho, dente por dente”), atualmente predomina a heterocomposição, na forma da justiça pública, com o Estado atuando como juiz e detentor do monopólio da Jurisdição, o poder estatal de imperativamente decidir e de impor as suas decisões.

Teoricamente, pelo menos, os conflitos ainda podem ser solucionados por qualquer um dos modos apresentados. É certo que, na ordem jurídica brasileira, a autotutela é definida como crime ¹⁰, só sendo possível nas hipóteses legalmente previstas, e que existem algumas restrições ao uso da autocomposição e da arbitragem, principalmente no campo dos direitos indisponíveis, mas, no atual estágio civilizatório, somente o Estado detém o *jus punitiois* (direito de punir), ou seja, o poder de coercitivamente fazer valer sua vontade, o que faz com que a Jurisdição seja o meio pacificador mais utilizado.

No exercício da Jurisdição, como no de qualquer outra função estatal, o Estado, tal qual os particulares, se subordina ao Direito, devendo respeitar suas prescrições primárias e secundárias. Assim, o Estado não só terá que “impor a solução predeterminada pela norma substancial” (RODRIGUES, 2003, p. 71) ou de direito material (aquela que regula as relações humanas e as relações entre pessoas e bens), como, para atingir tal resultado, terá de utilizar o instrumento disponibilizado pela ordem jurídica para esse fim, qual seja, o processo. Daí a separação que se estabelece entre normas de direito material ou substancial e normas de direito processual ou adjetivo. Umas e outras são normas gerais e abstratas, molduras “que aguardam a ocorrência de fatos específicos para tornar concreta uma vontade abstrata” (RODRIGUES, 2003, p. 71). Mas, se distinguem umas das outras pela sua função: as primárias por regularem a vida das pessoas, as secundárias por

⁹ Por exemplo, Cintra, Grinover e Dinamarco (2004, p. 21-23); Alvim (1992, p. 92-94).

¹⁰ Ver arts. 345 e 350 do Código Penal.

garantirem a efetividade e observância das normas primárias. Por isso se diz “que o direito processual tem a função de instrumentalizar o direito material” (RODRIGUES, 2003, p. 71).

Apesar da clara distinção, normas primárias e secundárias são duas manifestações do jurídico. Conseqüentemente, dividem o mesmo objetivo final: garantir a paz e a tranqüilidade social. Essa a razão pela qual os sistemas jurídicos, lastreados nos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança ¹¹, têm procurado desenvolver técnicas e institutos “capazes de estabilizar as relações sociais, evitando a eternização dos conflitos” (SIQUEIRA, 1995, p. 372).

A coisa julgada é um dos principais, ou talvez o mais importante, instituto processual garantidor da segurança jurídica. Trata-se de instituto cujo objetivo é proteger as decisões judiciais (sentenças e acórdãos proferidos pelo Estado na solução dos conflitos, aplicando a norma geral e abstrata ao caso concreto), tornando inalteráveis os seus efeitos, depois de observadas algumas condições.

Tal como adverte Friedrich Karl Von Savigny ¹², freqüentemente uma decisão judicial pode se tornar duvidosa e nada mais natural que a ordem jurídica permita a sua revisão, quando algum dos interessados a considerar errônea. Mas, permitir a sua revisão indefinidamente, induziria a um estado de permanente incerteza (*apud* ARAGÃO, 1992, p. 189).

Por outro lado, se não existisse um mecanismo imobilizador de caráter imperativo, a função jurisdicional seria de natureza meramente consultiva e a pacificação poderia jamais ser alcançada, pois se se facultasse às partes o cumprimento, ou não, daquilo que foi objeto da decisão judicial, as mesmas poderiam optar por deixar em aberto o problema, colocando em risco a certeza e a segurança das relações jurídico-sociais.

¹¹ Tais princípios serão estudados adiante, razão pela qual se faz no momento mera referência.

¹² Friedrich Karl Von Savigny, um dos principais representantes da escola histórica do direito, corrente de pensamento que se desenvolveu na Alemanha nos finais do século XVIII e começo do século XIX, em oposição às idéias racionalistas do direito natural, vê o direito como um produto da história, o “espírito do povo”, expresso por costumes e tradições (BOBBIO, 1995, p. 51 e ss.).

Durante muito tempo a coisa julgada foi vista como um dogma ¹³, algo sagrado e intocável, dotado de caráter absoluto. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria:

Institucionalizou-se o mito da impermeabilidade das decisões judiciais, isto é, de sua imunidade a ataques, ainda que agasalhassem inconstitucionalidade, especialmente após operada a coisa julgada e ultrapassado, nos variados ordenamentos, o prazo para a sua impugnação. A coisa julgada, neste cenário, transformou-se na expressão máxima a consagrar os valores de certeza e segurança perseguidos no ideal do Estado de Direito. Consagra-se, assim, o princípio da intangibilidade da coisa julgada, visto, durante vários anos, como dotado de caráter absoluto (THEODORO JÚNIOR & FARIA, 2002, p. 126).

Há alguns anos, entretanto, começou a questionar-se o valor e o alcance da coisa julgada e muita coisa se publicou a respeito. A partir das noções de coisa julgada injusta e de coisa julgada inconstitucional, grandes nomes da processualística nacional passaram a defender a flexibilização do instituto. Discussão que se acirrou após o ano de 2001 quando, por meio da MP (Medida Provisória) n. 2.180-35, mantida em vigor pelo art. 2º da EC (Emenda Constitucional) n. 32/2001, se acrescentou o § único ao art. 741 do Código de Processo Civil e o § 5º ao art. 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, permitindo que em sede de embargos à execução se discuta a inexigibilidade do título judicial fundado em lei ou ato normativo que tenha sido proclamado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretações tidas por incompatíveis com a Constituição Federal. Deste modo, sem fazer expressa referência à coisa julgada inconstitucional, a ordem jurídica nacional, de forma indireta, teria passado a admitir a sua existência.

Por ser regulada pelo Código de Processo Civil, a coisa julgada é considerada um instituto de direito processual e é por esse enfoque que a quase generalidade dos trabalhos realizados a têm analisado. Ocorre que, além de instituto processual, a coisa julgada é também uma das garantias fundamentais, expressamente reconhecidas pela Constituição Federal de 1988, e é sob a ótica de direito constitucional que este trabalho pretende estudá-la. É a partir da natureza jurídica da

¹³ Não sem motivo, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, ao escreverem sobre o tema, intitularam seu livro de: *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização* (WAMBIER & MEDINA, 2003).

norma constitucional que se tentará analisar a possibilidade ou a impossibilidade da sua relativização/flexibilização e, em caso positivo, quais as situações em que isso pode ocorrer.

A priori, a pesquisa parte da premissa lógica de que coisa julgada injusta e coisa julgada inconstitucional são coisas distintas, já que a existência da segunda, ou seja, da coisa julgada inconstitucional, pressupõe o prévio reconhecimento da inconstitucionalidade, o que é desnecessário quando se pensa na justiça ou injustiça da decisão. Uma decisão judicial pode ser injusta sem ser inconstitucional, pode ser inconstitucional sem ser injusta ou pode reunir os dois aspectos.

Os objetivos centrais da pesquisa são os de compreender o significado e o alcance da proteção constitucional à coisa julgada, identificar e separar a coisa julgada injusta da coisa julgada inconstitucional e de conhecer os reflexos dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade sobre essa garantia constitucional. Para alcançá-los impõe-se estudar não só os mecanismos do controle de constitucionalidade e os seus respectivos efeitos, mas também o instituto da coisa julgada e é por ele que se começa.

2 O INSTITUTO DA COISA JULGADA

Apesar do enfoque constitucional que se pretende imprimir a este trabalho, não há como apreender o significado e o alcance do direito-garantia fundamental da coisa julgada sem conhecer a essência desse complexo instituto, objeto de grandes controvérsias, definido e regulamentado por normas infraconstitucionais.

Se é o legislador infraconstitucional quem define “o que é e como se produz a coisa julgada [...]” (ROCHA, 2005, p. 177), conhecê-la pressupõe, por consequência, a análise e reflexão do tratamento jurídico que lhe é dispensado infraconstitucionalmente. Esse o motivo de se iniciar a caminhada enveredando pelo estudo do direito processual, ramo da ciência jurídica que mais extensamente regulamenta o instituto em análise.

Antes de iniciar o estudo, porém, cabe informar que ainda são grandes as controvérsias sobre a natureza da coisa julgada material, sobre a índole processual ou substancial do instituto. Polêmicas que há longa data se arrastam contrapondo “materialistas” e “processualistas” e que Enrico Tulio Liebman já denunciava como intermináveis e de impossível resolução devido ao defeito inicial de formulação (LIEBMAN, 1984, p. 42).

Defendem os primeiros a pertinência ao direito material pela repercussão da coisa julgada sobre a relação jurídico-material, confirmando o direito pré-existente nos casos de sentença justa ou gerando direito novo nas hipóteses de sentença injusta ¹⁴. Os segundos negam qualquer influência da sentença com autoridade de coisa julgada sobre o direito material e colocam a essência da coisa julgada “[...] na proibição de que se emita um novo comando jurisdicional sobre o mesmo objeto processual [...]” (TALAMINI, 2005, p. 45).

Em meio ao debate, Enrico Tulio Liebman chama a atenção de que o que se está discutindo envolve questões muito mais amplas, relativas à natureza dos efeitos da sentença, que não dizem respeito à coisa julgada em si, que, “[...] por si só, não é

¹⁴ Para um estudo mais aprofundado da questão, entre outros, Liebman (1984, p. 42 e ss), Aragão (1992, p. 211 e ss), Gastal (2006, p. 188-195).

nem ‘processual’ nem ‘material’” (LIEBMAN, 1984, p. 44 e 186), pois não se constitui um efeito da sentença, mas um instituto pertencente ao direito público, “[...] mais precisamente ao direito constitucional” (LIEBMAN, 1984, p. 55), adotado pelo Estado por razões de oportunidade, de exigências práticas e de política legislativa (LIEBMAN, 1984, p. 55; 171 e 181).

Tem razão Tulio Liebman sobre a natureza constitucional do instituto, principalmente na ordem jurídica nacional onde foi alçado a direito-garantia fundamental. Mas, pelos efeitos que gera, não há como negar que se trata de instituto bifaciado, que se encontra no limiar entre o direito processual e o direito material, pois, além de perpetuar o ato jurisdicional, repercute na situação jurídica-material, afetando a “[...] *vida do jurisdicionado*”¹⁵ (TALAMINI, 2005, p. 46, grifos no original).

Uma coisa é certa, qualquer que seja o entendimento, para conhecer o instituto da coisa julgada material impõe-se, como se disse acima, analisar o tratamento que lhe é dispensado pelo direito processual, o que se faz em seguida.

2.1 COISA JULGADA: CONCEITO E EVOLUÇÃO

Na antiga redação do § 1º, do art. 162, do CPC, sentença era definida como o ato pelo qual o juiz colocava fim ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. Uma redação bastante criticada¹⁶ e que foi objeto de recente alteração¹⁷, mas cujo texto, apesar de tudo, revelava a importância de que se reveste tal ato processual, ponto máximo do processo, se se pensar que é nesse momento que o Estado presta a tutela jurisdicional, dirime a controvérsia levantada pelas partes, reconhece a existência ou a inexistência do direito pleiteado, soluciona os conflitos de interesses (CPC, art. 269 – resolução de mérito ou de fundo) ou, simplesmente, declara o

¹⁵ Destaca-se, como fazem Grinover (1984, p. 65) e Aragão (1992, p. 214), que no Brasil há uma predominância da concepção processual da coisa julgada.

¹⁶ Ver, por exemplo, Greco Filho (2003, p. 14-16) e Aragão (1992, p. 79-80).

¹⁷ Na nova redação, dada pela Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, a definição direta de sentença desaparece e dá lugar a uma definição por referência: “Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

encerramento do processo pela impossibilidade da prestação da tutela jurisdicional (CPC, art. 267 – sentença terminativa, sem resolução do mérito). Em suma, ao ser proferida a sentença se restabelecem, mesmo que de forma provisória, a paz e o equilíbrio social, escopo último da própria atividade jurisdicional.

Um ato de tal envergadura haveria de ter algo de especial, algo que garantisse que aquele mesmo processo não se repetiria, algo que impedisse a rediscussão da matéria objeto da decisão, algo capaz de garantir a segurança jurídica indispensável a qualquer ordem social e, por questões práticas, algo que garantisse o funcionamento da própria instituição judiciária, impedindo a sobrecarga do sistema. Esse algo mais se chama *coisa julgada*. O que é efetivamente, isso, continua a ser objeto de discussão.

A denominação *coisa julgada* é herança do Direito Romano, atualização da expressão *res iudicata*. Expressão que sempre provocou algumas dificuldades de interpretação devido aos muitos significados dos vocábulos que a compõem, principalmente a palavra *res*, que, entre outros, pode significar: uma coisa, o objeto de um contrato, o conteúdo de um negócio jurídico, a validade, a objetividade, um caso, uma causa jurídica ou um negócio jurídico (CRUZ, 1980, p. 235).

Egas Moniz de Aragão demonstra essa plurissignificatividade pela correspondência do substantivo “coisa” com a palavra “bem”, resultante do confronto entre as expressões “Dos Bens”, epígrafe do Livro II da Parte Geral, e “Do Direito das Coisas”, Título II da Parte Especial, ambos do Código Civil Brasileiro de 1916, correspondência que se manteve no atual Diploma Civil (Lei n. 10.106/02), entre o Livro II da Parte Geral e o Livro III da Parte Especial (ARAGÃO, 1992, p. 191).

Com base em Giuseppe Chiovenda¹⁸ e Francesco Carnelutti¹⁹, o mesmo autor preconiza que o vocábulo *res* na locução em análise significa um bem, uma relação ou um caso e chama a atenção para a expressividade da locução “caso julgado”, expressão utilizada em Portugal para designar a mesma realidade (ARAGÃO, 1992, p. 191). Com relação à palavra “julgada”, explica que se trata do participio passado

¹⁸ Giuseppe Chiovenda (1872-1937), jurista italiano, um dos pais da ciência processual.

¹⁹ Francesco Carnelutti (1879-1965), um dos principais processualistas italiano.

do verbo julgar e que significa que o juiz já se manifestou sobre o que foi deduzido em juízo. Segundo suas palavras: “‘coisa julgada’ corresponde ao ‘bem’, à ‘relação, ao caso sobre que as partes litigaram em juízo depois de estar a demanda solucionada pela sentença que houver acolhido ou rejeitado o pedido do autor.” (ARAGÃO, 1992, p. 192).

Tal como destaca Eduardo Couture, não existe um conceito único de coisa julgada, trata-se de um conceito histórico com sentido e aplicações diversas ao longo do tempo e que varia de um país para outro (COUTURE, 2002, p. 331). Na reconstrução histórica do instituto é comum retroceder-se ao Direito Romano, sendo este dividido em três períodos processuais:

- 1) o das *legis actiones*, dos primórdios da vida jurídica em Roma ao surgimento da *Lex Aebutia de formulis* (149 a.C), em que o direito se restringia a um conjunto de ações e o processo, absolutamente oral, se desenvolvia em duas fases, a fase *in iure* perante o *praetor* (um chefe, titular do *iuris-dictio*, a faculdade de dizer o direito), que analisava o aspecto jurídico da ação (declarava a existência ou a inexistência do direito), e a fase *apud iudicem*, perante o *iudex*, um particular encarregado das questões de fato, portanto, de julgar a ação de acordo com a ordem jurídica pré-determinada e consoante o resultado das provas colhidas (CRUZ, 1980, p. 69; SANTOS, M. A., 1985, p. 39-40);
- 2) o *per formulas*, da *Lei Aebutia* até à morte de Ulpianus (séc. III d.C), compreende o período político da república e da divisão do território em províncias, o formalismo das *actiones* e do *ius civile* (direito aplicado aos cidadãos romanos) dá lugar às fórmulas do *ius honorarium* (direito romano não-civile), o direito criado pelos magistrados a partir da adaptação do *ius civile* às condições socioeconômicas regionais, mantém-se as duas fases do processo, mas ao admitir a ação o pretor passa a elaborar uma fórmula (documento) para pautar a atuação do juiz durante o julgamento (CRUZ, 1980, p. 78, 298 e ss; SANTOS, M. A., 1985, p. 42);

3) o da *cognitio extraordinária*, é a fase da institucionalização da justiça pública, tem como marco inicial o ano 27 a.C, quando Roma é transformada num principado e o *princeps*, detentor de todo o poder político, transforma os antigos magistrados em funcionários públicos seus subordinados, os juizes oficiais passam a dirigir todo o processo, da instauração à execução. A sentença passa a ser um ato oficial, um ato de autoridade com força obrigatória (CRUZ, 1980, p.274; SANTOS, M. A., 1985, p. 43-44).

Nas primeiras fases a eficácia da sentença resultava do compromisso assumido pelas partes na *litiscontestatio*. Na última, o “Estado” assume a função pública de administrar a justiça e a sentença, como ato dotado do *ius imperium*, ganha força de presunção de verdade. Porém, segundo Enrico Tulio Liebman, durante todo esse tempo, a coisa julgada se confunde com o próprio objeto litigioso, depois de julgado devido ou indevido (LIEBMAN, 1984, p. 2).

A idéia justiniana de que a autoridade da sentença advinha da presunção de verdade declarada na sentença difundiu-se, durante o Medievo, pelo trabalho dos escolásticos ²⁰ e, pela influência e autoridade de Robert Joseph Pothier ²¹, na modernidade, ingressou no instrumento legislativo mais importante da época, o Código Civil Francês de 1804, conhecido como Código de Napoleão, como uma das presunções legais e o fundamento jurídico-dogmático da coisa julgada, ao dispor no art. 1.350, depois de, no artigo anterior, haver definido presunções como as conseqüências que a lei ou o magistrado tira de um fato conhecido para um fato desconhecido ²², textualmente:

A presunção legal é a que é atribuída por uma lei especial a certos atos ou a certos fatos; tais são, [...] 3º A autoridade que a lei atribui ao caso julgado ²³;

²⁰ Integrantes da Escolástica, escola jusfilosófica de pensamento cristão que dominou dos séc. IX A XVI, que ensinavam Filosofia (gramática, retórica e dialética) nas escolas da época.

²¹ Robert Joseph Pothier (1699-1772), jurista francês, um dos mais célebres juristas dos tempos modernos, que se dedicou a estudar profundamente o Direito Romano, principalmente o Justiniano, e a sua sistematização e cujas obras influenciaram profundamente o Direito Civil.

²² Tradução nossa. No original: *Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu (Code civil, Article 1.349).*

²³ Tradução nossa. No original: *La présomption légale est celle lui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits; tels sont, [...] 3º. L'autorité que la loi attribue à la chose jugée; (Code civil, Article 1350).*

A mesma idéia se propagou pelos códigos modernos que seguiram o modelo napoleônico e prevalece até hoje no direito francês, como revela a redação do art. 1.350 do atual Código Civil, que continua a mesma, e o estudo realizado por Jean-Pierre Dintilhac, Presidente da Segunda Câmara Civil da Corte de Cassação, intitulado *La vérité de la chose jugée*, que integra o Relatório Anual de 2004 ²⁴, daquela Corte, em que afirma:

Para concluir, se tivéssemos que fazê-lo em apenas algumas palavras, poderíamos dizer que o caso julgado não é a verdade, mas uma verdade naquilo em que, em virtude do Código civil e do novo Código de processo civil, foi julgado, nos limites e nas circunstâncias acima descritos, é coberto de uma *autoridade que lhe confere a força da verdade por presunção da lei* ²⁵ (grifo nosso).

Já no século XIX, a partir da constatação de que também as sentenças injustas ou erradas transitavam em julgado, Friedrich Karl Von Savigny desenvolveu a teoria da coisa julgada como ficção da verdade. Para ele, a essência da coisa julgada estaria na verdade artificial existente na sentença, mas, como adverte Eduardo Couture, trata-se de interpretação falaciosa, pois desconsidera a grande quantidade de casos nos quais a sentença não constitui uma ficção por corresponder à verdade real (COUTURE, 2002, p. 333).

Anos mais tarde, já no séc. XX, Giuseppe Chiovenda vê a autoridade da coisa julgada na vontade do Estado, que, por meio do juiz, aplica a vontade da lei ao caso concreto, o que significa que o juiz declara a vontade da lei ou, como diz Enrico Tulio Liebman, produz a certeza da existência de uma vontade concreta da lei e, portanto, a indiscutibilidade do bem reconhecido ou negado pela sentença (LIEBMAN, 1984, p. 16).

²⁴ Em 2004 se comemorava o bicentenário do Código Civil Francês e o Decreto 2004-836 de 20 de agosto, em vigor desde 1º de janeiro de 2005, alterou o art. 125 do Novo Código de Processo Civil permitindo que o juiz conheça de ofício as questões de ordem pública, inclusive a coisa julgada, dispondo: *Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours. Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée. (Nouveau code de procédure civile, Article 125).*

²⁵ Tradução nossa. No original : *Pour conclure. Si l'on devait le faire en quelques mots seulement, on pourrait dire que la chose jugée n'est pas la vérité mais une vérité en ce que, par la vertu du Code civil et du nouveau Code de procédure civile, ce qui a été jugé, dans les limites et les circonstances ci-dessus décrites, est revêtu d'une autorité qui lui confère la force de la vérité par présomption de la loi* (DINTILHAC, 2004).

Assim, durante vários séculos, se instala no ideário jurídico a idéia da coisa julgada como um dos efeitos da sentença e a sua vinculação com a declaração do direito reconhecido na mesma, a declaração do juiz capaz de gerar a “certeza indiscutível” (LIEBMAN,1984, p. 16).

Só em pleno século XX a doutrina tradicional vai ser afrontada pela obra *Eficácia e Autoridade da Sentença*, onde Enrico Tulio Liebman, depois de analisar criticamente as posições que o antecederam, conclui que, por se tratar de um ato do Poder Público, a eficácia é inerente a toda e qualquer sentença, ou seja, como ato imperativo a sentença vale independente de ter ou não transitado em julgado (LIEBMAN,1984, p. 16).

Logo, a coisa julgada não pode ser confundida com os efeitos da decisão. Segundo suas próprias palavras, a autoridade da coisa julgada “[...] não pode e não é de referir-se a um efeito autônomo que possa estar de qualquer modo sozinho; indica, pelo contrário, a força, a maneira com que certos efeitos se produzem, isto é, uma qualidade ou modo de ser deles” (LIEBMAN,1984, p. 5). E, em termos conclusivos, reafirma na página seguinte:

A linguagem induziu-nos, portanto, inconscientemente, à descoberta desta verdade: que a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoantes as diferentes categorias das sentenças (LIEBMAN,1984, p. 6).

Um pouco adiante, reforça:

[...] a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado (LIEBMAN,1984, p. 40).

Para chegar a tal conclusão, Enrico Tulio Liebman lançou mão dos estudos anteriores que, a partir dos reflexos do conteúdo e dos efeitos das sentenças no direito material, classificavam as sentenças em declaratórias, constitutivas e condenatórias e procurou estabelecer a relação existente entre esses diferentes efeitos e a coisa julgada. Constatou que são coisas absolutamente diferentes: uma coisa são os efeitos declaratórios, constitutivos ou condenatórios que a sentença

pode apresentar e coisa bem diversa é a possibilidade de depois de produzidos esses efeitos poderem ser contestados, reformados ou revogados (LIEBMAN,1984, p. 38), ou seja, o grau de estabilidade de que gozam, a imutabilidade (ou a intangibilidade) que esses efeitos podem ou não alcançar. Por isso ele afirma que a coisa julgada não é um efeito da sentença, mas “é qualquer coisa mais que se ajunta para aumentar-lhes a estabilidade, e isso vale igualmente para todos os efeitos possíveis das sentenças” (LIEBMAN,1984 , p. 20-21).

Esse o conceito de coisa julgada hoje predominante: a imutabilidade da sentença e dos seus efeitos.

Vale lembrar, no entanto, que, apesar do predomínio, a doutrina Liebmeriana não ficou imune a críticas e discordâncias. Entre elas, destaca-se a posição do Professor José Carlos Barbosa Moreira, seguida por processualistas mais jovens como José Maria Tesheiner (2001, p. 73 e ss.), Marcelo Abelha Rodrigues (2003, p. 339) e Eduardo Talamini (2005, p. 44), que discorda parcialmente de Enrico Tulio Liebman no sentido de que não são os efeitos da sentença que adquirem o caráter de imutabilidade, mas o seu conteúdo, ou seja, a norma jurídica concreta criada pela sentença, sendo a coisa julgada uma situação jurídica que surge com o trânsito em julgado da decisão.

Ensina o ilustre Professor que,

Quando uma situação de fato é levada a consideração do juiz, por alguém que solicita uma providência jurisdicional, cabe ao juiz estabelecer a disciplina jurídica à qual deve submeter-se tal situação. O órgão judicial o fará enunciando na sentença (desde que presentes os requisitos de uma decisão de fundo) a norma jurídica concreta aplicável ao caso de que se trata²⁶ (MOREIRA, 1994, p. 103).

Em seguida, explica:

Na sua qualidade de ato jurídico, a sentença está destinada, por via de princípio, a produzir efeitos no mundo do direito. Para designar o conjunto

²⁶ Tradução nossa. No original: *Cuando una situación de hecho es llevada a la consideración del juez, por alguien que le solicita una providencia jurisdiccional, corresponde a aquel establecer la disciplina jurídica a la cual debe someterse dicha situación. El órgano judicial lo hará enunciando en la sentencia – con tal que estén presentes todos los presupuestos de una resolución sobre el fondo – la norma jurídica concreta aplicable al caso de que se trata.*

dos efeitos produzidos (concreta ou potencialmente) pela sentença fala-se geralmente da sua eficácia. Neste sentido, a eficácia da sentença é algo que se distingue nitidamente de seu conteúdo. Compreende-se com facilidade que os efeitos de uma coisa, por definição, não estão no seu interior, mas que se projetam *ad extra* [...] ²⁷ (MOREIRA, 1994, p. 105).

De forma ainda mais explícita, num outro texto, acresce:

É natural que se estabeleça relação íntima entre o conteúdo e os efeitos de um ato jurídico. [...]

De modo algum significa isso que o efeito produzido pelo ato se identifique ou se confunda com o respectivo conteúdo, ou faça parte desse conteúdo. O efeito é algo que está necessariamente, por definição, fora daquilo que o produz, quer se trate de fato natural, quer de ato jurídico. [...]

O que se disse dos atos jurídicos em geral diz-se igualmente, em particular, da sentença. Também quanto a esta se distinguem um conteúdo, algo que está nela, que a integra, e os vários efeitos que, nascendo dela, se manifestam fora, se projetam *ad extra*. Esses efeitos variam segundo o conteúdo, são determinados por ele, mas nem por isso com ele se confundem (MOREIRA, 1989, p. 176-177).

Donde conclui que:

Inconfundível com a eficácia da sentença é a eventual imutabilidade da norma concreta contida naquela. Se tal norma deve ou não se tornar imutável é essencialmente uma questão de conveniência, que se resolve com critérios de política legislativa. Na história do direito [...] razões intuitivas de ordem prática levaram o legislador a consagrar a regra segundo a qual, sob certas condições, se torna impossível reexaminar a matéria decidida pelo juiz, e a sentença se torna firme. A situação jurídica que se forma nesse instante se dá a denominação de coisa julgada: formal, se a imutabilidade está limitada ao mesmo processo em que se ditou a sentença; material, se a norma concreta advém ilimitadamente imutável ²⁸ (MOREIRA, 1994, p. 106, grifo nosso).

²⁷ Tradução nossa. No original: *En su calidad de acto jurídico, la sentencia está destinada, por vía de principio, a producir efectos en el mundo del derecho. Para designar el conjunto de los efectos producidos (actualmente o potencialmente) por la sentencia se suele hablar de su eficacia. En este sentido, la eficacia de la sentencia es algo que se distingue nitidamente de su contenido. Se comprende con facilidad que los efectos de una cosa, por definición, no están ubicados en su interior, sino que se proyectan ad extra [...].*

²⁸ Tradução nossa. No original: *Con la eficacia de la sentencia es inconfundible la eventual inmutabilidad de la norma concreta contenida en aquélla. Que tal norma deba o no tornar-se inmutable es esencialmente una cuestión de conveniencia, que se resuelve con criterios de política legislativa. En la historia del derecho [...] razones intuitivas de orden práctico han inducido al legislador a consagrar la regla según la cual, el juez, y la sentencia queda en firme. A la situación jurídica que se forma en ese instante se da la denominación de cosa juzgada: formal, si la inmutabilidad está limitada al mismo proceso en que se dictó la sentencia; material, si la norma concreta deviene ilimitadamente inmutable.*

Posição diferente, mas também respeitada, defende outro renomado processualista, o professor Ovídio Baptista da Silva. Ao seguir a classificação quinária ²⁹ das ações e a multiplicidade de eficácias contidas na sentença e defender que a coisa julgada não diz respeito a todo o conteúdo da sentença, mas apenas à sua eficácia declaratória (SILVA, O. B., 2003, p. 74-75). Argumenta que os efeitos constitutivos, executivos ou condenatórios são absolutamente mutáveis, podendo desaparecer sem que a autoridade da coisa julgada seja afetada, pois nada impede, por exemplo, que um crédito reconhecido por sentença seja extinto, antes ou depois do trânsito em julgado, se o devedor quitar a dívida ou se esta for remida pelo credor. Mas a sentença, na qualidade de norma jurídica reguladora de uma específica situação concreta, permanece inalterável, mantendo-se a sua eficácia declaratória que é definitiva (SILVA, O. B., 2003, p. 80).

Não convencem os últimos argumentos apresentados, eis que o exemplo utilizado permite desenvolver um raciocínio completamente contrário, isto é, o de que a extinção do crédito reconhecido por sentença, pela quitação da dívida ou pela remissão do credor, antes ou depois do trânsito em julgado, na verdade, confirma a autoridade da coisa julgada e a efetivação dos efeitos materiais da sentença.

Conhecidas as controvérsias doutrinárias que cercam a coisa julgada, cumpre ver o tratamento que lhe dispensa o direito positivo. Na ordem jurídica brasileira infraconstitucional dois dispositivos legais tratam da questão: o § 3º, do art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, cujo texto reza: “*Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso*”; e o art. 467, do Código de Processo Civil, que afirma: “*Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário*”.

As críticas doutrinárias não pouparam nenhum dos dispositivos legais. No primeiro, a principal crítica formulada é a de não definir a coisa julgada em si, mas o momento de sua formação. Quer dizer, confundir a coisa julgada com o trânsito em julgado,

²⁹ Classificação elaborada por Pontes de Miranda, que, a partir da combinação de eficácias encontradas nas sentenças e de acordo com a eficácia preponderante em cada uma delas, distinguiu cinco diferentes tipos de ações: declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas.

isto é, o momento em que o processo chega ao seu final, o momento em que o processo deixa de tramitar (RODRIGUES, 2003, p. 338; ARAGÃO, 1992, p. 239), seja porque se esgotaram todos os recursos possíveis, seja porque passou *in albis* o prazo recursal ou, ainda, porque se trata de uma decisão legalmente irrecorrível. Preclusas todas as vias recursais, diz-se então que a sentença transitou em julgado. A impossibilidade de impugnar o *decisum* faz com que este adquira um caráter definitivo, um caráter imutável, noutras palavras, a autoridade de coisa julgada. Desse modo, pode se dizer que o dispositivo legal confundiu a consequência do fato com o próprio fato jurídico, pois a coisa julgada é decorrência do trânsito em julgado. No segundo caso, critica-se o descompasso entre o dispositivo legal que fala de coisa julgada como eficácia e a exposição dos motivos do Código de Processo Civil que se manteve fiel a Enrico Tulio Liebman, e vê a coisa julgada como qualidade da sentença e dos seus efeitos (SIQUEIRA, 1995, p. 376). Além disso, imputa-se que ao tentar definir coisa julgada material, o dispositivo legal acaba por definir coisa julgada formal (GRINOVER, 1984, p. 8).

Tomados isoladamente é certo que os dispositivos legais citados pouco auxiliam na conceituação do instituto e em meio a tantas críticas e controvérsias parece haver um só consenso, o de que o instituto da coisa julgada alberga dois momentos: a coisa julgada formal e a coisa julgada material ³⁰.

A coisa julgada formal, de natureza estritamente processual, é resultado da preclusão dos meios recursais e da conseqüente impossibilidade de modificação da sentença enquanto ato processual (LIEBMAN, 1984, p. 60; SANTOS, M. A., 1985a, p. 44), dentro da mesma relação jurídica. Como afirma Cândido Rangel Dinamarco, repetido por Ângelo Vargas, a coisa julgada formal põe fim à relação processual “e, a partir de então, nenhum outro juiz ou tribunal poderá introduzir naquele processo outro ato que substitua a sentença irrecorrível” (DINAMARCO, 2002, p. 38; VARGAS 2005, p. 204). Configura o primeiro momento do instituto da coisa julgada, momento

³⁰ Como ensina Enrico Tulio Liebman, não se trata de duas espécies de coisa julgada, mas de um instituto único que desempenha duas funções: no primeiro momento, imobiliza o ato processual depois de preclusas as vias recursais; no segundo momento, consolida e garante os efeitos da decisão, afastando o perigo de decisões contraditórias (LIEBMAN, 1984, p. 54 e ss.). É o que explica, também, o Código de Processo Civil português, ao prever no n. 2 do art. 497 que: “Tanto a exceção da litispendência como a do caso julgado têm por fim evitar que o tribunal seja colocado na alternativa de contradizer ou de reproduzir uma decisão anterior”.

que se opera *ad intra* (intraprocessual), para evitar a renovação das questões dentro daquele mesmo processo, mas que não impede que o mesmo objeto seja discutido futuramente, pois não inibe a propositura de uma outra ação, entre as mesmas partes, com o mesmo objeto e envolvendo a mesma causa de pedir. Trata-se, destarte, de uma “energia” provisória, uma vez que se limita à relação jurídica em que foi proferida e ao estado de coisas levado em consideração no momento de decidir, que pode ser modificada num processo posterior se se alterar o estado de coisas (COUTURE, 2002, p. 339) e que atinge todo tipo de sentenças, sejam terminativas³¹, sejam definitivas³².

A coisa julgada material ou substancial, por sua vez, é posterior³³ à coisa julgada formal e é privativa das sentenças definitivas. Portanto, particularidade daquelas que decidem sobre o objeto litigioso, ou seja, daquelas em que o juiz se pronuncia sobre “a situação subjetiva” (BEDAQUE, 2003, p. 122) trazida a juízo, encerrando o conflito de interesses. Nesses casos, além da imutabilidade da relação jurídica processual (coisa julgada *ad intra*), também aquilo que foi decidido em relação ao objeto do litígio se torna imutável, impossibilitando que aquela situação subjetiva seja rediscutida e decidida em outra ocasião, por qualquer juiz ou tribunal, dentro ou fora daquela relação jurídica processual (coisa julgada *ad extra*).

Essa imutabilidade substancial é a denominada autoridade da sentença ou autoridade da coisa julgada (LIEBMAN, 1984, p. 60; SIQUEIRA, 1995, p. 376; SANTOS, M. A., 1985a, p. 44), que se projeta para fora do processo em que foi proferida e assegura a imutabilidade da decisão em face de eventual processo futuro no qual se pretenda discutir o mesmo objeto.

³¹ As hipóteses previstas no art. 267 do CPC, ou seja, os atos do juiz que extinguem o processo sem enfrentar o conflito de interesses, sem analisar o mérito da demanda, devido a problemas encontrados na estrutura da relação processual – matéria relativa aos pressupostos processuais -, ou relativos ao exercício do direito de ação, isto é, problemas atinentes às condições de ação (SIQUEIRA, 1995, p. 377).

³² Os casos do art. 269 do CPC, ou seja, os atos do juiz que resolvem o conflito de interesses mediante o acolhimento (procedência) ou a rejeição do pleito formulado (improcedência) e, ainda, aquelas que põem fim à relação jurídica litigiosa em decorrência de atos das partes, como a transação, o reconhecimento jurídico do pedido, a renúncia, a decadência ou a prescrição.

³³ Nesse sentido, entre outros, Liebman (1984, p. 60), Siqueira (1995, p. 380) e Couture (2002, p. 341); em sentido contrário, Carnelutti (*apud* ARAGÃO, 1992, p. 263).

Ao explicitar a noção de coisa julgada material, Enrico Tulio Liebman distingue-a tanto da imperatividade, como da imutabilidade. Nas palavras do autor:

[...] a coisa julgada nada mais é que essa indiscutibilidade ou imutabilidade da sentença e dos seus efeitos, aquele atributo que qualifica e potencializa a eficácia que a sentença naturalmente produz, segundo a sua própria essência de ato estatal (LIEBMAN, 1984, p. 53, nota *h*).

Nessa conceituação, deixa claro que a autoridade da coisa julgada não se confunde com a “[...] *imperatividade* da sentença, que é a sua eficácia natural e constante, [...]” (LIEBMAN, 1984, p. 49), ou seja, a força de que é dotada a sentença pelo simples fato de ser um ato do Estado, força que depende da “[...] conformidade com o direito [...]” (LIEBMAN, 1984, p. 52, nota *h*) e não da ocorrência da coisa julgada.

De notar, todavia, que sem se confundirem, imperatividade e coisa julgada material se relacionam intimamente: independente da coisa julgada material, a “eficácia natural da sentença” é “intensificada e potencializada” (LIEBMAN, 1984, p. 54) por ela; por sua vez, a autoridade da coisa julgada é garantida pela imperatividade do comando estatal, haja vista que é a imperatividade do ato jurisdicional que garante a sua observância.

Prosseguindo nas explicações, acresce o autor: “a autoridade da coisa julgada, porém, não consiste tampouco na *imutabilidade* da sentença, a qual significa somente preclusão dos recursos [...]” (LIEBMAN, 1984, p. 49, grifos no original). Como se vê, a coisa julgada material também não se confunde com a imutabilidade, que é decorrência da preclusão recursal, ou seja, da coisa julgada formal ou do trânsito em julgado da sentença, assunto já analisado acima. Também aqui é grande a proximidade dos institutos, pois a imutabilidade material pressupõe a imutabilidade formal, ou seja, para que o julgado adquira a autoridade de coisa julgada, é condição indispensável que o mesmo não possa ser mais impugnado mediante qualquer tipo de recurso.

Se, em termos comparativos, se procurar ver como a legislação processual estrangeira cuida do assunto, ver-se-á que alguns países foram cuidadosos ao conceituar o instituto da coisa julgada, lançando mão de uma linguagem simples e

clara, distinguindo claramente os dois momentos ou a dupla função que a coisa julgada desempenha na ordem jurídica.

Tome-se, a título de exemplo, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola que define sentenças firmes como: “[...] *aquelas contra as quais não cabe recurso algum, quer porque a lei não o prevê, quer porque, se previsto, se escoou o prazo, sem que nenhuma das partes o tenha apresentado*” (art. 207, n. 2); e ao tratar da coisa julgada formal diz que “*as resoluções firmes transitam em julgado [...]*”, chega a ser repetitiva ao completar que “*transcorridos os prazos recursais previstos sem que haja impugnação, a decisão adquire firmeza e transita em julgado [...]*” (art. 207, n. 3 e 4)³⁴; já em relação à coisa julgada material, esclarece: “*a coisa julgada das sentenças firmes, condenatórias ou não, excluirá, de acordo com a lei, um ulterior processo cujo objeto seja idêntico ao do processo em que aquela se produziu*” (art. 222, n. 1), acrescentando, ainda:

A sentença firme que com autoridade de coisa julgada ponha fim a um processo vinculará o tribunal de um processo posterior quando neste apareça como antecedente lógico do que seja o seu objeto, sempre que os litigantes sejam os mesmos ou a coisa julgada a eles se estenda por disposição legal (art. 222, n. 4)³⁵.

³⁴ Tradução nossa. No original e na íntegra: **Resoluciones definitivas. Resoluciones firmes. Cosa juzgada formal.** 1. *Son resoluciones definitivas las que ponen fin a la primera instancia y las que decidan los recursos interpuestos frente a ellas.* 2. *Son resoluciones firmes aquéllas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado.* 3. *Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas.* 4. *Transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella* (grifo no original).

³⁵ Tradução nossa. No original e na íntegra: **Cosa juzgada material.** 1. *La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo.* 2. *La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley. Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen.* 3. *La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley. En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil. Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado.* 4. *Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal* (grifo no original).

Mais próximo daqui, de forma curta, mas tão ou mais claro que o anterior, o *Código de Procedimiento Civil* venezuelano, ao tratar dos efeitos do processo (Título VI), no art. 272, sob a designação de coisa julgada formal, afirma que “*nenhum juiz poderá voltar a decidir a controvérsia já decidida por uma sentença, a menos que contra ela caiba recurso ou a lei expressamente o permita*”³⁶. Logo a seguir, em relação à coisa julgada material, esclarece: “*a sentença definitivamente firme é lei entre as partes nos limites da controvérsia decidida e é vinculante em todo o processo futuro*”³⁷.

Vê-se que, tanto no direito processual nacional como nos ordenamentos processuais estrangeiros, a coisa julgada se apresenta como um instituto jurídico complexo, que se desenvolve em dois estágios: o primeiro de natureza exclusivamente processual, que atinge toda e qualquer sentença extintiva da relação jurídica processual, a coisa julgada formal; e o segundo, a coisa julgada material que supera o direito processual e invade o direito material, solidificando a relação jurídica substancial que houver sido objeto da decisão judicial, afetando a vida das pessoas. O alcance do último estágio tem como pressuposto que o juiz tenha proferido uma decisão de mérito, ou seja, tenha conhecido³⁸ e decidido a relação jurídica substancial que foi objeto da demanda judicial. Por isso, Eduardo Couture ensina que pode existir coisa julgada formal sem coisa julgada material, como é o caso das sentenças terminativas que extinguem a relação jurídica processual pela impossibilidade desta se desenvolver validamente; mas que não pode existir coisa julgada material sem coisa julgada formal, pois não se pode perpetuar uma relação jurídica ou uma situação jurídica sem que estejam preclusos todos os possíveis meios de revisão (COUTURE, 2002, p. 341).

Na mesma linha, também Enrico Tulio Liebman já havia destacado:

³⁶ Tradução nossa. No original: *Ningún juez podrá volver a decidir la controversia ya decidida por una sentencia, a menos que haya recurso contra ella o que la ley expresamente lo permita.*

³⁷ Tradução nossa. No original: *La sentencia definitivamente firme es ley de las partes en los límites de la controversia decidida y es vinculante en todo proceso futuro (Código de Procedimiento Civil, art. 273).*

³⁸ Razão pela qual Kazuo Watanabe, e, na sua esteira, Fredie Didier Jr. (2002, p. 2 e ss.) e Eduardo Talamini (2005, p. 54-58), fala que a coisa julgada está diretamente ligada com o grau de cognição do magistrado a respeito das questões levadas à sua apreciação, só se podendo falar de coisa julgada material quando exercida, no plano vertical, a cognição exauriente, mesmo que se trate de um conhecimento parcial, no plano horizontal (WATANABE, 1987, p. 83 e ss.).

[...] que nem todas as decisões finais adquirem, no verdadeiro sentido da palavra, o que se costuma chamar de autoridade da coisa julgada. Esta decorre somente das sentenças que resolvem o mérito da causa, ou, em outras palavras, decidem a lide deduzida no processo: [...]. As decisões que, embora pondo fim ao processo, não lhe resolvem o mérito, tornam-se sem dúvida imutáveis depois de decorridos os prazos para interposição dos recursos; não produzem, porém, a autoridade da coisa julgada [...] (LIEBMAN, 1984, p. 61, nota p).

Ao se falar de coisa julgada, portanto, sempre se tem em vista a coisa julgada material e foi esse o foco de toda a regulamentação legal do instituto, como se pode ver na legislação brasileira, arts. 301, VI e seu § 3º, quando define que “*há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso*” (grifo nosso), e 485, *caput*, que expressamente fala que “*a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida [...]*” (grifo nosso), ambos do Código de Processo Civil.

Assim, para que se possa falar em coisa julgada material, alguns requisitos não de ser observados: (1) que se trate de um ato jurisdicional, ou seja, somente os atos decisórios com natureza de sentença emitidos pelo Poder Judiciário gozam da prerrogativa de adquirirem a autoridade da coisa julgada, apesar de, atualmente, o instituto não ser considerado o traço distintivo e essencial da prestação jurisdicional ³⁹ (LIEBMAN, 1984, p. 38; TALAMINI, 2005, p. 47); (2) que se trate de um pronunciamento sobre o mérito da causa, isto é, que disponha de modo definitivo sobre o objeto litigioso, o que significa que julgamentos precários e provisórios não adquirem a autoridade de coisa julgada; (3) que tenha ocorrido o trânsito em julgado e a formação da coisa julgada formal, pela preclusão de todas as espécies recursais.

Analisado o conceito de coisa julgada material e os requisitos necessários à sua configuração, resta refletir sobre as funções ou os modos de atuação da mesma na ordem jurídica. O assunto não é pacífico, preso que está às concepções “materialistas” e “processualistas”, referidas ao início deste trabalho.

Para os “processualistas”, os quais defendem que a coisa julgada material nenhuma repercussão exerce sobre a relação jurídica de direito material, o instituto

³⁹ Eduardo Talamini aponta como elemento diferenciador a “reserva de sentença”, ou seja, o fato de uma decisão judicial somente poder ser revista ou modificada por outro pronunciamento jurisdicional e não por outro ato jurídico de qualquer um dos restantes poderes estatais (TALAMINI, 2005, p.48).

desempenha uma única função, uma função negativa que é a de impedir que um novo julgamento seja proferido sobre o mesmo objeto já anteriormente decidido por sentença que adquiriu a autoridade de coisa julgada. É a postura de Enrico Tulio Liebman, segundo a qual, se se admitir:

[...] que os efeitos que a sentença produz são de todo em todo independentes da coisa julgada, e que esta serve tão-só para torná-los imutáveis, claro é que a sua função é unicamente a de impedir todo juízo diferente que contradiga ou contraste os efeitos produzidos pela precedente sentença (LIEBMAN, 1984, p. 59).

Já os materialistas, que defendem a natureza substancial do instituto, para além da função negativa, atribuem-lhe uma função positiva que consiste na exigência do seu reconhecimento e impossibilidade de decidir de modo contrário, sempre que a sentença com autoridade de coisa julgada se apresentar como “[...] suporte fático de uma nova pretensão” (GASTAL, 2006, p. 198).

Mais recentemente, mesmo os processualistas, principalmente os seguidores do professor José Carlos Barbosa Moreira e da sua teoria da coisa julgada material como situação jurídica que impede a rediscussão judicial dos conteúdos sentenciados, têm defendido a dupla função ⁴⁰.

Segundo Egas Moniz de Aragão, a função positiva é a nobre e verdadeira função da coisa julgada, “[...] consiste em por fim ao litígio e proporcionar o resultado pretendido por ambos os litigantes: a extinção do estado de incerteza em que se encontravam” (ARAGÃO, 1992, p. 216).

Desse efeito positivo, deriva o direito das partes de se valerem do dispositivo do julgamento. O vencedor, por exemplo, pode exigir o cumprimento da decisão e, se utilizada para substanciar uma nova pretensão, vincula, como se viu acima, o juiz do segundo processo que não pode deixar de considerá-la. Funciona, no caso, como prejudicial que não impede que em um segundo processo outra sentença seja proferida, mas obriga que a decisão tomada nessa sentença adote e aplique o que ficou estabelecido pela sentença anterior. É claro Eduardo Talamini a esse respeito:

⁴⁰ Por todos, Talamini (2005, p. 45-46).

O *decisum* (resultado) sobre o qual recai a coisa julgada terá de ser obrigatoriamente seguido por qualquer juiz, ao julgar outro processo, entre as partes, cujo resultado dependa logicamente da solução a que se chegou no processo em que já houve coisa julgada material (TALAMINI, 2005, p. 130).

No mesmo sentido, caminha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como revela o extrato a seguir:

EMENTA: Coisa Julgada.

1. Em sua função positiva, a coisa julgada obriga o juiz a reconhecer a existência da decisão, a que está sujeito. 2. Entre o primeiro julgado e o segundo, ambos do tribunal federal de recursos, não há contradição. O segundo, buscando dar o sentido real do primeiro, fixou-lhe o significado pelo dispositivo e atendendo a regra "tantum devolutum quantum appellatum [...]". (STF, RE 93.927/CE – CEARÁ, Rel. Min. Alfredo Buzaid, 1ª Turma. Jul. em 18.03.1983, Pub. DJ 22.04.1983, p. 15001).

Com José Maria Tesheiner, pode-se, então, concluir que o efeito positivo da coisa julgada consiste em "[...] impor a todos, autoridades judiciais, administradores e mesmo ao legislador, o respeito à norma concreta estabelecida pela sentença" (TESHEINER, 2001, p. 165).

O efeito negativo ou preclusivo, por sua vez, configura-se "[...] na proibição [...] de que qualquer órgão jurisdicional torne a apreciar o mérito do objeto processual sobre o qual já recai a coisa julgada" (TALAMINI, 2005, p. 130), ou, como diz Egas Moniz de Aragão, na proibição endereçada aos magistrados que impede o duplo julgamento de "[...] litígios já encerrados por sentença passada em julgado"⁴¹ (ARAGÃO, 1992, p. 216). Proibição que encontra expressão no *caput* do art. 471, do CPC, quando afirma: "*Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide...*".

Assim, o efeito negativo da coisa julgada age no sentido de impedir a rediscussão judicial daquilo que já foi objeto de resolução definitiva passada em julgado, traduz-se no *ne bis in idem*, a que se refere a quase generalidade da doutrina processual, e atua como pressuposto processual negativo, obstáculo cuja observância impede o desenvolvimento válido da relação jurídica processual (CPC, art. 267, V) e que, se detectado, deve ser conhecido de ofício pelo juiz (objeções), além de se apresentar

⁴¹ Em nota de rodapé, Egas Moniz de Aragão estende a proibição também aos legisladores, que, por força do art. 5º, XXXVI, da CF, não podem alterá-la (ARAGÃO, 1992, p. 216, nota 466).

como um dos mecanismos de defesa (exceções) que a parte pode opor ao seu adversário (CPC, art. 301, VI) e que lhe retira o direito de agir, impondo, em qualquer das hipóteses, a imediata extinção do processo sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, V), impedido o autor de mover nova ação (CPC, art. 268).

Está claro, entretanto, que a consequência negativa da coisa julgada só surge “[...] quando se reproduz ação anteriormente ajuizada” (CPC, art. 300, § 1º), ou seja, “[...] quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso” (CPC, art. 300, § 3º).

Desse modo, o efeito negativo pressupõe o ajuizamento de duas ações: a primeira em que já se operou a coisa julgada e a segunda, que nada mais é do que a repetição da primeira. O que significa que se tratam de duas ações idênticas, duas ações em que se verifica a chamada tríplice identidade (COUTURE, 2002, p. 338; TALAMINI, 2005, p. 68), ou seja, a coincidência dos três elementos identificadores: partes, pedido e causa de pedir (CPC, art. 300, § 2º). Coincidência que o art. 1.351 do Código Civil francês explícita de forma minudente:

*A autoridade do caso julgado tem lugar apenas em relação ao que foi objeto do julgamento. É necessário que a coisa pedida seja a mesma; que o pedido seja fundado sobre a mesma causa; que o pedido seja entre as mesmas partes, e formado por elas e contra elas na mesma qualidade*⁴².

Em síntese, pode-se dizer que, satisfeitos os requisitos legais exigidos, a decisão jurisdicional ganha firmeza e se transforma num ato que, salvo nos casos de ação rescisória⁴³ (CPC, art. 485) e de ação revisional das sentenças determinativas ou instáveis⁴⁴ (CPC, art. 471), não comporta revisão ou impugnação, regendo com

⁴² Tradução nossa. No original: *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité (CODE CIVIL, Article 1351).*

⁴³ Ação autônoma de impugnação dirigida contra processo concluído por uma sentença transitada em julgado, sempre que é possível apreciar a afluência de certas causas, taxativas e excepcionais, em função das quais a própria lei permite a revisão do julgado sobre o qual pese a autoridade da coisa julgada, que em outros países, exatamente pela função de desempenha, é chamada de “ação de revisão civil”.

⁴⁴ As sentenças determinativas ou instáveis são aquelas que decidem sobre relações jurídicas continuativas e, como as demais, transitam em julgado, mas porque assentes em elementos variáveis por natureza (LIEBMAN, 1984, p. 24), a ordem jurídica admite a sua revisão nos casos em que os pressupostos fáticos e/ou jurídicos em que se basearam se tenham alterado após o trânsito em julgado.

exclusividade a matéria decidida. O mesmo é dizer que a coisa julgada faz com que o direito declarado na sentença passe a integrar, de modo definitivo, o patrimônio do seu titular, garantindo a certeza, a segurança e a ordem das relações jurídicas.

2.2 O CAMINHO DA RELATIVIZAÇÃO

Foram justamente os anseios de certeza, de previsibilidade, de segurança e de ordem, aliados à crença na razão humana, a força motriz que impulsionou o desenvolvimento da ciência moderna, um desenvolvimento que se iniciou pelas ciências naturais (física, química, matemática, biologia etc), a partir do pensamento de autores como Nicolau Copérnico (1473–1543), Galileu Galilei (1564–1642), Johann Kepler (1571–1630) e René Descartes (1596–1650), tendo por base o método experimental, mas que, alguns séculos mais tarde, se propagou às ciências humanas, inclusive ao Direito, num modelo que Boaventura de Souza Santos chama de “modelo global de racionalidade” (SANTOS, 2003, p. 21).

Um modelo de vocação universalista que acredita em verdades eternas e absolutas, garantidas por leis válidas em todo o tempo e lugar (WALLERSTEIN, 2002, p. 208), e em que o conhecimento se desenvolve de forma fragmentada, “[...] tanto mais rigoroso quanto mais restrito é o *objecto* sobre que incide” (SANTOS, 2003, p. 74), e onde cada uma das disciplinas é estudada como um fragmento isolado e desligado do todo, como uma unidade autônoma e fechada, num processo que valoriza a precisão experimental e acredita ser possível afastar todo e qualquer juízo de valor, garantindo, desse modo, a formação de “especialistas neutros” (WALLERSTEIN, 2002, p. 220).

Um conhecimento que, segundo Boaventura de Souza Santos,

[...] se constitui contra o senso comum e recusa as orientações para a vida prática que dele decorrem; um paradigma cuja forma de conhecimento procede pela transformação da relação eu/tu em relação sujeito/objeto, uma relação feita de distancia, estranhamento mútuo e de subordinação total do objeto ao sujeito (um objeto sem criatividade nem responsabilidade); um paradigma que pressupõe uma única forma de conhecimento válido, o conhecimento científico, cuja validade reside na objetividade de que decorre

a separação entre teoria e prática, entre ciência e ética; um paradigma que tende a reduzir o universo dos observáveis ao universo dos quantificáveis e o rigor do conhecimento ao rigor matemático do conhecimento [...] (SANTOS, 2000a, p. 34).

Um fenômeno que Edgar Morin denomina de *patologia da razão*, ou seja, “[...] a racionalização num sistema de idéias coerentes, mas parcial e unilateral, e que não sabe que uma parte do real é irracionalizável, nem que a racionalidade se encarrega de dialogar com o irracional” (MORIN, 1991 p. 20), um processo de hiperespecialização que deve ser evitado porque, ao abstrair o objeto do todo, promove a mutilação do conhecimento, levando a uma “inteligência seca”, que “[...] impede tanto a percepção do global (que ele fragmenta em parcelas), quanto do essencial (que ele dissolve). Que impede até mesmo tratar corretamente os problemas particulares, que só podem ser propostos e pensados em seu contexto” (MORIN, 2000, p. 41). Eis o que o autor denomina de “o paradoxo da ciência do século XX” (MORIN, 2000, p. 45 e ss.), ou seja, a contraposição dos gigantescos avanços científicos, que se observaram em todas as áreas do conhecimento, com a cegueira e o alheamento que gerou para os problemas globais, fundamentais e complexos.

Nesse processo, o Direito, tal como a Ciência em geral, deixou-se imobilizar pelo positivismo e seu método científico. Transformou-se “[...] numa estrutura formal e hierarquizada de regras jurídicas, que obedecia a um rígido sistema lógico” (SANTOS, 2000, p. 123), a tal ponto que, em 1884, Bernard Windscheid afirmava: “considerações de caráter ético, político ou econômico não são assuntos dos juristas, enquanto tais” (*apud* HESPANHA, 1998, p. 187); e, em 1798, em Londres, um professor de direito ensinava a seus alunos:

Eu gostaria que vocês evitassem extraviar-se nessas pesquisas levianas e equivocadas que recomendam à atenção de vocês sob os títulos de política, filosofia, belas-artes ou qualquer outro; tomem, dessas coisas, a medida certa do que servirá ao que têm em vista [...] mas pensem em mantê-las subordinadas aos seus fins específicos (ASSIER-ANDRIEU, 2000, p. 10).

Formalmente engessado e enclausurado numa pretensa neutralidade axiológica, o Direito, resultado de um processo lógico-dedutivo a partir do sistema dinâmico de normas é “[...] transformado em propriedade do Estado e, portanto, dos grupos sociais que controlam o Estado [...]” (SANTOS, 2000, p. 190), perde de vista as

referências sociais, deixa de ser o instrumento de transformação social a que se refere Lênio Streck (2004, p. 16).

Com a ciência processual e seus institutos não foi diferente. Se nos primórdios se confundiam os planos substancial e processual da ordem jurídica (fase sincretista) e o processo era considerado um desdobramento do direito material, a partir do séc. XIX o mesmo ganha autonomia e cientificidade e a ordem jurídica reconhece o binômio direito-processo. O processo passa a ser entendido como a forma de atuação da vontade concreta da lei (DINAMARCO, 2000, p. 152) e seus institutos adquirem contornos rígidos e precisos e, em alguns casos, caráter absoluto, como se tivessem um fim em si mesmos.

Foi exatamente o que aconteceu com o instituto da coisa julgada. Durante muito tempo a coisa julgada foi considerada como algo sagrado, intocável e indiscutível, ainda que dissesse respeito a uma decisão completamente equivocada, o que explica a célebre máxima latina, freqüentemente repetida: “A coisa julgada faz do branco preto; origina e cria as coisas; transforma o quadrado em redondo; altera os laços de sangue e transforma o falso em verdadeiro” (COUTURE, 1999, p. 329).

Os acontecimentos do séc. XX, principalmente a última guerra e os horrores por ela produzidos, entretanto, se encarregaram de derrubar as premissas da modernidade. A incapacidade de cumprir as promessas prometidas generaliza uma crise de sentido que se estende a todas as ciências. Dissolvem-se os dogmas científicos, as verdades absolutas, as certezas, os resultados seguros; desmistifica-se a neutralidade do sujeito; o caos se instala e com ele as incertezas, as probabilidades e a relativização.

O Direito de inspiração iluminista, liberal e racional, cujo objetivo primeiro é garantir a certeza e a segurança das relações sociais (CAMARGO, 2001, p. 64), mostra-se incapaz de realizar esses valores e de proteger a coletividade do totalitarismo; o legalismo formal e avalorativo, levado ao seu extremo, justifica as ditaduras e as suas arbitrariedades; a lei, geral e abstrata, assegura o racismo, a apropriação, a destruição e a morte. Enfim, as aberrações e atrocidades levadas a cabo pelo nazismo e outros regimes totalitários.

Nesse desvario, é forçoso perguntar: O que é o Direito? Qual é verdadeiramente o seu papel e a sua real finalidade? Que Direito é esse que aí está? Onde estão a liberdade, a igualdade e a solidariedade que, desde 1789 com a Declaração de Direitos, integram as Constituições da generalidade dos países, principalmente os ocidentais, e que o Direito deveria resguardar?

São questionamentos crítico-valorativos que a pós-modernidade, consciente das conseqüências da guerra e de que somente a efetivação dos direitos humanos poderia evitar a sua repetição, não pode deixar de enfrentar e para os quais o formalismo e abstração do modelo jurídico kelseniano, estruturado nos conceitos de validade e eficácia da lei, foi incapaz de dar respostas convincentes, e que forçaram o Direito a se repensar, a buscar novos horizontes, inclusive de ordem moral.

Em resposta ao positivismo, renascem as teorias jusnaturalistas ⁴⁵, apesar de, como salienta Eugenio Bulygin, seus autores raramente utilizarem a expressão “direito natural” ao se referirem às suas doutrinas (BULYGIN, 1987, p. 81), e, com elas, adentram na ordem jurídica novas espécies normativas, os princípios ⁴⁶, normas de forte carga axiológica que, conjuntamente com as regras positivas, passam a integrar a ordem jurídica acrescentando-lhe uma “dimensão substancial” até então inexistente e cuja observância limita e vincula a produção jurídica: os valores.

Lastreada nas novas idéias, a Ciência Jurídica inicia uma revisita a seus conceitos, dogmas e finalidades, um movimento que afeta todas as disciplinas jurídicas e que assume especial relevância no campo do direito constitucional, especialmente pela novel preocupação com a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, e do

⁴⁵ Teorias que invocam a existência de um sobredireito, em regra, direitos morais, que se sobrepõem ao direito positivo, que muitas vezes a ordem jurídica reconhece, mas cuja existência independe desse reconhecimento. Segundo Eugenio Bulygin, o renascimento dessas teorias teve origem na necessidade de resolver um problema prático e urgente: a necessidade de justificar a punição dos crimes contra a humanidade, praticados durante o Terceiro *Reich* (BULYGIN, 1987, p. 80).

⁴⁶ O reconhecimento dos princípios como norma jurídica deve-se grandemente a Ronald Dworkin e ao famoso ataque que nos anos 60 dirigiu ao positivismo jurídico Hartiano, acusando-o de ser incapaz de justificar a presença dos princípios (valores) no campo jurídico, dado que a validade jurídica destes não depende do seu *pedigree* (origem), mas do seu conteúdo.

direito processual, que ingressa na sua terceira fase existencial sob os auspícios do denominado movimento do “acesso à Justiça”⁴⁷.

Nessa revoada, o direito processual embrenha-se numa fase revisionista, que culmina com a relativização do binômio direito-processo e a conseqüente reaproximação com o direito material do qual havia se separado em busca de autonomia, tudo isso impulsionado pela idéia da instrumentalidade, ou seja, a idéia de que o processo não é pura técnica, não tem um fim em si mesmo, mas se justifica quando cumpre seus objetivos externos, propiciando o acesso “[...] à ordem jurídica justa” (BEDAQUE, 2003, p. 13).

Já faz alguns anos que a exacerbação exagerada da forma vinha sendo denunciada. Em 1983, o professor Galeno Lacerda advertia:

Quando se fala em ‘forma’ no processo, acodem logo as palavras com que MONTESQUIEU inaugura o Livro 29, de seu Espírito das Leis: ‘As formalidades da justiça são necessárias à liberdade’. Esse conceito, tão pleno de ressonância, destacado das demais palavras do texto, que lhe abrandam a grandiloqüência, foi responsável por séculos de equívocos, na radicalização do rito, como um valor em si mesmo, em nome de um pretense e abstrato interesse público, descarnado do humano e do verdadeiro objetivo do processo, que é sempre um dado concreto da vida, e jamais um esqueleto de formas sem carne. [...] Subverteu-se o meio em fim. Distorceram-se as consciências a tal ponto que se cria fazer justiça, impondo-se a rigidez da forma, sem olhos para os valores humanos em lide. Lavavam-se as mãos sob o escudo frio e impassível da sacralidade do rito. [...] Insisto em dizer que o processo, sem o direito material, não é nada. O instrumento, desarticulado do fim, não tem sentido (LACERDA, 1983, p. 8).

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Pellegrini e Cândido Rangel Dinamarco confirmam, também, que, acrítico e voltado exclusivamente para si mesmo, para seus conceitos e institutos, o processo era tido “[...] como mero *instrumento técnico* predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer” (CINTRA, PELLEGRINI & DINAMARCO, 2004, p. 43, grifos no original).

⁴⁷ Um movimento que, segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth, se recusa a aceitar como imutáveis quaisquer dos procedimentos e instituições que caracterizam a engrenagem de Justiça, rompendo com a crença tradicional da confiabilidade das instituições jurídico-políticas, movido pelo ideal de tornar efetivos (e não meramente simbólicos) os direitos do cidadão comum (CAPPELLETTI & GARTH, 2002, p. 8).

A fase instrumental em que se encontra atualmente o direito processual é, segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a terceira onda ⁴⁸ do movimento do “acesso à Justiça” (CAPPELLETTI & GARTH, 2002, p. 31), depois dos esforços encetados no sentido de assegurar assistência judiciária aos mais desfavorecidos (primeira onda) e de absorver os direitos coletivos e difusos com a adaptação e revisão de diversos institutos processuais (segunda onda), diz respeito “ao modo-de-ser do processo” (CINTRA, PELLEGRINI & DINAMARCO, 2004, p. 43) e representa um salto na escalada empreendida rumo à humanização do processo.

Um salto num percurso lento e cheio de obstáculos (basta lembrar do Projeto de Reforma do Judiciário e da quantidade de anos gastos na sua discussão), mas que, sem abandonar as abordagens anteriores, vai além delas focando “[...] sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas” (CINTRA, PELLEGRINI & DINAMARCO, 2004, p. 69) e é fonte das múltiplas reformas processuais que se vivenciam, quase que diariamente, nos últimos tempos.

Um salto que só foi possível a partir da tomada de consciência de que “[...] as técnicas processuais servem a funções sociais” (CINTRA, PELLEGRINI & DINAMARCO, 2004, p. 12) ou, como diz José Roberto dos Santos Bedaque, da consciência de que a importância do processo está nos seus resultados práticos (BEDAQUE, 2003, p. 15).

Como se vê, a *instrumentalidade* resultou de uma atitude de autocrítica e de uma reviravolta metodológica que, em detrimento dos aspectos técnico-dogmáticos, valoriza os aspectos exteriores do processo (objetivos e resultados) adotando como lema: “menos tecnicismo e mais justiça [...]” (BEDAQUE, 2003, p. 17). Nessa nova perspectiva, o que importa ao processo, ensina Juan Montero Aroca, “é descobrir a sua razão de ser, sua compreensão científica. O que lhe importa é o seu por quê”

⁴⁸ Expressão usada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth para designar as diferentes etapas do movimento de efetivação do “acesso à justiça”.

(AROCA, 2000, p. 451) ⁴⁹. Em suma, o que importa é realizar a sua finalidade: servir de meio para a realização da justiça.

A partir dessa tomada de consciência de que o processo não é um fim em si mesmo e que, por conseqüência, as suas regras não possuem um valor absoluto que as sobreponha às do direito material e às exigências sociais de pacificação, o que Cândido Rangel Dinamarco chama do *lado negativo da instrumentalidade* (DINAMARCO, 2000, p. 266), desenvolve-se uma concepção axiológica do processo, que o vê como instrumento de garantia de direitos, em que a técnica é relativizada, devendo adequar-se ao objeto para permitir a maximização dos resultados pretendidos ⁵⁰, porque a ela se sobrepõem valores éticos mais elevados, como a liberdade e a justiça (BEDAQUE, 2003, p. 21).

Nessa “onda” de relativização da técnica e de revalorização da justiça, como é natural, refazem-se idéias e conceitos e, sob a invocação de importantes princípios constitucionais, flexibilizam-se “velhos” institutos, entre eles o que se analisa em seguida, talvez o de maior impacto, o da autoridade da coisa julgada material.

2.3 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Não há dúvida de que as constantes transformações submetem o Direito, o principal regulador social, à necessidade permanente de se adaptar às novas exigências e condições, a dificuldade está em saber exatamente até onde podem e devem chegar essas transformações, quando representam uma restrição aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos e não expressamente autorizada pelo texto constitucional e se relacionam com um dos alicerces do edifício jurídico, que é o princípio da segurança jurídica.

⁴⁹ Tradução nossa. No original: [...] *lo que importa es el descubrimiento de su razón de ser, su comprensión científica. Lo que importa es ya su por qué.*

⁵⁰ O que, segundo Dinamarco (2000, p. 319), caracteriza o efeito positivo da instrumentalidade.

O que se quer realçar é que apesar da real necessidade de adaptação e readaptação de institutos jurídicos, essa transformação desregrada, pode por em risco o próprio sistema jurídico. Embora num outro contexto, continua válida a advertência de José Ortega y Gasset de que “à força de se falar em justiça não se pode aniquilar o Direito” ⁵¹ (*apud* NOJIRI, 2005, p. 123). É com essa preocupação que, *en passant*, se relembram as diferentes e principais posturas que, no Brasil, defendem a flexibilização do instituto da coisa julgada material.

2.3.1 Dinamarco e a Coisa Julgada Injusta: Uma Posição Moderada

O primeiro texto nacional que de forma sistematizada cuidou da relativização da coisa julgada material veio a lume pelas mãos do professor Cândido Rangel Dinamarco, num artigo publicado em 2001 ⁵², intitulado *Relativizar a coisa julgada material*, no qual defende a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, com o objetivo de “[...] demonstrar que o valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema [...]” (DINAMARCO, 2002, p. 39) e que, em decorrência disso, também a garantia da coisa julgada material é relativa.

Embalado pelas idéias da instrumentalidade do processo e da necessidade de obter resultados processuais justos, tem como certo a relatividade da coisa julgada, explicada a partir da necessidade de convivência e harmonização do instituto com outros bens constitucionais de grandeza igual ou superior, o que, na sua perspectiva, pressupõe a necessidade de equilibrar as conflitantes exigências de segurança e de justiça. Nas palavras do autor: “*O processo deve ser realizado e produzir resultados estáveis tão logo quanto possível, sem que com isso se impeça*

⁵¹ Tradução nossa. No original: *A fuerza de hablar de justicia se há aniquilado el jus, el Derecho [...]*.

⁵² O estudo foi publicado em várias revistas jurídicas, entre outras: Revista da AJURIS, Ano XXVII, Tomo I, Setembro de 2001; Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, n. 55/56, jan./dez., 2001; Revista Juris Síntese, jan./fev., 2002 e Revista de Processo (RePro) 109, ano 28, jan./mar., 2003.

ou prejudique a justiça dos resultados que ele produzirá” (DINAMARCO, 2002, p. 34, grifos no original).

Depois de estudar as diversas propostas doutrinárias sobre o assunto e analisar as situações concretas ⁵³ em que a autoridade da coisa julgada tem sido desconsiderada para permitir um novo reexame da matéria anteriormente decidida, Cândido Rangel Dinamarco constata que o casuísmo das situações em que o fenômeno se tem verificado não permite a fixação de critérios objetivos constantes, aptos a explicar ou determinar especificamente quais as situações em que a coisa julgada deve ser afastada ou mitigada.

Da pesquisa empreendida destaca, entretanto, um importante resultado: a constatação de que todas as situações em que se deu a relativização da coisa julgada apresentam um elemento comum, a “[...] *prevalência do substancial sobre o processual* [...]”, o que a seu ver revela a prevalência do “[...] justo em detrimento das regras processuais sobre a coisa julgada”. A partir de tal constatação, seu trabalho tem como objetivo e finalidade a “[...] *reconstrução dogmática* de princípios e conceitos [...] em busca de critérios objetivos constantes e capazes de oferecer segurança no trato da coisa julgada material em face dos demais valores presentes na ordem jurídica” (DINAMARCO, 2002, p. 57, grifos no original).

De forma lógica, toma como “fio condutor” o conceito da impossibilidade jurídica dos efeitos da sentença para dizer que, se os efeitos substanciais da sentença são repelidos pela ordem constitucional ⁵⁴, na verdade o que existe é uma sentença desprovida de efeitos substanciais e, como tal, incapaz de gerar a autoridade da coisa julgada, já que esta se consubstancia precisamente pela imobilização dos efeitos substanciais do *decisum*.

⁵³ Os mais comuns: Simulação de processo; condenação da Fazenda Pública em indenização por desapropriação indireta por invasão de imóvel de sua propriedade; condenação duplicada da Fazenda Pública; avaliações imobiliárias superadas pelo agravamento da inflação e decurso de longo tempo.

⁵⁴ No desenvolvimento de seu raciocínio, o autor lança mão de alguns exemplos de sentença de efeitos impossíveis, como a que decretasse o recesso de algum Estado federado da Federação brasileira, a que determinasse a entrega de determinado peso da própria carne ou a venda da própria pele ou, então, a que determina a prisão civil fora de alguns dos casos constitucionalmente ressalvados.

Desse modo, inexistindo efeitos substanciais, inexistente a coisa julgada material. Conforme sua própria síntese: “*sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis não se reputa jamais coberta pela res judicata, porque não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade*” (DINAMARCO, 2002, p. 61, grifos no original).

Na sua proposta, a ponderação de bens (máxima da proporcionalidade)⁵⁵ e o princípio da razoabilidade⁵⁶ são instrumentos essenciais, dado que, no universo dos direitos e garantias constitucionais nenhum goza de caráter absoluto, impondo-se que na aplicação de qualquer um deles se leve em conta a unidade do sistema, ou seja, o conjunto de bens resguardados constitucionalmente, de modo a impedir que a afirmação de um, leve ao aniquilamento dos demais, gerando situações absurdas ou que agridam a inteligência ou os sentimentos do homem comum (DINAMARCO, 2002, p. 62).

Por outro lado, os pronunciamentos judiciais que desprezarem a exigência constitucional de equilíbrio entre os diversos bens, porque abusivos e injustos, apresentam as “impossibilidades jurídico-constitucionais” que permitem o afastamento da coisa julgada material. Segundo suas próprias palavras:

⁵⁵ A ponderação de bens ou direitos fundamentais é um critério metodológico de solução das colisões de princípios que, caso a caso e atendendo as possibilidades fático-jurídicas específicas, resolve a “tensão” mediante o estabelecimento de uma relação de precedência entre os princípios colidentes, fazendo prevalecer o princípio de maior “peso” para aquela situação concreta. Relação de precedência que se obtém pela aplicação do que Robert Alexy chama de “máxima da proporcionalidade” (ALEXY, 2002, p. 111 e ss.) – conhecida também como “princípio da proibição do excesso” ou “princípio da proporcionalidade em sentido amplo” (CANOTILHO, 2003, p. 267-270) –, um critério que se desdobra em três outras sub-máximas: (1) a adequação, que se consubstancia na averiguação da compatibilização dos meios utilizados com os fins a obter, ou seja, na verificação se os meios usados são hábeis para produzir os fins almejados; (2) a necessidade, que se traduz na verificação de que os meios utilizados, entre aqueles disponíveis, são os que melhor resultados produzem ou, pelo menos, menores “danos” provocam; e (3) a proporcionalidade em sentido estrito, onde efetivamente ocorre a ponderação, mediante a avaliação das conseqüências jurídicas dos princípios em colisão, para racionalmente decidir qual dos princípios deve prevalecer naquele caso concreto (JEVEAUX, 2004, p. 16-19).

⁵⁶ O princípio da razoabilidade é tido como o correspondente norte-americano da proporcionalidade, tanto que alguns autores, como é o caso de Barroso (1996, p. 198 e ss.), usam indistintamente as duas nomenclaturas. Entretanto, Geovany Cardoso Jevaux explica que, apesar da afinidade entre as duas máximas, elas se prestam a finalidades distintas: enquanto a máxima da proporcionalidade é para os europeus, critério de solução de colisão entre princípios, a razoabilidade é para os americanos, critério para o controle de constitucionalidade, revelando a existência de abuso de poder, quando o meio utilizado não produzir o resultado almejado pela norma constitucional (JEVEAUX, 2004, p. 17).

[...] uma decisão aberrante de valores, princípios, garantias ou normas superiores, ali ter-se-ão efeitos juridicamente impossíveis e portanto não incidirá a autoridade da coisa julgada material – porque, como sempre, não se concebe imunizar efeitos cuja efetivação agrida a ordem jurídico-constitucional (DINAMARCO, 2002, p. 66).

É de salientar, no entanto, que não se trata de uma tese extremada, daí a designação de “moderada” que se deu ao nomear este item do trabalho, que defenda a desconsideração da coisa julgada em todas as situações de injustiça, de ilegalidade ou de inconstitucionalidade. Na explicação do autor:

Do contexto da proposta aqui formulada resulta que a desconsideração da *auctoritas rei judicatae* não se legitima pela mera oposição entre a sentença e a Constituição, mas pelos maus resultados dos julgamentos. O repúdio a esses maus resultados quando colidentes ao menos com a garantia constitucional do acesso à justiça (Const., art. 5º, inc. XXXV), é o real e legítimo fundamento da relativização da coisa julgada material – e não a inconstitucionalidade em si mesma. Essa colocação conduz à extrema excepcionalidade das hipóteses de relativização [...], a ser promovida também por meios extraordinários, sabendo-se que para o afastamento das decisões fundadas em disposições legais declaradas inconstitucionais existem remédios postos pela ordem jurídica, os quais independem desse esforço interpretativo originado na iniciativa pioneira do Min. José Delgado. (DINAMARCO, 2003, p. 256-257)

Como se vê, não se trata de uma proposta de generalização da relativização da coisa julgada, tanto assim que, tendo em vista a excepcionalidade das situações que a comportam, acha indesejável e imprudente a sua institucionalização pela via legislativa (DINAMARCO, 2003, p. 265-266).

Na verdade, sua proposta é que situações extraordinárias recebam tratamento excepcional, tratamento esse que deve ser aferido no momento da decisão de cada caso concreto, pois cabe

[...] aos juizes de todos os graus a tarefa de descoberta das extraordinariedades que devam conduzir a flexibilizar a garantia da coisa julgada, recusando-se a flexibilizá-la sempre que o caso não seja portador de absurdos, injustiças graves, transgressões constitucionais etc (DINAMARCO, 2002, p. 67),

A tese aqui esboçada não pode ser descrita como uma teoria da coisa julgada inconstitucional, pois, segundo ela, não é a inconstitucionalidade, em si e por si mesma, que dita a desconsideração da garantia aqui estudada. O próprio autor explica que só aceita a expressão “coisa julgada inconstitucional” quando relacionada com a leitura clássica que se fazia da garantia da coisa julgada, que a

tomava como algo absoluto e inafastável (DINAMARCO, 2002, p. 62). Trata-se muito mais, salvo melhor juízo, de uma moderada teoria da coisa julgada injusta, fundada numa teoria de bens constitucionais que, mesmo sem desprezar a importância da segurança jurídica, dá maior relevância à justiça e, conseqüentemente, defende seja desconsiderada a coisa julgada material, quando a sua manutenção perpetue incompreensível e grave injustiça. Dá sustentação ao que acaba de ser dito o lema que o autor não cansa de repetir: “[...] *a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não se eternizar litígios*” (DINAMARCO, 2002, p. 39 e 72, grifos no original).

2.3.2 Coisa Julgada Injusta/Inconstitucional: As Posições mais extremadas

Neste item se reúnem as teses doutrinárias que com maior amplitude defendem a relativização da coisa julgada material. São correntes que tratam indistintamente a coisa julgada injusta e a coisa julgada inconstitucional e que se estruturam na idéia de que o inc. XXXVI do art. 5º da CF/88 é uma regra de direito intertemporal ou de sobre-direito que se dirige única e exclusivamente ao legislador ordinário, impedindo-o de editar lei que prejudique a coisa julgada.

Na verdade, tal corrente de pensamento, com algumas variações, apresenta um raciocínio semelhante ao elaborado por Paulo Modesto (2000) acerca do direito adquirido — o instituto jurídico que, conjuntamente com o ato jurídico perfeito, ambos direitos fundamentais, faz companhia à coisa julgada dentro do preceito constitucional —, que vê na restrição contida no preceito fundamental uma proibição dirigida única e exclusivamente ao legislador infraconstitucional, sob a argumentação de que o termo “lei” ali utilizado só diz respeito a leis formais, ou seja, não afeta, as normas constitucionais, mesmo aquelas advindas do poder de reforma, as emendas constitucionais.

Paulo Modesto reforça o seu argumento pela alegação de que a definição do instituto jurídico é obra do legislador ordinário (LICC) e que não pode a lei ordinária

restringir ou limitar a Constituição, pois “a Constituição não se interpreta mediante a lei ordinária; a lei é que tem a sua interpretação condicionada pela Constituição” (MODESTO, 2000, p. 1), e pela distinção que faz entre direitos adquiridos (direitos subjetivos), direitos que operam no plano concreto ou da eficácia, e garantia dos direitos adquiridos, a norma constitucional geral e abstrata.

Segundo o mesmo autor, “os direitos adquiridos não são cláusula pétrea e sim a garantia dos direitos adquiridos” (MODESTO, 2000, p. 4), ou seja, somente a norma enunciada no art. 5º, XXXVI, do texto constitucional, integra as cláusulas pétreas e está a salvo do poder de reforma.

Separando o plano concreto das relações jurídicas do plano abstrato das normas jurídicas o autor apresenta um engenhoso argumento, mas que admite várias críticas. A primeira delas, pontuada por Geovany Cardoso Jevaux — ilustre Orientador deste trabalho —, se refere à idéia de “lei” em sentido formal e a conseqüente vinculação exclusiva do legislador ordinário, idéias que, se levadas a sério, conduziriam à absurda conclusão de que não se submetem à restrição constitucional as medidas provisórias, leis em sentido material que resultam da atuação do Poder Executivo (JEVEAUX, 2003, p. 40). Conforme as palavras do Mestre: “Se se refere à lei em sentido formal, condiciona apenas o legislador infra, e não o Executivo na emissão de medidas provisórias, que são lei apenas em sentido material, o que revela o absurdo da interpretação” (JEVEAUX, 2003, p. 40, nota 88).

Ainda em relação à idéia de que o termo “lei” está usado puramente em sentido formal e a partir da comparação e do sentido que a expressão “lei” encontra em outros dispositivos constitucionais, pode-se formular um outro juízo crítico: Tome-se como exemplo o inc. II, do mesmo art. 5º da Constituição, que consagra o princípio da legalidade e segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (grifo nosso). Se aqui se tomar o termo “lei” em sentido formal chegar-se-á à conclusão de que todos estão sujeitos à lei formal, mas não aos instrumentos normativos que não se encaixam nessa definição como, por exemplo, as emendas constitucionais. Há de se convir que é uma interpretação tão absurda quanto a primeira.

Também a idéia de que a definição infraconstitucional do instituto é sinal de que o preceito se dirige unicamente ao legislador ordinário representa um equívoco. Olvida-se, no caso, que não raro a Constituição — a quem cabe organizar e estruturar o exercício do Poder Político, distribuir competências e funções estatais, prever e garantir os direitos fundamentais e não, propriamente, definir e regulamentar os institutos jurídicos —, deixa intencionalmente de regular certos institutos ou remete sua regulamentação normativa ao legislador ordinário, um fenômeno que José Joaquim Gomes Canotilho chama de “*abertura e incompletude normativa intencional*” (CANOTILHO, 2003, p. 1236, grifos do autor). O que de modo algum significa que a Constituição tenha de curvar-se às prescrições legais infraconstitucionais, nem tampouco que vá ser interpretada à luz dessas prescrições.

Significa, simplesmente, que confere ao legislador infraconstitucional liberdade de conformação das normas constitucionais. Daí a possibilidade de existência de “**normas legais conformadoras**” (grifos do autor), ou seja, normas que “[...] completam, concretizam ou definem o conteúdo de proteção de um direito fundamental” (CANOTILHO, 2003, p. 1263) ⁵⁷.

A conformação, entretanto, não significa que o legislador possa dispor livremente dos bens constitucionalmente garantidos. Muito pelo contrário, para afiançar a compatibilidade das normas infra com a Lei Maior e garantir que o “âmbito de proteção” ⁵⁸ da norma constitucional não seja afetado, muniu-se a ordem jurídica dos variados e complexos mecanismos de controle de constitucionalidade, permitindo o afastamento da norma do caso concreto em análise (controle jurisdicional difuso) ou a retirada da norma da ordem jurídica (controle jurisdicional direto e abstrato), quando considerada ofensiva à Constituição.

Finalmente, uma outra crítica que ainda pode ser feita diz respeito à inversão interpretativa e à negativa da dupla função que os direitos fundamentais exercem na ordem jurídica e que será objeto de exame um pouco mais adiante. A inversão interpretativa está em que se nega ao direito fundamental o que ele tem de mais

⁵⁷ No mesmo sentido Alexy (2002, p. 321 e ss.).

⁵⁸ Que é “a delimitação intencional e extensional dos bens, valores e interesses protegidos por uma norma” (CANOTILHO, 2003, p. 1203).

específico, que é a sua dimensão subjetiva (que, ao se falar de direitos fundamentais, sempre se presume)⁵⁹, por outro lado, ao dizer que só a norma geral e abstrata não pode ser suprimida, nega-se a dupla dimensão (subjetiva e objetiva), que a ampla maioria⁶⁰ dos publicistas atuais reconhece aos direitos fundamentais.

Deixando de lado a teoria do direito adquirido e as idéias de Modesto (2000) retomam-se as posturas daqueles autores que de forma acirrada e sob fundamentos variados, minimizam e restringem a garantia da coisa julgada, ao defenderem a ampla relativização/flexibilização do direito-garantia da coisa julgada.

Uma dessas posturas é defendida por José Augusto Delgado, Ministro do Tribunal Superior de Justiça, para quem “o que a Carta Política inadmite é a retroatividade da lei para influir na solução dada, a caso concreto, por sentença de que já não caiba recurso”, interditando “[...] o ataque ao comando da sentença, protegendo a imutabilidade do julgado, tornando-o imune a alterações legislativas subseqüentes” (DELGADO, 2002, p. 86-87). A seu ver a proteção constitucional não acoberta a coisa julgada, em si, por se tratar de instituto pertencente, única e exclusivamente, ao direito infraconstitucional e, portanto, passível de ser reduzido, restringido e até eliminado, se o legislador ordinário assim entender. Absolutamente claras a respeito as palavras do Ministro:

[...] é perfeitamente constitucional a alteração do instituto da coisa julgada, ainda que a mudança implique restringir-lhe a aplicação, na criação de novos instrumentos de seu controle, ou até na sua supressão, em alguns ou todos os casos (DELGADO, 2002, p. 87).

Mesmo a proteção constitucional conferida ao conteúdo do julgado é, na sua ótica, uma proteção relativa, em que a efetividade depende da absoluta observância dos princípios da moralidade, da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e do justo (DELGADO, 2002, p. 90), tidos pelo Ministro como “valores” superiores, absolutos e de natureza constitucional, em contraposição ao da segurança jurídica, inferior, relativo e de natureza infraconstitucional, porque oriundo de regramento processual (DELGADO, 2002, p. 96).

⁵⁹ A respeito, por todos, Canotilho (2003, p. 1254 e ss).

⁶⁰ Entre outros, Bonavides (2005, p. 587), Canotilho (2003, p. 1254 e ss), Häberle (2003, p. 7 e ss.), Luno (2004, p. 19 e ss.) e Novais (2003, p. 58 e ss.).

Desse modo, defende que sentenças transitadas em julgado devem ceder sempre que a sentença violar princípios jurídicos de maior hierárquica. Porquanto, as sentenças injustas, contrárias à moralidade, à realidade dos fatos e à Constituição não podem prevalecer em época alguma, pois, mais importante que a “[...] estabilidade jurídica, ser [sic] necessário prevalecer o sentimento do justo e da confiabilidade nas instituições” (DELGADO, 2002, p. 97).

Delgado trata conjuntamente sentenças injustas, ilegais, imorais e inconstitucionais, sem estabelecer nenhum tipo de distinção e adotando como critério identificador o cotejo do *decisum* com princípios superiores de natureza absoluta e a prevalência destes sobre o princípio secundário da segurança jurídica, em caso de conflito, um critério que Eduardo Talamini denominou de “[...] preponderantemente ‘cultural’, de confronto de valores” (TALAMINI, 2005, p.391).

A teoria proposta é generosa com relação às hipóteses de relativização. A título exemplificativo, o autor chega a apontar trinta e quatro situações que considera passíveis de jamais adquirirem a autoridade de coisa julgada (DELGADO, 2002. p. 101-103), mas, como salienta Eduardo Talamini, não explicita nenhum tipo de parâmetro que, sem cair no casuísmo, a partir das fórmulas amplas e gerais, permita selecionar as situações em questão (TALAMINI, 2005, p.391).

Em diversas oportunidades, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria têm defendido postura assemelhada, um pouco menos abrangente, mas com bastantes pontos de convergência. Tal como José Augusto Delgado, defendem que

[...] a preocupação do legislador constituinte foi apenas a de pôr a coisa julgada a salvo dos efeitos da lei nova que contemplasse regra diversa de normatização da relação jurídica objeto de decisão judicial não mais sujeita a recurso, como uma garantia dos jurisdicionados. Trata-se, pois, de tema de direito intertemporal em que se consagra o princípio da irretroatividade da lei nova (THEODORO JÚNIOR & FARIA, 2005, p. 20; 2002, p. 141).

Por conseqüência, na visão dos autores, a intangibilidade da coisa julgada não tem, no Brasil, sede constitucional e, como regra atinente ao Processo Civil, é regra de ordem inferior que “[...] de modo algum pode estar imune ao princípio da constitucionalidade, hierarquicamente superior” (THEODORO JÚNIOR & FARIA, 2005, p. 21; 2002, p. 141). A intangibilidade da coisa julgada, portanto, depende da

sua conformação com a Constituição e a sentença que apresentar desconformidade com a Lei Maior é portadora de um “valor negativo” (THEODORO JÚNIOR & FARIA, 2005, p. 16; 2002, p. 131) – a nulidade absoluta⁶¹ – que impede a sua convalidação.

Desse modo, eliminam toda e qualquer possibilidade de colisão entre o princípio da segurança jurídica e algum dos princípios constitucionais, pois onde existe hierarquia não existe confronto, o que existe é subordinação, é submissão, é obrigatoriedade de satisfazer as exigências constitucionais, sob pena de ocorrência da coisa julgada inconstitucional.

Embora reconheçam como sendo várias as situações que configuram a coisa julgada inconstitucional, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria selecionam como objeto de análise as decisões judiciais que diretamente violam regras, princípios e garantias constitucionais e o enfoque central do estudo volta-se para a determinação dos meios de impugnação, preocupados, que estão, com a ausência de previsão legal de um instrumento de controle direto, o que poderia conduzir à conclusão de que a coisa julgada inconstitucional estaria imune a qualquer tipo de impugnação (THEODORO JÚNIOR & FARIA, 2005, p. 24; 2002, p. 149).

Apoiados nos ensinamentos de Paulo Otero, doutrinador lusitano que pioneiramente tratou da coisa julgada inconstitucional, separam as situações de ilegalidade das situações de inconstitucionalidade, admitindo, depois de escoado o prazo da ação rescisória, a consolidação definitiva das primeiras e a impossibilidade de se convalidarem, em qualquer época, as segundas, ou seja, a impossibilidade de se validarem as decisões judiciais desconformes com a Constituição, o que, na visão dos autores, além de “[...] inconveniente, avilta o sistema e valores da Constituição” (THEODORO JÚNIOR & FARIA, 2005, p. 25; 2002, p. 151).

⁶¹ Não se confundem inconstitucionalidade e nulidade. A inconstitucionalidade deriva da desconformidade dos atos do Poder Público com a Constituição e pode operar-se tanto por ação como por omissão. A nulidade pertine à validade das normas jurídicas e, na perspectiva Kelseniana é, conjuntamente com a anulabilidade, a sanção ou a consequência jurídica atribuída à norma considerada inválida, isto é, a norma que entrou no mundo jurídico sem observar as regras de competência e de procedimento impostas pela própria ordem jurídica, retirando da norma a capacidade de produzir efeitos, desde o início da sua vigência (*ex tunc*), no que se distingue da anulabilidade, que só elimina a eficácia da norma depois de requerida e obtida a anulação da mesma (*ex nunc*). (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 120 e ss.; 215 e ss.).

O raciocínio da tese se apóia na idéia de que a irrevogabilidade inerente ao instituto da coisa julgada se prende única e exclusivamente à inalterabilidade dos efeitos da sentença pela via recursal (THEODORO JÚNIOR & FARIA, 2005, p. 19), não abrangendo os demais meios processuais de impugnação. Advogam a idéia de que se aplique à coisa julgada inconstitucional regime de controle idêntico ao que se aplica para os atos legislativos, sem sujeição a nenhum tipo de prazo e a ser efetivado por qualquer um dos mecanismos processuais disponível na ordem jurídica processual: ação rescisória não sujeita a prazo, ação declaratória de nulidade ou embargos à execução.

Festejam a alteração processual feita pela MP 2.180/2001 que acrescentou o parágrafo único ao art. 741 do Código de Processo Civil,⁶² reconhecendo a coisa julgada inconstitucional como uma das hipóteses de inexigibilidade do título executivo judicial, vendo nela uma significativa evolução do sistema de controle de constitucionalidade e a confirmação de “[...] que a coisa julgada não se convalida, sendo nula e, portanto, o seu reconhecimento independe de ação rescisória e pode se verificar a qualquer tempo e em qualquer processo, inclusive na ação incidental de embargos à execução” (THEODORO JÚNIOR & FARIA, 2005, p. 27).

Finalmente, entre as abrangentes propostas de relativização da autoridade da coisa julgada podem apontar-se, ainda, aquelas que, a exemplo de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, defendem a inexistência da sentença inconstitucional por ausência de uma das condições da ação, a possibilidade jurídica do pedido, circunstância que faz da sentença um ato sem nenhum valor jurídico (WAMBIER & MEDINA, 2003, p. 35 e ss.).

⁶² Vale lembrar, que na mesma oportunidade e por força do mesmo instrumento normativo, o mesmo texto foi acrescido à CLT, com a inclusão do § 5º ao art. 884.

2.3.3 A objetividade de Paulo Otero: a coisa julgada inconstitucional

Pela ligação com o objeto da pesquisa empreendida, destaque especial se confere agora à postura desenvolvida por Paulo Manuel Cunha da Costa Otero e exposta no livro *Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional*, onde o autor, de forma objetiva e a partir da análise do ordenamento constitucional português, estuda o fenômeno da inconstitucionalidade das decisões jurisdicionais protegidas pela autoridade da coisa julgada material, com o objetivo de, segundo sua própria explicação, “[...] recortar as situações, tentar determinar os meios de controlo e, por fim, averiguar os efeitos das decisões judiciais inconstitucionais [...]” (OTERO, 1993, p. 9), e, além disso, questionar “[...] a idéia de impermeabilidade das decisões do poder judicial” (OTERO, 1993, p. 9) visando comprovar que, num Estado Constitucional, a lógica da supremacia da Constituição, que faz desta, fundamento de validade e fonte primeira de todos os atos jurídicos infraconstitucionais, exige que as sentenças judiciais, tal como os atos legislativos e executivos, por se tratarem de atos do poder público, devem respeito ao princípio da constitucionalidade, independentemente da previsão legal de mecanismos de controle.

Em nenhum momento o autor se ocupa da coisa julgada injusta. Sua atenção volta-se, única e exclusivamente, para as situações em que as decisões judiciais protegidas pelo manto da coisa julgada material se confrontam com a Constituição. Sua preocupação, como ele próprio apontou, é desvelar o valor e a eficácia dessas decisões.

As reflexões iniciais partem do que no Estado Constitucional atual é consenso a idéia de que toda a atividade do poder público se submete ao princípio da constitucionalidade⁶³, uma idéia fruto de um processo gradativo de amadurecimento da humanidade que se iniciou com as revoluções liberais (séc. XVIII) e a sua pretensão de limitar o poder político, com a submissão da atividade administrativa

⁶³ Seguem, no caso, os ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, que expressamente asseveram: “[...] toda a actividade pública, [...] todos os poderes e órgãos do Estado (em sentido amplo) estão submetidos às normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição” (CANOTILHO & MOREIRA, 1993, p. 922). No mesmo sentido, Canotilho (2003, p. 942).

(executiva) ao princípio da legalidade, passou pela institucionalização dos mecanismos de controle de constitucionalidade dos atos legislativos, levada a cabo ao longo dos séculos XIX e XX por necessidade de garantir a própria Constituição e, principalmente, como garantia dos direitos fundamentais e, finalmente, chegou até à valorização do Judiciário como executor e garante da Constituição, a idéia de controle de constitucionalidade dos atos judiciais.

O argumento, de uma lógica irrefutável, é o de que, se os Poderes Legislativo e Executivo ao desenvolverem suas funções podem gerar atos normativos em confronto com a Constituição, também o Judiciário no exercício da atividade jurisdicional pode dar origem a atos inconstitucionais ou, como diz o autor,

[...] também os tribunais podem desenvolver uma actividade geradora de situações patológicas, proferindo decisões que não executem a lei, desrespeitem os direitos individuais ou cujo conteúdo vá ao ponto de violar a Constituição (OTERO, 1993, p. 32).

Apesar da ampla aceitação das idéias expostas, a verdade é que as ordens jurídicas em geral, amarradas, segundo o autor, ao arquétipo do *juge bouche de la loi*⁶⁴, ou seja, à idéia de que o juiz nada poderia fazer senão deduzir da “santa” palavra da lei a solução do caso que lhe era apresentado⁶⁵, não dispõem de mecanismos de controle específicos para averiguação da compatibilidade das sentenças judiciais com a Constituição, ou seja, não há “[...] garantias contra as suas decisões” (OTERO, 1993, p. 32), persistindo a idéia da insindicabilidade jurídica. Tal estado de coisas justifica a constatação a seguir: “[...] o direito português é processualmente incompleto quanto aos meios de garantia da Constituição perante decisões judiciais violadoras das suas regras e princípios” (OTERO, 1993, p. 32).

O mesmo autor reconhece que, devido à finalidade pacificadora da atividade jurisdicional, não seria natural que as decisões judiciais estivessem, livre e permanentemente, sujeitas a revogação ou modificação. Daí a preocupação da ordem jurídica em estatuir mecanismos de segurança capazes de dar estabilidade

⁶⁴ O conhecido mito do “juiz boca da lei” (tradução livre), originário da escola da exegese.

⁶⁵ Tempo, não muito distante, do silogismo judiciário, em que qualquer interpretação dada pelo juiz era tida como tendenciosa e impura, pois o poder judicial deveria ser neutro, impessoal, ou, como dizia Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, “invisível e nulo” (*apud* OTERO, 1993, p. 9).

às decisões judiciais, tais como: o esgotamento do poder jurisdicional do juiz da causa com a prolação da sentença ⁶⁶, a possibilidade de modificação ou anulação apenas por meio de recursos e estes sujeitos a prazos de interposição; hipóteses de decisões absolutamente irrecorríveis; as preclusões processuais; e a autoridade do caso julgado, entre outros.

Ao explicitar a noção de caso julgado, o autor identifica-a com a idéia de uma decisão firme, ou seja, uma decisão que não mais pode ser modificada pela via recursal ordinária, portanto, uma “[...] decisão judicial que se consolidou na ordem jurídica” (OTERO, 1993, p. 42) e que só excepcionalmente pode ser modificada, desde que se venha a verificar uma das situações em que a ordem jurídica expressamente admite a sua revisão ⁶⁷.

Reconhecida a excepcionalidade das hipóteses de modificação, o autor parte para analisar o tratamento que o caso julgado recebe da Constituição portuguesa que, ao contrário da brasileira, expressamente cuida do caso julgado e das relações que se estabelecem entre ele e os efeitos da “*declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral*” pelo Tribunal Constitucional.

A matéria é tratada pelo art. 282 da referida Constituição, que, logo de início, aponta como regra geral o caráter retroativo (efeito *ex tunc*) dos acórdãos do Tribunal Constitucional que decidiram pela inconstitucionalidade com força obrigatória geral, o que denota, tal como explica o autor, a opção do constituinte português pela tese da nulidade ⁶⁸ da norma inconstitucional, quer se trate de inconstitucionalidade

⁶⁶ Que depois de proferir a sentença só pode agir para corrigir erro material ou complementar a decisão, quando chamado a isso por meio de embargos de declaração.

⁶⁷ Na ordem jurídica portuguesa especificamente: o recurso de revisão civil no prazo de cinco anos; o recurso de revisão penal a qualquer tempo; o recurso de oposição de terceiro; a revisão das sentenças determinativas ou instáveis; os casos de retroatividade da lei penal (superveniência de lei descriminalizante) e a pronúncia de inconstitucionalidade de norma penal pelo Tribunal Constitucional (OTERO, 1993, p. 47).

⁶⁸ Também o STF adota a tese da nulidade dos atos jurídicos proclamados inconstitucionais, que, como se verá na terceira parte deste trabalho, é uma tese de origem americana, pensada para atender as exigências do controle difuso-concreto, no qual a decisão da inconstitucionalidade é questão incidental, funcionando como prejudicial de mérito. O mesmo é dizer que a decretação da inconstitucionalidade não constitui o objeto principal da ação, mas que do deslinde dessa questão depende a decisão de mérito, ou seja, o acesso, ou não, ao bem de vida pretendido. No caso, o reconhecimento da inconstitucionalidade é de natureza declaratório, vale apenas entre as partes e é naturalmente retroativo, pois a solução do caso concreto impõe que se reconheça o exercício ou o perecimento de um direito nascido no passado, direito esse que é o mérito do processo. Apesar de

originária, quer se trate de inconstitucionalidade superveniente (OTERO, 1993, p. 48 e ss.).

De fato, a redação do citado dispositivo é bastante clara,

Artigo 282º

(Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade)

1. *A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a reprivatização das normas que ela, eventualmente, haja revogado.*
2. *Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última* (2004, p. 4.692).

Se esta fosse a redação integral da norma constitucional em cotejo, a conclusão seria, necessariamente, a de que a pronúncia de inconstitucionalidade do TC tem efeito “tábua rasa” sobre a coisa julgada inconstitucional, solapando de imediato todos os casos julgados baseados na norma proclamada inconstitucional e, por isso, banida do ordenamento jurídico pela decisão da Corte Constitucional. Outra não é a análise de Paulo Otero:

A eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral deveria, em bom rigor, determinar também a destruição dos casos julgados fundados em normas desconformes com a constituição e agora formalmente banidas da ordem jurídica (OTERO, 1993, p. 49).

Claramente, ao adotar a eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade, optou o constituinte português por se filiar à tese da natureza meramente declaratória da decisão de inconstitucionalidade do TC, estabelecendo a correspondência entre a declaração de inconstitucionalidade da norma e a nulidade *ab initio* da mesma. O que significa que as normas reconhecidas pelo TC como inconstitucionais não são anuladas, mas tidas como nulas desde a sua entrada em vigor ou desde o momento que se tornaram inconstitucionais (CANOTILHO &

adequada para o controle difuso-concreto — que no Brasil reinou absoluto desde a primeira Constituição republicana (1891) até 1965, quando a Emenda 16 à Constituição de 1946 introduziu o controle concentrado-abstrato —, a tese da nulidade revela-se inadequada para o novo modelo de controle concentrado, engendrado por Hans Kelsen, em que a inconstitucionalidade é o objeto principal da ação, discutida abstratamente e cuja decisão vai irradiar eficácia *erga omnes* e eliminar a norma inconstitucional da ordem jurídica. Todavia, essa norma, enquanto não proclamada inconstitucional, goza da presunção de constitucionalidade, pertence ao sistema jurídico, é válida e eficaz, logo, a decretação de inconstitucionalidade assume natureza constitutiva e os seus efeitos devem operar-se a partir do trânsito em julgado da decisão. Remete-se a leitura da terceira parte deste trabalho, onde a matéria é tratada de forma mais detalhada.

MOREIRA, 1993, p. 1039), salvo nos casos em que o TC proceda à limitação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, possibilitada pelo n. 4 do dispositivo supra citado, que permite a manipulação dos efeitos da decisão, caso razões de segurança jurídica, de equidade ou de interesse público de excepcional relevo o justifiquem.

Entretanto, além dos três pontos já citados (n.ºs 1, 2 e 4), o art. 282º da Constituição lusitana é integrado por um outro ponto, no qual é feita a ressalva expressa dos casos julgados, salvaguardando, desse modo, a impossibilidade de alterar-se a situação jurídica dos jurisdicionados, situação essa estabilizada pela autoridade da coisa julgada. Dispõe o referido preceito:

3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

Desse modo, fixa a Constituição da República portuguesa a regra da intangibilidade do caso julgado, impedindo a modificação das decisões judiciais já blindadas pela coisa julgada material, mesmo se a norma em que se fundamentaram vier a ser proclamada inconstitucional. É a Constituição impedindo que relações ou situações já definitivamente resolvidas sejam “[...] retroativamente perturbadas pela eficácia *extunc* da declaração de inconstitucionalidade” (CANOTILHO & MOREIRA, 1993, p. 1041).

Tal regra, porém, comporta uma única exceção, motivada pelo princípio do tratamento mais favorável ao arguido, ou seja, a garantia da coisa julgada é desbancada pela pronúncia de inconstitucionalidade que, versando sobre norma penal, disciplinar e de mera ordenação social, for mais favorável ao arguido. O que significa que só se afasta a garantia do caso julgado, permitindo a sua revisão, para beneficiar o jurisdicionado; de contrário, mantém-se a força do caso julgado. Com outras palavras, é o que aponta Paulo Otero: “[...] que se a norma inconstitucional tiver um conteúdo mais favorável, aplica-se a regra geral: a imodificabilidade do caso julgado fundado em norma inconstitucional” (OTERO, 1993, p. 49).

Na procura de um fundamento que justifique a validade e a eficácia do caso julgado inconstitucional, Paulo Otero traça um paralelo com os casos de ilegalidade, isto é, com as hipóteses em que a decisão judicial se confronta com o Direito positivo e se questiona sobre a possibilidade de adquirirem tais decisões a autoridade de caso julgado (OTERO, 1993, p. 53 e ss.). Sua conclusão, depois de analisados vários posicionamentos doutrinários, inclusive o de Hans Kelsen, é de que a unanimidade da doutrina entende que a ilegalidade não impede a formação do caso julgado, o que significa que, mesmo contrária ao direito, a sentença transitada em julgado não deixa de ser eficaz, e o que fundamenta a sua eficácia são os valores jurídicos da segurança, estabilidade e da certeza, subjacentes ao princípio constitucional do Estado de Direito.

Entretanto, esses mesmos valores, na falta de habilitação constitucional, mostram-se inabilitados para justificar a validade dos atos jurídicos inconstitucionais ⁶⁹, cujo pressuposto para a sua verificação, por força do princípio da constitucionalidade, é exatamente a conformidade com as normas constitucionais. E, por isso mesmo, “[...] as decisões judiciais desconformes com a Constituição são inválidas; o caso julgado daí resultante é, também ele, conseqüentemente, inválido, encontrando-se ferido de inconstitucionalidade” (OTERO, 1993, p. 61).

Uma vez fixada a idéia da invalidade das decisões judiciais inconstitucionais, é necessário analisar a eficácia processual e material do caso julgado inconstitucional. Nesse campo, a primeira preocupação do autor é distinguir as decisões inconstitucionais das sentenças inexistentes. As primeiras, aquelas que reúnem um “mínimo de identificabilidade” ⁷⁰, as segundas, não-atos ⁷¹, “[...] meras aparências de actos judiciais [...]” (OTERO, 1993, p. 64), que não transitam em julgado, pois,

⁶⁹ O que significa que os princípios da segurança e da certeza jurídicas só têm força para validar efeitos de atos inconstitucionais quando a própria Constituição lhes atribui essa prerrogativa, como ocorre na hipótese do n. 4 do art. 282º da Constituição portuguesa, *verbis*: “Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2”.

⁷⁰ Como condições de identificabilidade mínima o autor aponta, entre outros: a prática do ato por juiz no exercício de suas funções e o atendimento dos requisitos formais e processuais mínimos (OTERO, 1993, p. 64).

⁷¹ Serio o caso, por exemplo, de sentenças elaboradas por quem não está investido de autoridade para tanto (OTERO, 1993, p. 64).

como salienta José Alberto dos Reis, "o caso julgado não pode ter a virtude milagrosa de dar vida ao nada. Se a sentença não existe juridicamente, não passa a existir pelo facto de ter transitado em julgado" (*apud* OTERO, 1993, p. 64, nota 130).

Em seguida, o autor procede à tipificação das modalidades de inconstitucionalidade do caso julgado, onde reconhece três distintas situações:

- 1) o caso julgado direta e imediatamente inconstitucional, que ocorre quando o conteúdo da decisão viola diretamente preceito ou princípio constitucional, sem a interposição de nenhuma outra norma, hipótese em que distingue as decisões individuais, que comportam as decisões do TC (especialmente as proferidas em controle difuso de constitucionalidade) e as decisões de todos os restantes tribunais, para as quais não existe nenhum tipo de mecanismo de tutela direta (OTERO, 1993, p. 67), das decisões normativas, compreendendo estas os acórdãos do TC que proclamam a inconstitucionalidade com força obrigatória geral, para as quais inexistem qualquer tipo de controle, e os assentos⁷² do STJ (Supremo Tribunal de Justiça) e decisões dos restantes tribunais com força obrigatória geral, esses sim passíveis de fiscalização sucessiva da constitucionalidade pelo TC, via recurso extraordinário (CRP, art. 280, n. 1);
- 2) o caso julgado inconstitucional por aplicação de norma inconstitucional, que se verifica quando a inconstitucionalidade deriva do fato de se ter aplicado uma norma inconstitucional, hipótese em que há de observar-se se ao tempo da formação do caso julgado a norma aplicada já havia sido proclamada inconstitucional com força obrigatória geral, caso em que foi aplicada uma ex-norma (quando deveria ter sido aplicada a norma reprimada, se existisse), situação que pode ser impugnada via recurso extraordinário para o TC (CRP, art. 280, n. 5), ou se a pronúncia de inconstitucionalidade é superveniente, ou seja, quando aplicada a norma era válida, pois ainda não havia sido

⁷² É de salientar que o Decreto-Lei n. 329-A, de 12 de fevereiro de 1995, revogou os Assentos do Supremo Tribunal de Justiça em matéria civil, eliminando o problema da sua normatividade considerada inconstitucional pelo TC (Ac. N. 743/96). Entretanto, os acórdãos do STJ que em matéria penal se destinam a resolver conflitos e a fixar a jurisprudência por meio de recurso extraordinário, continuam a ser designados por *assentos* e, apesar de não mais possuírem força obrigatória, ao fixarem critérios de uniformização de jurisprudência, não deixam de apresentar algum sentido normativo (MORAIS, 2002, p. 528).

proclamada a sua inconstitucionalidade, portanto a pronúncia de inconstitucionalidade é posterior à formação da coisa julgada, hipótese em que o caso julgado deve ser mantido, por força da ressalva do n. 3, do art. 282 da CRP.

- 3) o caso julgado inconstitucional por negar aplicação a norma constitucional, também uma inconstitucionalidade indireta, mas agora resultado da recusa de aplicação de uma norma sob argumento da sua inconstitucionalidade, sem que a mesma apresente qualquer desconformidade com a Constituição. Em relação a esta terceira situação a conclusão do autor (2003, p. 75) é de que, apesar de sempre poder ser impugnada por recurso extraordinário para o TC (CRP., art. 280º, n. 1, “a”), tal situação não tem autonomia porque ou conduz à aplicação de uma norma inconstitucional subsumível na segunda situação apresentada, ou então foi aplicada outra norma constitucional, apresentando-se como um confronto de legalidade, não de inconstitucionalidade.

Recortadas as situações de inconstitucionalidade do caso julgado, destaca o autor que pelo menos numa hipótese a Constituição ressalta uma espécie de caso julgado inconstitucional, aquele que se edifica em norma inconstitucional que, por ocasião do trânsito em julgado, ainda não havia sido proclamada inconstitucional (OTERO, 1993, p. 83), ou seja, a ressalva contida no n.º 3 do art. 282º da CRP que, a seu ver, representa uma dupla exceção: exceção à eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade e exceção à natureza declaratória do provimento do TC.

Destaca, entretanto, que por se tratar de ressalva excepcional e de caráter específico, não pode ser estendida às demais situações de inconstitucionalidade de casos julgados, que se sujeitam ao regime geral de todos os atos inconstitucionais. Significa dizer que, se os efeitos do caso julgado ressalvado são convalidados e vinculam, porque tudo se passa como se a inconstitucionalidade não existisse, o mesmo não ocorre em relação às duas restantes situações (ofensa direta e aplicação de norma já proclamada inconstitucional), onde o problema da eficácia da decisão inconstitucional continua de pé, já que a sua invalidade não significa a ausência de produção de efeitos jurídicos (OTERO, 1993, p. 76). Depois de detalhadamente analisar os desdobramentos de cada uma das situações, constata

que há casos julgados que, apesar da invalidade, continuam a impor os seus efeitos. É o que ocorre, por exemplo, com as decisões normativas e individuais do TC que, apesar de inconstitucionais, continuam a ter eficácia e força vinculantes.

Apesar de tudo, o autor é de opinião que, por serem portadores de invalidade, os casos julgados inconstitucionais jamais se consolidam na ordem jurídica e podem a qualquer tempo ser judicialmente destruídos (OTERO, 1993, p. 120). Razão pela qual, “[...] há que procurar nos meios jurídicos-positivos existentes no *actual* Direito português uma qualquer forma ou mecanismo de fiscalização das decisões judiciais inconstitucionais” (OTERO, 1993, p. 121) e, esgotados os meios impugnativos ordinários, defende a possibilidade do uso de um “recurso extraordinário atípico” (OTERO, 1993, p. 77 e 121), nas hipóteses em que direta e imediatamente houver ofensa à Constituição, destacando que “o princípio da intangibilidade do caso julgado foi pensado para decisões judiciais conformes com o Direito ou, quando muito, decisões meramente injustas ou ilegais em relação a legalidade ordinária” (OTERO, 1993, p. 120) e que não pode concorrer com o princípio da constitucionalidade senão quando a Constituição lhe confere essa prerrogativa. Nas suas palavras:

A imodificabilidade do caso julgado apenas pode concorrer em pé de igualdade com o princípio da constitucionalidade dos actos jurídico-públicos quando essa imodificabilidade ou insindicabilidade seja consagrada constitucionalmente, tal como sucede, por exemplo, com as situações constantes do artigo 282º, nº 3, da Constituição (OTERO, 1993, p. 120).

Desse modo, sem falar de relativização, de flexibilização ou de desconsideração da coisa julgada, vale-se Paulo Otero do princípio da constitucionalidade e da ideia da invalidade de todos os atos jurídicos desconformes com a Constituição, para defender que, salvo nos casos expressamente ressalvados pela Lei Maior, os casos julgados inconstitucionais são inválidos e, portanto, jamais se consolidam e sempre podem vir a ser modificados por outra decisão judicial, pois, no seu modo de ver, “[...] o princípio da imodificabilidade do caso julgado não tem força suficiente para limitar ou condicionar o princípio da constitucionalidade das decisões judiciais” (OTERO, 1993. p. 120).

3 A COISA JULGADA COMO DIREITO-GARANTIA FUNDAMENTAL

Entre o elenco “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” apresentado ao longo do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, consta que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*” (inc. XXXVI). Tão-só pela localização constitucional do dispositivo, situado no Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” (Tít. II), já se poderia afirmar que o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, ou seja, os institutos jurídicos ali previstos, se apresentam na ordem constitucional com natureza de direito ou garantia fundamental. Mas isso pouco ou nada ajudaria na realização deste trabalho, que tem entre os seus objetivos compreender o significado e a extensão da proteção que a Constituição Federal confere, especificamente, ao instituto da coisa julgada.

Se a localização “topográfica” é insuficiente, a qualificação da coisa julgada material como direito ou garantia fundamental não será viável, sem antes se fixarem os conceitos de direito e de garantia fundamental, caminho que ora se empreende.

3.1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O conceito de direitos fundamentais erigiu-se de forma progressiva e tem por fundamento primeiro a idéia de direitos do homem, assente nos postulados da dignidade, universalidade, identidade e individualidade de cada ser humano, bem como na idéia da limitação do poder político (FAVOREU et al. 2002, p. 13 e ss).

Embora as raízes histórico-filosóficas dos direitos fundamentais possam ser encontradas no pensamento humanista da antiguidade, idéias ⁷³ que, desenvolvidas

⁷³ Idéias como a do homem como “medida de todas as coisas” (Protágoras) dos sofistas, a da unidade universal dos homens dos estóicos, a da igualdade de todos os homens como filhos de Deus do pensamento judaico-cristão, que, aliadas à conquista de pequenas garantias de liberdade e segurança pessoal, como as concedidas na *Magna Carta* (1215) e, mais tarde, garantias de propriedade e de participação política aos grupos estamentais, representam a gênese do princípio da dignidade da pessoa humana. Para desenvolvimento do tema, entre outros, Miranda (2000, p. 15 e ss), Favoreu (2002, p.14) e PEREZ LUÑO (2004, p. 30).

pelo jusnaturalismo medieval, levaram ao surgimento da doutrina dos direitos do homem como direitos naturais, ou seja, como postulados suprapositivos universais, a expressão “direitos fundamentais” é bem recente. Segundo Antonio Perez Luño, tal expressão teria surgido na França por volta de 1770 ⁷⁴, a par da fórmula “direitos do homem”, forjada a partir do livro *The rights of man* de Thomas Paine e em virtude do movimento político e histórico-cultural que culminou com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e com a promulgação da Constituição francesa de 1791 (PEREZ LUÑO, 2004, p. 30).

Ensina o mesmo autor que a expressão revela “[...] a aspiração do jusnaturalismo iluminista de constitucionalizar, ou seja, de converter em direito positivo, em preceitos de máxima força normativa, os direitos naturais” ⁷⁵ (PEREZ LUÑO, 2004, p. 33). Tal raciocínio parece ser confirmado pelo art. 16, da solene Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que de forma expressa consigna: “*Qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição*” ⁷⁶.

Um preceito jurídico que condensa os elementos fundamentais do constitucionalismo, então em formação: a idéia da Constituição como norma jurídica superior e positivada (codificada) num texto único, fonte e fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas; a idéia de autodeterminação dos povos e de limitação do poder do Estado em defesa dos cidadãos, mediante o reconhecimento normativo de um conjunto de direitos e garantias individuais, naturais, imutáveis e imprescritíveis ⁷⁷, cuja observância é garantida pelo princípio da separação dos

⁷⁴ Diz Jorge Miranda que, embora já fosse usada antes, a locução alcança efetiva relevância depois de utilizada pela Constituição de Weimar (1919), donde se generalizou (MIRANDA, 2000, p. 51).

⁷⁵ Tradução nossa. No original: *La nueva expresión, al igual que la de los “derechos fundamentales”, forjada también en este período, revela la aspiración del iusnaturalismo iluminista por constitucionalizar, o sea, por convertir en derecho positivo, en preceptos del máximo rango normativo, los derechos naturales.*

⁷⁶ Tradução nossa. No original: *Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation de pouvoirs déterminée, n’a pas de Constitution (Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen, 26 août 1789, Article 16).*

⁷⁷ Conforme o art. 2º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo texto prescreve que a finalidade de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Direitos esses que são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão (tradução livre) No original: *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l’oppression (Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen, 26 août 1789, Article 2).*

poderes e se expressa tradicionalmente no lema “liberdade, igualdade e fraternidade”.

Pela proximidade substancial de conteúdo e talvez pela contemporaneidade, não raras vezes as expressões “direitos fundamentais”, “direitos do homem” e “direitos humanos” são usadas indistintamente. Ultimamente, porém, doutrina ⁷⁸ da mais avalizada atribui significados distintos às expressões.

Confere-se à expressão “direitos fundamentais” um âmbito mais restrito e um caráter normativo (jurídico), reservando-a para designar os direitos humanos positivados internamente, ou seja, o conjunto de direitos humanos que cada Estado opta por positivar.

Nesse sentido, ensina Paulo Bonavides: “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais” (BONAVIDES, 2005, p. 560). E, a partir da dupla caracterização formal de Carl Schmitt, leciona: (1) são fundamentais todos os direitos e garantias elencados na Lei Maior, a Constituição; (2) são fundamentais os direitos aos quais a Constituição atribuiu um elevado grau de proteção (garantia e segurança), vedando ⁷⁹ ou dificultando a sua modificação ⁸⁰ ou supressão.

Também José Joaquim Gomes Canotilho informa: “**direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. [...] os direitos *objectivamente* vigentes numa ordem jurídica concreta” (CANOTILHO, 2003, p. 393; 1983, p. 427, grifo no original).

Já as fórmulas “direitos humanos” e “direitos do homem”, de maior abrangência e vocação universal, se referem ao homem enquanto ser humano independentemente de qualquer contexto espaço-temporal. São expressões reservadas para exprimir os

⁷⁸ Paulo Bonavides dá conta da promiscuidade com que as expressões são utilizadas e informa que a expressão “direitos fundamentais” é usada preferencialmente pelos publicistas alemães, ao passo que “direitos do homem” e “direitos humanos” são as preferidas dos autores latinos e anglo-americanos (BONAVIDES, 2005, p. 560).

⁷⁹ Via reconhecimento das chamadas cláusulas pétreas ou imutáveis, cláusulas que expressamente vedam a possibilidade de alteração de determinados conteúdos constitucionais, como é o caso do § 4º, do art. 60 da Constituição brasileira em vigor.

⁸⁰ Aumentando, em regra, as exigências formais do processo legislativo, como se dá no Brasil, com o processo legislativo dos Projetos de Emendas Constitucionais (CF/88, art. 60).

direitos constantes nas Declarações de Direitos, no Direito Internacional ⁸¹, ou mesmo aqueles direitos que, embora relativos à pessoa humana e à sua dignidade, ainda não se encontram positivizados.

São os direitos que, no dizer de José Joaquim Gomes Canotilho, são “válidos para todos os povos e em todos os tempos” (CANOTILHO, 2003, p. 393; 1983, p. 427) e que Antonio Perez Luño define como,

[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional ⁸² (PEREZ LUÑO, 2004, p. 46).

Assim, de acordo com a classificação de Vieira de Andrade ⁸³, pode-se dizer que falar em direitos fundamentais é analisar os direitos do homem numa dimensão constitucional positiva, ao passo que, falar em direitos do homem é focar os mesmos numa dimensão internacional e universalista (*apud* CANOTILHO, 2003, p. 393; 1983, p. 427).

No processo de desenvolvimento dos direitos fundamentais, três momentos são doutrinariamente destacados:

- 1) o primeiro nos fins do séc. XVIII, quando pela primeira vez foram institucionalizados, estabelecendo uma clara dicotomia entre Estado e sociedade civil. Nesse estágio, afinados com o ideário liberal burguês, os direitos fundamentais assumem uma feição puramente individualista, são os direitos do “homem” (garantias preexistentes, naturais e inalienáveis) e do “cidadão” (direitos de vinculação política, positivos e que dependem do Estado), funcionam exclusivamente como direitos de defesa do cidadão

⁸¹ Conforme Jorge Miranda, que a seu sentir é uma forma de deixar mais clara a atinência dos direitos aos indivíduos e não aos Estados ou a outras entidades internacionais (MIRANDA, 2000, p. 54).

⁸² Tradução nossa. No original: *Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional* (grifos no original).

⁸³ Segundo o qual são três os enfoques por que se podem encarar os direitos fundamentais: a) a dimensão filosófica ou jusnaturalista; b) a dimensão universalista ou internacionalista e c) dimensão constitucional positiva.

perante os poderes instituídos ou, no dizer de José Joaquim Gomes Canotilho, como “[...] uma *pretensão de omissão* dos poderes públicos”, isto é, “o direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias” ⁸⁴ (CANOTILHO, 1982, p. 365, grifos no original). Pensou-se, então, que a simples declaração formal de direitos fosse suficiente para que os mesmos fossem garantidos. A história, no entanto, se encarregou de demonstrar a falibilidade de tal pensamento. Os acontecimentos da primeira metade do século XX comprovaram que de nada adianta a declaração legal, se a mesma não se materializar;

- 2) o segundo momento ocorre no pós-guerra, quando, consciente dos trágicos resultados das experiências bélicas, da necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana e da incapacidade de individualmente resolver os graves problemas, o homem se volta para o Estado solicitando um atuar, uma intervenção positiva, no sentido de conformar e concretizar os direitos fundamentais. Surgem, então, os direitos sociais, econômicos e culturais, que vão ser retratados na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). Convencido, pois, de que os direitos humanos não poderiam ficar à mercê dos poderes políticos instituídos, nem tampouco o Estado se poderia omitir da sua preservação, e tentando conferir-lhes maior efetividade, o legislador constitucional passa a incluir no texto constitucional o rol dos direitos considerados fundamentais, conferindo-lhes “aplicação imediata” ⁸⁵ e caráter vinculante, submetendo, assim, todas as entidades públicas à sua observância. Por isso, Jorge Reis Novais diz que a desconfiança nos poderes instituídos, inclusive no Poder Legislativo democraticamente legitimado, se expressa, doutrinariamente, no lema “[...] não mais direitos fundamentais à medida das leis, mas leis segundo os direitos fundamentais” e, normativamente, “[...] na consagração constitucional da aplicabilidade directa e da vinculação de todas as entidades públicas pelos direitos fundamentais” (NOVAIS, 2003, p. 24). Assiste-se, então, no plano interno dos Estados, à

⁸⁴ São os direitos fundamentais de 1ª geração/dimensão que correspondem aos direitos de liberdade, direitos civis e políticos do cidadão, que se caracterizam pelo caráter subjetivo que apresentam. São os direitos de resistência (BONAVIDES, 2005, p. 563).

⁸⁵ Assim se expressa o § 1º, do art. 5º, da CF/88: “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.

constitucionalização maciça dos direitos fundamentais, um fenômeno que leva Paulo Bonavides a dizer que, depois de filosófica e politicamente formulados, os direitos de segunda dimensão ⁸⁶ “dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra” (BONAVIDES, 2005, p. 564), e José Joaquim Gomes Canotilho a explicar que, em sede de direitos fundamentais se transita “[...] para uma *proibição de omissão*”, isto é, o “[...] direito de exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos” (CANOTILHO, 1982, p. 365, grifos no original), e, no plano externo, ao começo do processo de internacionalização dos direitos humanos e dos mecanismos internacionais destinados à sua proteção;

- 3) o terceiro momento abriga o reconhecimento dos direitos de solidariedade, os chamados direitos fundamentais de terceira dimensão ⁸⁷ (direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente etc), e é decorrência do despertar para a existência de bens de carácter coletivo ⁸⁸, cuja violação atinge conjuntamente indeterminado número de pessoas, e da necessidade de se criarem/adaptarem novos mecanismos de proteção, constatada a ineficácia dos instrumentos jurídicos anteriores na defesa e garantia dos novos direitos.

Atingido esse estágio evolutivo, quando aos direitos de cunho individual se agregam os direitos de carácter social e coletivo, os direitos fundamentais ganham uma nova dimensão ⁸⁹: um carácter objetivo. De ora avante, os direitos fundamentais adquirem novo significado, passam a apresentar duplo conteúdo jurídico-institucional: um carácter subjetivo e um carácter objetivo. No plano subjetivo, apresentam uma índole jurídico-individual, mostram-se como direitos subjetivos públicos ⁹⁰, direitos que

⁸⁶ Tratam-se, agora, de direitos sociais, econômicos e culturais, de matiz antiliberal, pois ao contrário do abstencionismo anterior, clamam pela ativa intervenção estatal de modo a garantir a eficácia imediata e a plena efetividade dos direitos fundamentais.

⁸⁷ Os momentos apontados não esgotam o processo de desenvolvimento dos direitos fundamentais, tanto é que já se fala atualmente em direitos de 4ª e 5ª geração. Deixa-se de lhes fazer referência por não interferirem no objeto deste trabalho.

⁸⁸ O termo coletivo é aqui utilizado em sentido amplo, envolvendo todos os tipos de direitos transindividuais, quais sejam: coletivos estrito senso, difusos e individuais homogêneos.

⁸⁹ Nesse sentido, entre outros, Novais (2003, p. 49 e ss), Perez Luño (2004, p. 20 e ss), Häberle (2003, p. 7 e ss) e Canotilho (1983, p. 422; 2003, p. 1253 e ss.).

⁹⁰ Por direito subjetivo entende-se “a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direitos atribuem a alguém como próprio” (REALE, 1983, p. 258), público porque atribuído por norma de ordem pública.

“determinam o *status* jurídico do cidadão” (PEREZ LUÑO, 2004, p. 22.); no plano objetivo ou jurídico-institucional, representam os “valores supremos” (HÄBERLE, 2003, p. 7), ou seja, o conjunto de valores que “[...] legitima a ordem jurídico-constitucional do Estado, que condiciona constitutivamente toda a actuação dos poderes constituídos e que irradia uma força expansiva a todos os ramos do direito” (NOVAIS, 2003, p. 58). Tomados em sentido objetivo, são os direitos fundamentais que desenham a estrutura do Estado e do poder, ou seja, são eles que determinam/conformam o modo como o Estado se deve organizar e atuar. Por isso, Peter Häberle os apresenta como “[...] componentes constitutivos do conjunto constitucional [...]” e “[...] ‘fundamento funcional’ da democracia” (HÄBERLE, 2003, p. 7 e 20).

Nesse entrelaçamento histórico e com esse duplo sentido, aumenta substancialmente a quantidade de direitos fundamentais e também a sua tipologia. Conforme as escolhas políticas de cada Estado nacional ⁹¹, diferentes quantidades e tipos de direitos fundamentais passam a conviver numa mesma ordem jurídica. Em relação à tipologia, entretanto, a doutrina os classifica em dois grandes grupos: os direitos fundamentais propriamente ditos e as garantias fundamentais.

Consoante essa classificação, os direitos fundamentais podem se apresentar, então, como direitos materiais, os direitos propriamente ditos, aqueles que por si só representam certos bens ou situações de vida, mormente conhecidos como direitos e liberdades, e como direitos procedimentais ou garantias, isto é, direitos cujo objetivo é afiançar a fruição dos direitos anteriores (MIRANDA, 2000, p. 95), ou, como diz Giancarlo Rolla, “[...] evitar que os direitos não se reduzam a uma ‘romântica declaração’ carente de efetividade [...]” ⁹² (ROLLA, 2002, p. 62). As garantias, como se vê, têm natureza instrumental e se destinam a assegurar, proteger, defender ou salvaguardar os demais direitos fundamentais.

⁹¹ Na esfera do direito comparado, os textos constitucionais que tratam dos direitos fundamentais não apresentam uniformidade nem de catálogo nem de conteúdo, ainda assim, a doutrina admite uma base comum: a ordenação jurídica da liberdade.

⁹² Tradução nossa. No original: “[...] dirigida a evitar que el reconocimiento de los derechos de la persona se reduzca a ser ‘una romántica declaración’ carente de efectividad.”

Nessa mesma linha, Paulo Bonavides, recorrendo aos ensinamentos de Sérgio Galeotti e Liñares Quintana ⁹³, ensina que o termo garantia deriva do alemão *garant* e significa uma posição de segurança, que elimina o estado de incerteza e de precariedade, cuja existência depende da presença de dois elementos: em primeiro lugar, a existência de um direito ou interesse tutelado; em segundo lugar, a existência de um perigo, que deve ser eliminado (BONAVIDES, 2005, p. 525).

Na separação conceitual de direitos e garantias, auxilia bastante a distinção elaborada por Jorge Miranda, segundo a qual,

As liberdades são formas de manifestação da pessoa; as garantias pressupõem modos de estruturação do estado; as liberdades envolvem sempre a escolha entre o *facere* e o *non facere* ou entre agir e não agir em relação aos correspondentes bens, têm sempre uma dupla face – positiva e negativa; as garantias têm sempre um conteúdo positivo, de actuação do Estado ou das próprias pessoas; as liberdades valem por si; as garantias têm função instrumental e derivada (MIRANDA, 2000, p. 95-96).

Ainda sobre as garantias fundamentais, preleciona o mesmo autor que as mesmas podem apresentar uma dupla natureza: a natureza procedimental substantiva, quando o que importa é a participação do sujeito no procedimento; e a natureza procedimental adjetiva, quando se destinam à tutela de outros direitos, ou seja, quando se apresentam como ferramentas diretas de proteção, a exemplo do mandado de segurança ou do *habeas corpus*. A segunda acepção corresponde ao sentido clássico de garantia ou garantia em sentido estrito e compreende os mecanismos idôneos para fazer valer os direitos (MIRANDA, 2000, p. 94).

Com o alargamento e a diversificação do catálogo de direitos fundamentais, aumentaram, não só os direitos fundamentais materiais, mas também os direitos fundamentais de garantia, inclusive os de feições processuais. É por isso que, tal como aponta Luigi Ferrajoli, “o progresso do Estado de direito é simultâneo e paralelo ao desenvolvimento do papel da jurisdição” ⁹⁴ (FERRAJOLI, 2005, p. 88), pois a incorporação constitucional de novos direitos fundamentais, mas

⁹³ Dois importantes juspublicistas: Sergio Galeotti, o primeiro, é italiano e em 1950 escreveu **La garanzia costituzionale**: presupposti e concetto; obra em que Segundo Liñares Quintana, argentino, se fundamentou para escrever **Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional**.

⁹⁴ Tradução nossa. No original: *El progreso del Estado de derecho es entonces simultáneo y paralelo al desarrollo del papel de la jurisdicción*.

principalmente a vinculação de todos os Poderes estatais à Constituição, desbanca a idéia da onipotência do Poder Legislativo, exige a implementação de novos instrumentos processuais de garantia⁹⁵ e transforma o Poder Judiciário no principal “garantidor dos direitos fundamentais” (FERRAJOLI, 2005, p. 93)⁹⁶.

Eis o motivo pelo qual, hoje em dia, é comum se encontrarem nos textos constitucionais, a par das modalidades clássicas de proteção dos direitos, como o devido processo legal ou o direito de defesa, outras garantias jurisdicionais e processuais mais modernas como, por exemplo, o direito fundamental à tutela judicial efetiva ou à razoável duração do processo (celeridade processual), recentemente tutelado na ordem jurídica brasileira e inserido no texto constitucional pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (CF, art. 5º, LXXVIII).

Se o rol de direitos fundamentais e a sua tipologia variam de acordo com as opções políticas de cada Estado, também varia de constituição para constituição o modo como os direitos fundamentais são positivados. Ao tratar do assunto, Antonio Peres Luño aponta três formas de positivação: (1) na primeira, a constituição lança mão de cláusulas gerais e, sem explicitar o conteúdo, genericamente enuncia os valores ou princípios básicos, tais como liberdade, dignidade ou igualdade;(2) a segunda, levada a cabo pela via de catálogos, ocorre quando a constituição, por meio de disposições especiais ou casuísticas, pormenoriza o alcance dos direitos fundamentais reconhecidos; por último, (3) na terceira forma de positivação a constituição opta por um sistema misto, lançando mão da enunciação dos grandes princípios constitucionais, por um lado, e da articulação detalhada do catálogo sistematizado dos principais direitos fundamentais, por outro lado (PEREZ LUÑO, 2004, p. 58).

Cabe agora, por coerência com o foco do trabalho, verificar como se comporta a ordem jurídica nacional.

⁹⁵ Pense-se, por exemplo, na implantação dos mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e na criação dos tribunais constitucionais.

⁹⁶ Fala-se até em governo de juizes (BONAVIDES, 2005, p. 315).

3.1.1 Breves Referências aos Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Brasileiro

No ano de 1822, pouco mais de três décadas depois de deflagradas as Revoluções Americana e Francesa, quando, um pouco por toda a parte, o espírito revolucionário se fazia sentir, o Brasil se tornou independente. É natural que no Novo Estado aportassem os ideais legal-garantistas do constitucionalismo emergente, com todas as características e preocupações que lhe são peculiares. Tais influências justificam a preocupação em resguardar os direitos subjetivos e a inclusão de uma Declaração de Direitos já na Carta imperial de 1824.

Recorde-se, entretanto, que a inserção da Declaração de Direitos na 1ª Carta Constitucional brasileira não significou a eliminação dos privilégios e, muito menos, a aplicação geral e universal dos direitos individuais ali formalmente declarados, haja vista que ao pioneirismo da Constituição se contrapõe a manutenção da mazela da escravatura, eliminada somente muito tempo depois. Naquela época, como agora, verifica-se um forte descompasso entre as previsões e as práticas constitucionais, uma situação que, pela mão de Cármen Lúcia Antunes Rocha, redundou na seguinte observação: "O Brasil tem tão boa tradição de textos constitucionais de qualidade elevada e de retórica avançada quanto nenhuma tradição de práticas constitucionais coerentes com o quanto posto nas normas jurídicas" (ROCHA, 1997).

Fiéis ao clássico entendimento de que, para além das normas de estruturação do poder político (normas constitucionais de organização e competência) e das que definem os princípios e objetivos constitucionais, uma verdadeira constituição pressupõe uma "declaração de direitos", todas as Constituições Brasileiras passaram a conter um conjunto de normas definidoras de direitos subjetivos, conferindo aos titulares desses direitos, pelo menos teoricamente, o poder de exigir as prestações positivas ou negativas, capazes de garantir a fruição dos bens jurídicos nelas consagrados.

Mas, compatível com a importância que lhe era atribuída, a "declaração de direitos" começou por ocupar o último Título da Constituição Imperial (Título 8), onde, depois

das disposições gerais, o art. 179, com seus trinta e cinco incisos, detalhava as chamadas “*Garantias dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros*”.

Entretanto, à medida que se avolumam as discussões sobre direitos humanos, gradualmente e por vezes com alguns retrocessos, a “declaração de direitos” vai conquistando um espaço mais nobre no corpo constitucional. Assim, em 1891, com a 1ª Constituição republicana, foi deslocada para o penúltimo título (Título IV, arts. 72 a 78), antes das disposições gerais; com a Carta de 1934, fruto da Revolução “constitucionalista” de 32, a “declaração de direitos” ganha um título específico – o Título III (arts. 106-114), e com ele novos direitos e garantias⁹⁷, colocada logo após a “Organização Federal” e “da Justiça dos Estados [...]”; lamentavelmente, implantado o Estado Novo, a Carta de 1937, outorgada, representa um retrocesso em termos de direitos e garantias fundamentais, que, embora previstos (art. 122), deixam de existir, completamente subjugados pela ditadura; a Constituição de 1946 retoma os ideais de 34, mantém a “declaração de direitos” em título próprio – o Título IV, subdividido em direitos políticos (Da Nacionalidade e Cidadania) e em direitos e garantias individuais (arts. 141-144); mas com o golpe de 1964, a Constituição de 67-69 e a seqüência de Atos Institucionais, novo retrocesso, mesmos previstos (Tit. II, Cap. IV, arts. 150-151), não há que se falar de direitos fundamentais; finalmente, em 1988, restabelecido o regime democrático, a Constituição “cidadã” trouxe os “Direitos e Garantias Fundamentais” para o pódio constitucional (Título II), iniciando por reconhecer e salvaguardar os “direitos e deveres individuais e coletivos” (CF/88, art. 5º e seus setenta e oito incisos).

Assim, ao estilo das mais avançadas constituições, a Constituição de 1988 trouxe os direitos e garantias fundamentais para a abertura do Texto Constitucional, logo depois de enunciar os princípios fundamentais, com o que demonstra a importância atribuída aos mesmos, enquanto elementos fundantes da ordem constitucional e de toda a ordem jurídica.

A relevância dos direitos fundamentais revela-se, ainda, na epígrafe “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, usada para denominar o Tít. II da Lei Maior, inovadora⁹⁸

⁹⁷ Como, por exemplo, o mandado de segurança (CF/34, art. 113, 33).

⁹⁸ A Constituição anterior falava de “direitos e garantias individuais” (CF/67-69, Tít. II, Cap. IV).

na referência que faz ao caráter fundamental dos direitos e garantias tutelados ao longo do referido título.

Fundamentalidade que, para José Joaquim Gomes Canotilho, apresenta dois aspectos relevantes: um formal e um material (CANOTILHO, 2003, p. 378 e ss.). O aspecto formal prende-se à constitucionalização e revela quatro dimensões, plenamente reconhecidas pelo sistema constitucional brasileiro: (a) a supremacia constitucional das normas de direitos fundamentais, topo da ordem jurídica⁹⁹; (b) a maior proteção de que são dotadas as normas constitucionais, sujeitas a um processo legislativo diferente e mais dificultoso do que os das normas infraconstitucionais (CF, art. 60); (c) a transformação dos direitos fundamentais em limites materiais da própria revisão constitucional (CF, art. 60, § 4º); e (d) a aplicabilidade imediata das normas (CF, art. 5º, § 1º), que gera a vinculação instantânea de todos às suas prescrições. Por sua vez, o aspecto material liga-se à função objetiva, já estudada, e revela o caráter constitutivo que os direitos fundamentais desempenham na estruturação do Estado e da sociedade e justificam

[...] a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionais [...]; a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; a abertura a novos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 379).

A epígrafe ora comentada revela, ainda, a filiação da ordem jurídica brasileira à classificação bipartida dos direitos fundamentais, ou seja, à separação entre direitos fundamentais e garantias fundamentais, cuja diferenciação conceitual já se analisou acima e que, como se verá a seguir, já é tradição do constitucionalismo brasileiro.

⁹⁹ É de salientar que não se trata de supremacia hierárquia, já que no Brasil, não se aceita a idéia da hierarquia interna entre as disposições constitucionais.

3.1.2 De 1824 a 1988: A Tradição do Binômio: Direitos e Garantias

Como atrás se salientou, a epígrafe “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” que encabeça o Título II da Constituição Federal de 1988 comprova a filiação do constituinte brasileiro à corrente de pensamento que defende a distinção entre direitos fundamentais e garantias fundamentais, o que não é, no caso, nenhuma novidade. Trata-se, na verdade, da repetição de uma idéia que, do Império à atualidade, perdura no imaginário jurídico nacional.

De fato, a distinção começou com a Constituição Imperial, visível na nomenclatura com que foi denominado o último Título do texto constitucional: “*Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros*” (grifo nosso) e que, com exceção da 1ª Carta Republicana (1891), que no Título IV - “Dos Cidadãos Brasileiros”, Seção II, art. 72 - ao longo dos trinta e um incisos da “declaração de direitos” só faz alusão a direitos, de uma forma ou de outra, sempre se fez presente na referência ao binômio “direitos e garantias” nas demais Constituições brasileiras.

Para a prevalência da visão separatista, certamente muito contribuíram as lições de Rui Barbosa e a importância que atribuía às garantias como instrumentos de “[...] defesa da liberdade do cidadão contra os abusos e as violências do Estado”.(BONAVIDES, 2005, p. 529). Era enfático ao explicar: “Ora, uma coisa são garantias constitucionaes, outra coisa os direitos, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança política ou judicial”. (BARBOSA, p. 190). Sobre o sentido das garantias constitucionais e o silêncio constitucional pontuava:

[...] Verdade é que também não se encontrará, na Constituição, parte, ou clausula especial, que nos esclareça quanto ao alcance da locução 'garantias constitucionaes'. Mas a accepção é óbvia, desde que separemos, no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratorias, que são as que imprimem existencia legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecutorias, que são as que, em defeza dos direitos, limitam o poder. Aquellas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com declaração do direito (BARBOSA, p. 194).

Nessa perspectiva, as garantias se apresentam como verdadeira condição de existência do próprio direito garantido.

Influenciada por essas idéias, a Constituição de 1934 consagra pela primeira vez no cenário nacional a expressão “Direitos e Garantias”, seguida do qualificador “individuais”, para batizar o conjunto de normas constitucionais definidoras de direitos subjetivos e dos seus mecanismos de tutela. Locução que se manteve como legenda identificadora das normas definidoras de direitos e garantias nas Constituições de 1937 (art. 122), de 1946 (Tít. IV, Cap. II) e de 1967 (Tit. II, Cap. IV), só substituída em 1988, quando deu lugar à expressão “Direitos e Garantias Fundamentais”. Assim, manteve-se a referência a direitos e garantias, mas substituiu-se o qualificativo “individuais” por “fundamentais”¹⁰⁰, este último mais consentâneo com a finalidade, a diversidade e a pluralidade de direitos e garantias atuais.

Com relação ao sistema de positivação, a Constituição Federal de 1988, como muitas das Constituições atuais¹⁰¹, e até por questões de tradição, optou por adotar um sistema de positivação misto, pois, para além do sistematizado e longo catálogo de direitos fundamentais, levado a cabo no Título II (arts. 5º a 17), enuncia liminarmente, no Preâmbulo e no seu Título I (arts. 1º a 4º), quais os bens e princípios básicos que informam a ordem jurídica-política constitucional, entre outros: a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Por coerência com o objetivo do trabalho, o campo de análise se restringe às normas definidoras de direitos e garantias individuais, ou seja, aquelas que, fazendo uso das palavras de Luis Roberto Barroso, valorizam a pessoa humana, “[...] traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado [...]”, aquelas que, em essência, impõem “[...] deveres de abstenção aos órgãos públicos,

¹⁰⁰ Na verdade, o uso do termo “fundamentais” relacionado com os direitos do homem, ganhou maior destaque desde que, em 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas o utilizou, repetidas vezes, ao proclamar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sempre com um significado de algo inerente ou essencial a todo o ser humano e à sua dignidade. Confira-se: “[...] os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos **direitos fundamentais do Homem**, na dignidade e no valor da pessoa humana[...]; “[...] o respeito universal e efectivo dos direitos do Homem e das **liberdades fundamentais**[...]” (DUDH, 1948, grifo nosso).

¹⁰¹ Como por exemplo, as Constituições portuguesa e espanhola.

preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares [...]” (BARROSO, 2001, p. 82) e que se encontram elencadas ao longo dos incisos do art. 5º da vigente Constituição e, entre estes, especificamente, o que salvaguarda o direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, o qual se passa a examinar.

3.2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA MATERIAL: DIREITO OU GARANTIA FUNDAMENTAL?

Na linha da Constituição portuguesa (1976), em que se inspirou, e dando continuidade a uma tradição nacional, a Constituição de 1988, sob a designação de “Direitos e Garantias Fundamentais”, revela uma numerosa relação de espécimes “fundamentais”. Mas, como já se viu, não define nem separa os direitos das garantias. Consciente, talvez, de que sem instrumentos de guarda os direitos não passam de especulativas abstratas e, porque não dizer, belas e fictícias declarações, sempre expostos às vicissitudes e vaivens da vontade dos exercentes do Poder Político, optou o Constituinte originário por dar aos direitos e garantias fundamentais o mesmo tratamento, conferindo-lhes a mesma “dignidade jurídico-constitucional” (SARLET, 2004, p. 194). Sua preocupação central foi a de reconhecer os direitos e dotá-los de mecanismos de tutela, deixando à doutrina, tal como aponta José Afonso da Silva, a incumbência de distinguir e classificar o que é o quê (SILVA, J. A., 1992, p. 170).

Ocorre que, apesar da tradicional distinção doutrinária de que os direitos fundamentais têm natureza declaratória e as garantias fundamentais natureza assecuratória, na prática a distinção nem sempre é fácil, pois à omissão constitucional se agrega a terminologia imprecisa (SILVA, J. A., 1992, p. 170) e a estreita conexão que existe entre o direito e a sua garantia, muitas vezes tratados no mesmo dispositivo constitucional. Jorge Miranda, um dos autores que mais minuciosamente distinguiu as duas espécies, é o mesmo que afirma: “Casos há em que se torna difícil discernir se se está diante de um direito autônomo ou de uma garantia” (MIRANDA, 2000, p. 96).

O que parece ser consenso é que a distinção entre direitos e garantias existe, embora alguns questionem a sua importância ¹⁰², e se opera ao nível dos conteúdos normativos. Assim, para se ter um direito, basta uma norma que reconheça e atribua esse direito a alguém. É o caso, por exemplo, do *caput* do art. 5º da CF/88: “*Todos são iguais perante a lei [...]*”. Já a garantia pressupõe a instituição de meios, remédios ou mecanismos capazes de prevenir, evitar ou recompor a violação do direito tutelado.

Para identificar e classificar o tratamento constitucional dado ao instituto da coisa julgada precisa-se ter em vista, portanto, o conteúdo normativo do dispositivo constitucional que o prevê. É o que se tentará fazer a seguir.

No inciso XXXVI, do art. 5º da CF, situado entre os direitos e os deveres individuais e coletivos e integrado no Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, optou o Constituinte originário por reconhecer a importância, dentre outros, do instituto da coisa julgada, assegurando que “*a lei não prejudicará [...] a coisa julgada*”.

O primeiro olhar sobre o dispositivo em análise parece revelar que se trata de um direito fundamental. Faz-se tal afirmativa, a partir do exame dos elementos, apontados pela doutrina, para o reconhecimento de um direito fundamental. Jorge Reis Novais, por exemplo, aponta que existem diferentes tipos de enunciados normativos de direitos fundamentais, mas que todos têm algo em comum,

[...] a imposição ao Estado ou às entidades públicas [...] de particulares deveres jurídicos de *fazer*, de *não fazer* ou de *suportar*; de todas as normas de direitos fundamentais resultam para os particulares, enquanto titulares dos direitos fundamentais, direta, *indirecta* ou reflexamente, mediadamente ou de forma diferida, real ou potencialmente, situações de vantagem relacionadas com possibilidades de fruição de bens juridicamente protegidos por essas normas;

[...]

Portanto, independentemente da formulação constitucional encontrada, todas as normas de direitos fundamentais são reconduzíveis a uma estrutura típica cujo conteúdo consiste na imposição ao Estado de obrigações ou deveres de que, *directa* ou *indirectamente*, resultam para os particulares posições de vantagem juridicamente tuteladas, ou seja, os direitos fundamentais (NOVAIS, 2003, p. 53-54 e 194).

¹⁰² Exemplo disso, J. J. Gomes Canotilho e V. Moreira afirmam: “A distinção entre cada uma das categorias [...] é, para além de pouco precisa, verdadeiramente irrelevante, visto que, qualquer que seja a categoria a que pertençam, todos os direitos fundamentais que a integram gozam do mesmo regime jurídico” (CANOTILHO & MOREIRA, 1993, p. 112).

Na mesma linha, Riccardo Guastini, ao distinguir os “verdadeiros” direitos fundamentais dos direitos “sobre o papel” ou direitos “fictícios”, ensina que os verdadeiros direitos precisam satisfazer três condições: “[...] serem susceptíveis de tutela jurisdicional; poderem ser exercitados ou reivindicados frente a um sujeito determinado e que o seu conteúdo consista numa obrigação de conduta bem determinada” ¹⁰³ (GUASTINI, 2001, p. 221).

Tomado como referência o entendimento de Jorge Reis Novais e aplicando-se ao texto em análise as suas reflexões, ver-se-á que, ao dizer que a Lei não prejudicará a coisa julgada, na verdade, a norma constitucional impõe que as atividades normativas dos Poderes Constituídos não afetem as situações jurídicas definitivamente resolvidas pela formação da coisa julgada material.

Encarada a situação pelo lado do sujeito ativo, o indivíduo titular da relação jurídica já resolvida e acobertada pelo manto protetor da coisa julgada, é patente a situação de vantagem que a Constituição lhe granjeia, ao reconhecer-lhe o direito de não ter sua esfera jurídica particular afetada por um ato normativo estatal que venha a ser editado.

De outro lado, se se olhar a questão pelo lado do sujeito passivo, pode divisar-se: pelo enfoque negativo, o dever jurídico do Estado de se abster de produzir (obrigação de não fazer) “leis” que ofendam a coisa julgada material já formada; pelo enfoque positivo, o dever jurídico de fazer (obrigação de fazer) “leis” que não ofendam a autoridade da coisa julgada; ou ainda, a obrigação jurídica de o Estado suportar determinadas situações jurídicas concretas já ultimadas, mesmo que contrárias à ordem jurídica do momento.

A natureza de direito fundamental do instituto da coisa julgada é reafirmada ao se verificar a satisfação das três condições essenciais, acima referidas, indicadas por Riccardo Guastini: trata-se de situação suscetível de tutela jurisdicional, ou seja, trata-se de situação jurídica passível de “invocação autônoma” (MIRANDA, 2000, p. 97) em juízo, pois violado o direito fundamental garantido, dispõe o lesado de

¹⁰³ Tradução nossa. No original: *Son ‘verdaderos’ derechos aquellos que satisfacen conjuntamente tres condiciones: son susceptibles de tutela jurisdiccional; pueden ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado, y su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida.*

mecanismos legais para direta (por exemplo, pela via constitucional do mandado de segurança) ou indiretamente (pelos mecanismos processuais de defesa, a exemplo das exceções, dos recursos etc) buscar a tutela jurisdicional que lhe garanta a efetividade do seu direito; trata-se de direito que pode ser exercitado e reivindicado por um sujeito determinado, o titular da relação jurídica definitivamente consumada, e seu conteúdo consiste numa obrigação de conduta bem determinada, a impossibilidade de “leis” atingirem as situações jurídicas definitivamente resolvidas por força de uma sentença jurisdicional que adquiriu a autoridade da coisa julgada.

Visto por este prisma, é inegável, a coisa julgada se apresenta na ordem constitucional brasileira como um direito fundamental.

A partir das lições de Jorge Reis Novais, pode-se afinar um pouco mais essa idéia. Diz o autor português que, embora possam apresentar diferentes graus de predominância, os direitos fundamentais são de dois tipos: aqueles cujo objeto de proteção é uma coisa do mundo dos fatos e aqueles que protegem um produto da ordem jurídica, ou seja, aqueles que “[...] devem seu surgimento e validade à ordem jurídica” (NOVAIS, 2003, p. 164 e ss.), no sentido de que sem a intervenção desta, eles não existiriam no mundo dos fatos. A importância desta distinção está na abertura normativa desses direitos ao direito ordinário. Quer dizer, quando a Constituição garante juridicamente aos particulares o acesso a um bem do mundo dos fatos, o espaço de intervenção do legislador é mínimo. Ao contrário, quando se trata de um objeto criado pela ordem jurídica, portanto, quando se trata de um direito fundamental juridicamente produzido, é o legislador que cria e delimita os contornos do objeto protegido. Aplicada essa idéia ao direito fundamental da coisa julgada, constata-se que ele, como em geral os direitos fundamentais de natureza processual, é criação da ordem jurídica e é completamente delimitado por ela.

Que o instituto da coisa julgada é um direito fundamental e que deve a sua criação à ordem jurídica não há mais a menor dúvida, mas se se retornar à idéia de garantia fundamental, tal como definida anteriormente, no sentido de instrumento disponibilizado pela ordem constitucional para dar efetividade e concretude a direito fundamental, e se pensar que a coisa julgada material se caracteriza pela impugnabilidade e imutabilidade da sentença judicial e dos seus efeitos, colocando,

desse modo, um ponto final numa relação jurídica controvertida, exercendo o papel de estabilizador social, não será ela também uma garantia fundamental?

Admitida a natureza garantista e com a consciência de que na Constituição existem diferentes tipos de garantias, todas com o mesmo objetivo — o de proteger os direitos fundamentais propiciando-lhes reais condições de eficácia —, que tipo de garantia pode representar a coisa julgada?

Recorda-se, a partir das lições de Pedro Cruz Villalón e Javier Pardo Falcón, que tradicionalmente se distinguem três tipos de garantias: as *normativas*, as *jurisdicionais* e as *institucionais* (VILLALÓN & FALCÓN, 2000, p 73 e ss.). As *garantias normativas* derivam da presença e da função que os direitos fundamentais desempenham no próprio corpo constitucional, entre elas se destacam a aquisição da superioridade jurídica (supremacia) típica das normas constitucionais e a proteção que lhes é conferida pela sua inclusão no núcleo duro da Constituição (como acontece, por exemplo, no Brasil, onde integram as cláusulas pétreas), impedindo a sua revisão ou eliminação ou, então, impondo critérios de reforma particularmente rígidos; as *jurisdicionais* são as garantias específicas de caráter procedimental com que a Constituição cerca os direitos fundamentais, como, entre outras, o livre acesso à Jurisdição, a proibição de tribunais de exceção e as diversas ações constitucionais; finalmente, as chamadas *garantias institucionais*, são as instituições, como a família, a maternidade, a educação, enfim, realidades sociais objetivas, que indiretamente concorrem para a proteção dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 397).

Repassadas as espécies possíveis, onde acomodar a coisa julgada? A rigor, tomando como referência as idéias acima, a coisa julgada só pode ver-se como uma garantia jurisdicional, portando, um mecanismo de natureza procedimental capaz de garantir a efetivação de outros direitos fundamentais, pertencente ao que Paulo Bonavides denomina de “remédios jurisdicionais mais eficazes” ou garantias em

“acepção estrita” ¹⁰⁴ (BONAVIDES, 2005, p. 533) Analise-se, então, essa possibilidade.

Se se considerar a ordem infraconstitucional e se olhar para o instituto da coisa julgada em si mesmo, levando em conta seu conceito, seu significado, sua finalidade e as suas repercussões na esfera jurídica dos indivíduos ¹⁰⁵, não resta a menor dúvida de que se trata de um mecanismo processual garantista, uma forma de avaliar a efetivação dos direitos concretos resolvidos na questão litigiosa, colocando-os a salvo de nova discussão e integrando-os de forma definitiva ao patrimônio do seu titular, reunindo, pois, todas as características daquilo que se convencionou chamar de garantia. Nessa órbita, a coisa julgada material protege e garante todos os tipos de direitos, independente da natureza que estes apresentem, a única condição é que tenham sido objeto de uma sentença judicial de mérito, que não possa mais ser impugnada pela via recursal.

Trazido esse mesmo raciocínio para a esfera constitucional, pode ver-se na coisa julgada material um dos mecanismos de concretização de todo e qualquer direito fundamental que, questionado judicialmente, for objeto de sentença definitiva que houver se tornado imune e inalterável, em suma, que tenha adquirido a força da coisa julgada material. Nesse cenário, a coisa julgada se apresenta como uma garantia fundamental ampla e geral que serve a qualquer um dos direitos fundamentais, uma das garantias dos direitos fundamentais.

Entretanto, a doutrina que, atenta à instrumentalidade do instituto da coisa julgada, a vê como uma garantia fundamental, tem uma visão um pouco mais restrita. Vê a coisa julgada como um corolário do direito fundamental à segurança, direito espalmado no *caput* do art. 5º da CF/88. Vale destacar, a respeito, a postura de Leonardo Greco, que depois de destacar a fragilidade do instituto da coisa julgada no Brasil, não hesita em afirmar,

¹⁰⁴ Na sua conceituação, remédios jurisdicionais próprios e eficazes, previstos na ordem jurídica e que se caracterizam por direta e imediatamente protegerem os direitos fundamentais. Distintas das garantias em sentido lato, as garantias da própria Constituição, ou seja, os mecanismos projetados “[...] para manter a eficácia e a permanência da ordem constitucional contra fatores desestabilizantes [...]” (BONAVIDES, 2005, p. 533).

¹⁰⁵ Conteúdo objeto da primeira parte deste trabalho.

[...] a coisa julgada é uma importante *garantia fundamental* e, como tal, um verdadeiro direito fundamental, como instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e no caput do artigo 5º da Constituição de 1988. A segurança não é apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica.

[...]

A coisa julgada é, assim, uma *garantia essencial* do direito fundamental à segurança jurídica (GRECO, 2004, p. 149-150, grifo nosso).

No mesmo sentido, mas com outras palavras, Sérgio Porto inicia seu artigo *Cidadania processual e relativização da coisa julgada* esclarecendo:

O instituto da coisa julgada goza de prestígio constitucional, eis que insculpido na Carta Magna como *garantia* (5º, XXXVI, CF), ou seja, como cláusula assecurativa da estabilidade das relações sociais normadas por sentença de mérito transita em julgado, integrando, pois, o conceito de cidadania processual reconhecido pela Constituição Federal. O contrato existente entre o cidadão e o Estado está assim definido e, portanto, indubitavelmente, há uma *garantia de ordem constitucional-processual* que, por opção política, determina que a partir de certo momento não se pode mais, no Estado civilizado, prosseguir em determinado conflito. Encerra-se, verdadeiramente, a disputa, declarando-se a estabilidade definitiva da relação jurídica controvertida como ato de soberania do Estado. Havendo, naquele caso, por ato legítimo de império, segurança jurídica constitucionalmente reconhecida (PORTO, 2003, p.23, grifo nosso).

Outros autores, como Araken Assis (2004), Eduardo Talamini (2005), Luís Roberto Barroso (2005) ou José Maria Tesheiner (2001), poderiam ser referendados, mas seria repetir a mesma idéia, que se toma já como suficientemente comprovada.

Ainda numa perspectiva garantista, mas tomando como parâmetro de referência a atividade jurisdicional, pode ver-se a coisa julgada como um meio de garantir a própria função estatal, ou seja, o exercício da Jurisdição, no sentido de que confere autoridade, efetividade e certeza aos atos estatais, oriundos de um dos poderes da República, o Poder Judiciário. Supõe-se ser essa a idéia de Cármen Lúcia Antunes Rocha quando afirma: “A coisa julgada aborda-se como manifestação de respeito ao princípio da jurisdição, igualmente posto como direito fundamental [...]”. Explicando logo a seguir:

Dito pelo Estado o direito a prevalecer em determinado caso, submetido a julgamento, o quanto decidido e contido no ditado juridicamente haverá que ser respeitado em benefício da certeza dos atos estatais e em benefício da paz social. Esta não comporá ou tolera a instabilidade das lides intermináveis e interminadas (ROCHA, 2005, p. 179).

Mais diretas, no entanto, são as palavras de William Couto Gonçalves:

A coisa julgada situa-se no plano da *garantia essencial à jurisdição eficaz* e do *perfazimento da noção de Processo Justo*. [...] Ora, se o acesso à jurisdição é um direito constitucional do cidadão; se o processo judicial é instrumento garantidor do exercício desse direito; a coisa julgada é, por seu turno, garantia essencial de que esse direito exercitado no processo se fará *eficaz* fora dele. Tal não se dando, tem-se uma anomalia que resulta na *insegurança jurídica* (GONÇALVES, 2004, p. 163, grifos no original).

Depois deste estudo, algo desponta com muita clareza: a natureza dúplice com que se apresenta o instituto da coisa julgada em sede constitucional (CF, art. 5º, XXXVI). Quer-se dizer que o instituto da coisa julgada pode apresentar-se tanto como um direito fundamental quanto como uma garantia fundamental, tudo depende do ângulo que se adotar para olhar a questão.

Sem referir-se ao caráter bi-face do instituto, mas firmando o mesmo resultado, Alexandre Freitas Câmara testemunha sem titubear: “Em primeiro lugar, devo dizer que não tenho a menor dúvida em afirmar que a coisa julgada é uma garantia constitucional e, ainda mais do que isso, um direito fundamental” (CÂMARA, 2004, p. 18).

Bem assim Ingo Wolfgang Sarlet registra:

O que é importante consignar é que estas garantias fundamentais são, na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, bem como por assegurarem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes (SARLET, 2004, p. 194).

Essa natureza jurídica dúplice justifica o tratamento indistinto que a coisa julgada como instituto constitucional recebe por substancial parcela doutrinária, que a ela se refere ora como direito fundamental, ora como garantia fundamental, fazendo, por vezes, uso das duas expressões como se fossem sinônimos. É o que acontece, por exemplo, com Cármen Lúcia Antunes Rocha, segundo a qual o que a referência constitucional tem o condão de preservar “[...] como *direito* de todos, é que a *res deducta* não seja turbada por novos questionamentos que determinem o reinício de todas as indagações havidas na lide solvida pelo ato estatal [...]”. Prossegue a explicação dizendo: “O que se tem, aí, é a *garantia* de estabilidade das relações jurídicas e a certeza dos atos estatais”; e mais adiante: “a coisa julgada é *direito*

fundamental neste sentido e apenas neste. Lei nova [...] não poderá alterar o fundamento válido da decisão judicial transitada em julgado [...]” (ROCHA, 2005, p. 178-179, grifo nosso).

Transparentes, agora, as palavras de José Joaquim Gomes Canotilho quando, ao estabelecer a distinção entre direitos e garantias fundamentais, conclui: “Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos [...]” (CANOTILHO, 2003, p. 396).

Fixada a natureza jurídica bi-facial da coisa julgada enquanto instituto constitucional, não se pode deixar de fazer referência àqueles que, como José Joaquim Gomes Canotilho ¹⁰⁶, entendem que, para além de instituto fundamental, o princípio da coisa julgada é um dos componentes do Estado Democrático de Direito. É o caso de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que, fundamentados em farta literatura estrangeira (principalmente alemã), no comentário n. 23 ao art. 467 do CPC, que sugestivamente intitulam de *Coisa julgada material e Estado Democrático de Direito*, afirmam:

A doutrina mundial reconhece o instituto da coisa julgada material como *elemento de existência* do Estado Democrático de Direito [...] A *supremacia da Constituição* é a própria coisa julgada, enquanto manifestação do Estado Democrático de Direito, fundamento da República (CF 1.º caput), não sendo princípio que possa opor-se à coisa julgada como se esta estivesse abaixo de qualquer outro instituto constitucional. Quando se fala na intangibilidade da coisa julgada, não se deve dar ao instituto tratamento jurídico inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária, mas, ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja, de elemento formador do Estado Democrático de Direito [...] (NERY & NERY, 2006, p. 598, grifo no original).

Num outro local, em artigo individual, Nelson Nery Junior repete quase as mesmas palavras:

Para as atividades do Poder Judiciário, a manifestação do princípio do *Estado Democrático de Direito* ocorre por intermédio do instituto da **coisa**

¹⁰⁶ Ao cuidar dos princípios concretizadores do Estado de direito, José Joaquim Gomes Canotilho diz que o princípio da segurança jurídica, como elemento essencial daquele, não se restringe aos atos normativos, mas diz respeito a todos os atos estatais, incluídos os atos jurisdicionais, em relação aos quais o instituto do caso julgado aparece como mecanismo aferidor de estabilidade definitiva e, portanto, como um subprincípio do próprio Estado de direito, que não precisa sequer de previsão constitucional expressa, porque dedutível do princípio maior que é o Estado de direito democrático (CANOTILHO, 2003, p. 264-265).

julgada. Em outras palavras, a coisa julgada é *elemento de existência* do Estado Democrático de Direito (NERY JÚNIOR, 2004, p. 187, grifo no original).

Formada a convicção de que o instituto da coisa julgada material se apresenta na ordem jurídica como um direito-garantia constitucional, quer-se ressaltar, por ser de vital importância para o desenvolvimento do trabalho, a fundamentalidade de que é revestido e que faz dele parte integrante do núcleo constitucional, isto é, daquelas matérias que, por constituírem a essência e a razão de ser da própria Constituição, além das prerrogativas gerais de instituto constitucional (como, por exemplo, a superioridade jurídica e a aplicabilidade direta e imediata), receberam tratamento especial, encontrando-se cobertas pelo que Paulo Bonavides chama de “garantias constitucionais qualificadas” ou “garantias de primeiro grau”¹⁰⁷, as garantias que, destinadas a proteger o “espírito da Constituição”, vedam qualquer possibilidade de reforma ou revisão (BONAVIDES, 2005, p. 548 e ss).

3.3 DIREITO-GARANTIA FUNDAMENTAL DA COISA JULGADA: CARÁTER ABSOLUTO OU RELATIVO?

Que a coisa julgada é um direito-garantia fundamental não restam as menores dúvidas. O ponto nevrálgico, ainda não pacificado, diz respeito ao âmbito de proteção da norma constitucional, ou seja, relaciona-se com a amplitude do instituto em relação aos bens jurídicos tutelados e com a extensão dessa proteção. O fato de figurar entre os direitos fundamentais estrategicamente localizados¹⁰⁸ no art. 5º da Constituição e, conseqüentemente, pertencer às chamadas cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º) é dado significativo da importância que tem dentro do sistema constitucional.

¹⁰⁷ Na explicação do ilustre Professor, garantia constitucional de primeiro grau é a que “[...] garante a inalterabilidade do preceito tanto pela via legislativa ordinária como por via constituinte derivada”, hipótese em que “a regra constitucional é protegida simultaneamente contra a ação de dois legisladores: o legislador ordinário e o legislador constituinte – este último dotado de competência para emendar a Constituição” (BONAVIDES, 2005, p. 549).

¹⁰⁸ Hoje é pacífico o entendimento de que existem outros direitos fundamentais além daqueles enumerados no Título II da Constituição Federal.

Mas, em essência, qual o real significado dessa proteção? O que a norma constitucional quer proteger efetivamente? Terão razão Paulo Modesto (1988)¹⁰⁹ e aqueles que na sua esteira dizem que é a coisa julgada enquanto instituto jurídico genérica e abstratamente previsto na norma? Ou o objeto da proteção é, apenas, o direito subjetivo individual daquele cuja situação jurídica se encontra definitivamente resolvida, no caso, simples mecanismo de proteção contra a retroatividade das “leis”? Além disso, qual será o valor jurídico dessa proteção? Será ele um direito-garantia inafastável e incindível em qualquer situação? Ou, pelo contrário, apesar da natureza constitucional, poderá ser afastado livremente?

As questões levantadas dizem respeito ao que José Joaquim Gomes Canotilho chama de núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias (CANOTILHO, 2003, p. 458 e ss.) e é sobre elas que se precisa refletir, para se chegar à definição do que seja o âmbito de proteção da norma constitucional que prevê o direito-garantia da coisa julgada. Nessa reflexão, tentar-se-á delimitar inicialmente qual o objeto, ou seja, qual o bem ou os bens jurídicos tutelados pelo direito-garantia da coisa julgada, para só depois refletir sobre a extensão dessa proteção.

3.3.1 O objeto da proteção constitucional da coisa julgada: garantia objetiva ou direito subjetivo individual?

No intuito de se determinar o âmbito de proteção do direito-garantia da coisa julgada, começa por se recordar a dupla função que os direitos fundamentais exercem na ordem jurídica: a função objetiva e a função subjetiva¹¹⁰. Pensa-se que a partir do duplo conteúdo jurídico-institucional dos direitos fundamentais, se poderá trilhar um caminho seguro na determinação dos bens jurídicos efetivamente tutelados.

¹⁰⁹ Postura já delineada à p. 55 e ss deste trabalho.

¹¹⁰ Função já referida ao se tratar dos direitos fundamentais (p. 76- 77).

Como se viu atrás, no interior da ordem jurídica, a generalidade da doutrina atribui aos direitos fundamentais o exercício de um duplo papel: uma função objetiva ou jurídico-institucional onde os direitos fundamentais funcionam como bens, “[...] componentes constitutivos [...]” (HÄBERLE, 2003, p. 20) da estrutura do Estado e fatores determinantes da atuação dos poderes públicos; e uma função subjetiva onde os direitos fundamentais se apresentam como direitos subjetivos individuais, reguladores, portanto, do *status* jurídico do indivíduo.

Consolidada a idéia da coisa julgada como direito-garantia, acrescida da convicção de que todo o direito fundamental desempenha na ordem jurídica uma dupla função, quais seriam, então, as funções objetiva e subjetiva que o instituto da coisa julgada desempenha na ordem jurídica brasileira?

3.3.1.1 Coisa julgada: direito subjetivo individual

É consenso geral que o inc. XXXVI, do art. 5º da CF/88, tutela “[...] a estabilidade dos casos julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele entrou definitivamente no seu patrimônio” (SILVA, J. A., 1992, p. 381), impedindo que ato normativo posterior rescinda, anule ou torne ineficaz aquilo que ficou definitivamente decidido. Essa é a função subjetiva do direito-garantia da coisa julgada, mecanismo de garantia do direito subjetivo individual, cujo fim último é impedir que esse direito subjetivo, já definitivamente integrado ao patrimônio individual do seu titular, seja sacrificado pela ação normativa do Estado.

Neste caso, é pacífica a idéia de que a coisa julgada funciona como limite à atuação da atividade legislativa, motivo pelo qual a norma em análise é apontada como a base do princípio da irretroatividade da lei ¹¹¹. Por isso, em relação à norma constitucional em apreço, são comuns afirmações doutrinárias do tipo: “[...] o desejo do constituinte foi o de impedir que lei nova tivesse o condão de alterar o direito já

¹¹¹ Princípio segundo o qual “[...] a lei nova não atinge os fatos anteriores ao início da sua vigência, nem as conseqüências dos mesmos, ainda que se produzam sob o império do direito atual” (BARROSO, 2005, p. 143).

adquirido ou ato jurídico já celebrado” (DELGADO, 2002, p. 86); “[...] a coisa julgada [...] é uma fronteira imposta ao legislador, afiançando-se ao detentor da coisa julgada que a *lei* posterior não terá efeito retroativo em seu prejuízo” (ALMEIDA JÚNIOR, 2006, p. 125); “a Constituição [...], protegeu a coisa julgada apenas do efeito retroativo da lei nova” (TEODORO JÚNIOR & FARIA, 2002, p. 21, nota 44); “[...] no seu inc. XXXVI, contempla a imunização da coisa julgada à retroatividade da lei” (ASSIS, 2004, p. 31).

Não obstante se reconheça que o princípio da não-retroatividade da lei pode ser inferido da norma comentada, o texto constitucional em nenhum momento fala da irretroatividade ou da não-retroatividade da lei (o que é a mesma coisa). O que permite que se desenvolva uma visão mais alargada da proteção constitucional ali estabelecida, no sentido de que a tutela se estende a todos os efeitos jurídicos, mesmo que não retroativos, que afetem a relação jurídica amparada pela coisa julgada.

De fato, o texto constitucional, de redação curta e singela, apenas diz que: “*a lei não prejudicará [...] a coisa julgada*” (grifo nosso). Sua simplicidade e pequenez, entretanto, não significam que seja uma norma de fácil interpretação, pois, a essas características se junta a ambigüidade das expressões utilizadas e, em conseqüência, a possibilidade de variadas interpretações com alcance diferenciado. Sem muito esforço se constata que o texto de onde se extrai o princípio da irretroatividade da lei também permite que se retire a idéia de uma proteção mais ampla, relacionada com todos os efeitos de normas futuras, que de forma desvantajosa afetem os direitos subjetivos individuais já estabelecidos, quebrando o equilíbrio e a estabilidade sociais.

Da análise do texto, salta aos olhos o propósito do constituinte de colocar a salvo da ação de ulteriores normas infraconstitucionais ¹¹² as situações jurídico-individuais definitivamente consolidadas na ordem jurídica por força de sentença judicial, com

¹¹² Dizem-se normas infraconstitucionais, pois, seguindo a jurisprudência do STF, prevalece a idéia de que não há direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada contra a Constituição. Ver, por exemplo, ADIn n. 248-1- RJ, rel. Min. Celso de Mello, que no seu voto consignou: “A supremacia jurídica das normas inscritas na Carta Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas no próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido”.

status de coisa julgada material. O que demonstra a preocupação com os efeitos da lei e a intenção de fazer perdurar os efeitos concreto-individuais da norma alterada ou suprimida, de modo a que as relações jurídicas por ela reguladas e já estabilizadas não sejam afetadas pelas normas posteriores.

A partir da idéia de que a coisa julgada é um direito-garantia fundamental e que, portanto, a norma constitucional que a contempla não comporta interpretação restritiva, o que se está a defender é que a proteção constitucional que lhe é deferida, mesmo no plano subjetivo, não se restringe à impermeabilização dos efeitos retroativos das futuras leis, mas se estende a todos os efeitos que de algum modo possam restringir ou impedir o âmbito de proteção da norma constitucional. Acompanha-se aqui, a linha de pensamento que Alexandre Freitas Câmara expõe de forma aberta:

A constituição da República, contudo, vai muito além disso, e estabelece que o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada estão protegidos contra leis que se destinem a prejudicá-los. Ora, nada há que permita considerar que a retroatividade seja a única forma de se prejudicar tais institutos. É claro que a lei retroativa será inconstitucional sempre que prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada. Será, porém, inconstitucional qualquer lei que prejudique aqueles institutos jurídicos, ainda que sem retroagir (CÂMARA, 2004, p 19).

A idéia exposta, contudo, além de se basear na regra de que normas que conferem direitos fundamentais não comportam interpretação restritiva, encontra fundamento no princípio da unidade constitucional, princípio interpretativo que preconiza que uma norma jurídica não deve ser interpretada isoladamente, mas a partir do conjunto normativo global em que se insere, ou seja, significa que deve interpretar-se a constituição de modo a evitar contradições entre suas normas (CANOTILHO, 2003, p. 1223).

Ora, uma Constituição como a de 1988, que se preocupou em instituir novos mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, como o mandado de injunção (CF, art. 5º, inc. LXXI) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, § 1º), não comporta que se apequene um direito-garantia fundamental.

Ademais, supõe-se que a idéia restritiva de que a norma constitucional é morada do princípio da irretroatividade da lei se liga à origem histórica do dispositivo, que

ingressou na história jurídico-constitucional pelo art. 113, 3º, da Carta Política de 1934 ¹¹³, sucessor do art. 11 da primeira Constituição republicana (1891) que, à semelhança da Constituição imperial (art. 179, III) ¹¹⁴, de modo expresse vedava a edição de leis retroativas: “*É vedado aos Estados, como à União: [...] 3º prescrever leis retroativas*”. Aliás, um entendimento em perfeita sintonia com a época, mas que não se coaduna com a complexidade e a imbricação das atuais estruturas estatais, necessitando, portanto, de uma interpretação mais aberta e consentânea com o nível de desenvolvimento apresentado pelos direitos fundamentais.

3.3.1.2 Coisa julgada: garantia objetiva

Em relação à função objetiva, pode-se dizer, a partir das lições de José Joaquim Gomes Canotilho, que a norma constitucional em destaque tutela a coisa julgada enquanto instituto jurídico genérico e abstratamente previsto e que o seu objetivo é assegurar a eficácia e a efetividade do direito fundamental em questão, na globalidade da ordem jurídica (CANOTILHO, 2003, p. 459). Significa, pois, que um dos bens tutelados pela norma constitucional é a coisa julgada enquanto instituto jurídico integrante da ordem jurídica nacional ou, por outras palavras, que o instituto da coisa julgada é um dos pilares sobre que assenta a estrutura jurídica do sistema estatal de solução de conflitos.

A partir de elementos de convicção distintos, não é diferente a conclusão de Eduardo Talamini: “Ainda que não mediante fórmula explícita, o *dispositivo consagra como garantia constitucional o próprio instituto da coisa julgada*” (TALAMINI, 2005, p. 51, grifos no original).

¹¹³ Artigo cuja redação, sucessivamente aproveitada pelos Textos Constitucionais posteriores (com exceção do de 1937), mantém até hoje sua integridade.

¹¹⁴ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

III. A sua disposição não terá efeito retroactivo “.

3.3.1.3 Considerações quanto ao objeto da proteção

Feita esta análise, é de se concluir que, dada a natureza fundamental do instituto da coisa julgada e a duplicidade de funções que os direitos fundamentais exercem na ordem jurídica, o âmbito de proteção desse direito-garantia abrange tanto os direitos subjetivos individuais protegidos pelo instituto, como o próprio instituto jurídico da coisa julgada em si.

O ponto de vista exposto torna inadmissível, *data maxima venia*, a postura do Min. José Delgado, segundo a qual,

[...] é perfeitamente constitucional a alteração do instituto da coisa julgada, ainda que a mudança implique restringir-lhe a aplicação, na criação de novos instrumentos de seu controle, ou até na sua supressão, em alguns ou todos os casos (DELGADO, 2002, p. 87).

Muito pelo contrário, o que se defende é que, por se tratar de direito fundamental, agasalhado, destarte, pelas limitações materiais (CF, art. 60, § 4º, IV) instituídas pelo Poder constituinte, é matéria que se encontra indisponível aos poderes instituídos, inclusive ao Poder Legislativo, no exercício do poder de reforma. Significa então, até por força da vinculação de todas as entidades públicas aos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 483), que qualquer norma ulterior à Constituição, inclusive as emendas ¹¹⁵, que ferir o direito-garantia da coisa julgada deve ser tida por inconstitucional.

Em sede doutrinária, servem de sustentação às idéias expostas, entre outros, os pensamentos de Eduardo Talamini, que expressamente defende: “[...] a coisa julgada não pode ser suprimida da Constituição nem sequer mediante emenda constitucional” (TALAMINI, 2005, p. 51) e os de Luís Roberto Barroso, segundo o qual, em se tratando de matéria protegida pelos limites materiais estabelecidos constitucionalmente, “[...] as emendas à Constituição, tanto quanto as leis infraconstitucionais, não podem malferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BARROSO, 2004, p. 143).

¹¹⁵ É de salientar, entretanto, que o assunto é controvertido, pois, há quem não admita a existência de limites ao poder de reforma. Paulo Modesto (1988), cujas idéias já foram discutidas neste trabalho, é um deles.

No âmbito do STF, embora desde o julgamento da ADIn n. 939-7/DF, em 15.12.1993, tenha ficado assente que uma EC, que viole a Constituição originária, pode ser proclamada inconstitucional ¹¹⁶, a questão é controvertida e divide o entendimento dos Ministros.

A controvérsia e a divisão estão bem caracterizadas na ADIn n. 3.105/DF (objeto art. 4º, *caput*, e outros da EC n. 41 – contribuição previdenciária dos inativos), onde, sem tratar especificamente do direito-garantia da coisa julgada, se discutiu exaustivamente a questão das cláusulas pétreas e das situações jurídicas individuais definitivamente concretizadas na ordem jurídica.

Por maioria, o STF decidiu a favor da constitucionalidade (improcedência da ação) do dispositivo legal questionado, vencidos os Ministros Ellen Gracie (relator), Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello, por entenderem que a referida EC afronta os direitos fundamentais previstos no art. 5º, XXXVI da CF/88.

De forma clara, consigna a Min. Ellen Gracie ao final do seu voto,

Tais garantias individuais se encontram a salvo da atividade reformadora (Constituição Federal, art. 60, parágrafo 4º, IV), e, por isso, os dispositivos veiculados na norma ora examinada não podem prevalecer contra o texto constitucional originário (ADIn 3.105-DF, J. 18.04.2004, rel. Min. Ellen Gracie, p. 156);

Por sua vez, afirma o Min. Carlos Britto,

O art. 5º, XXXVI, ao prescrever que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” protege, em homenagem ao princípio fundamental de resguardo da confiança dos cidadãos perante a legislação, enquanto postulado do Estado de Direito, os titulares dessas situações jurídico-subjetivas consolidadas contra a produção de efeitos normativos gravosos que, não fosse tal garantia, poderiam advir-lhes da aplicação da lei nova sobre fatos jurídicos de todo realizados antes do seu início de vigência (ADIn 3.105-DF, J. 18.04.2004, rel. Min. Ellen Gracie, p. 201).

¹¹⁶ Confira-se: “EMENTA: [...] 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, da C.F.) [...]” (ADIn. N. 939/DF, rel. Min. Sydney Sanches, p. 160).

Algo bem semelhante defende o Min. Celso de Mello ¹¹⁷,

A proteção ao direito adquirido [conseqüentemente, também a coisa julgada], que assunte qualificação constitucional em nosso sistema, acha-se consagrada em norma de sobredireito, destinada, em sua formulação, a preservar contra atos estatais supervenientes e lesivos – a integridade das situações jurídicas definitivamente consolidadas. Cumpre registrar, neste ponto, que não apenas os atos legislativos comuns, mas quaisquer outras espécies normativas – aí incluída, também, a própria emenda à Constituição - devem observar, em seu processo de formação, a cláusula constitucional pertinente ao direito adquirido, sob pena de, em assim não ocorrendo, incidirem em situação de inconstitucionalidade material. (ADI 3.105/DF, J. 18.04.2004, rel. Min. Ellen Gracie, p. 382).

Outra das implicações da proteção constitucional da coisa julgada e da dimensão jurídica-objetiva desse direito-garantia fundamental é “[...] a eficácia vinculante [...] com relação aos três Poderes [...]” (BONAVIDES, 2005, p. 588), o que significa que o comando constitucional (art. 5º, XXXVI) não condiciona somente a atuação do Poder Legislativo, como pode parecer à primeira vista, mas vincula também a Administração e o Poder Judiciário. Este é também o entendimento de Eduardo Talamini que, a partir do princípio da legalidade e depois de afirmar a sujeição do aplicador da lei ao princípio da coisa julgada, afirma, com toda a razão, que “Não faria sentido limitar a atividade do legislador para o fim de proteger a coisa julgada e, ao mesmo tempo, deixar o aplicador da lei livre para agir como bem entendesse” (TALAMINI, 2005, p. 51).

Tal postura pode ser reforçada pelo argumento da legitimidade do “Parlamento”. Se este, representante do “povo”, investido pela Constituição na função precípua de exercer a atividade legislativa, foi privado do seu poder de ação em relação aos

¹¹⁷ Já em 1993, por ocasião do julgamento da Medida Cautelar requerida na ADIn n. 939-7/DF, o Min. Celso de Mello se manifestou veementemente no mesmo sentido: “[...] O respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever inderrogável do Poder Público. A ofensa do Estado a esses valores – que desempenham, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais ou coletivos – introduz um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia que deve presidir as relações, sempre tão estruturalmente desiguais, entre as pessoas e o Poder. [...] É preciso não perder de perspectiva que as emendas constitucionais podem revelar-se incompatíveis, também elas, com o texto da Constituição a que aderem. Daí, a sua plena sindicabilidade jurisdicional, especialmente em face do núcleo temático protegido pela cláusula de imutabilidade inscrita no art. 60, § 4 da Carta Federal. As denominadas cláusulas pétreas representam, na realidade, categorias normativas subordinantes que, achando-se pré-excluídas, por decisão da Assembléia Nacional Constituinte, do poder de reforma do Congresso Nacional, evidenciam-se como temas insuscetíveis de modificação pela via do poder constituinte derivado. Emendas à Constituição podem, assim, incidir, também elas, no vício da inconstitucionalidade, configurado este pela inobservância de limitações jurídicas superiormente estabelecidas no texto constitucional por deliberação do órgão exercente das funções constituintes primárias ou originárias [...]” (ADI-MC n. 939-7/DF, p. 2012 e 2016).

casos definitivamente constituídos, tendo de curvar-se aos limites materiais constitucionalmente impostos, o que justificaria a não submissão dos demais entes públicos à norma constitucional?

O Supremo Tribunal Federal também reconhece a submissão dos demais Poderes. A respeito já decidiu:

EMENTA: Ofensa direta à garantia da coisa julgada pela decisão da Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que decretou a deserção de recurso ordinário, a despeito de expressa disposição do acórdão do Tribunal Regional que, do pagamento de custas, isentara o recorrente. Extraordinário provido por contrariedade do art. 50, XXXVI, da Constituição Federal (RE n. 202.268-3/RJ, rel. Min. Octavio Gallotti. Primeira Turma. J. 02.10.1998, p. 618, grifo nosso)

Em relação à Administração Pública, novamente, confirmou a submissão desta:

EMENTA:
4. Os órgãos da Administração Pública não podem determinar a suspensão do pagamento de vantagem incorporada aos vencimentos de servidores quando protegido pelos efeitos da coisa julgada, ainda que contrária à jurisprudência. Precedentes [MS 23.758, Relator Moreira Alves, DJ 13.06.2003 e MS 23.665, Relator Maurício Correa, DJ 20.09.2002]. (AG.REG. no Recurso em Mandado De Segurança 22.047-7/DF, rel. Min. Eros Grau, J. 21.02.2006 Publicação: DJ 31-03-2006 p. 00014 Ement. Vol. 02227-01 p. 00174, grifo nosso)

Aclarar o porquê da coisa julgada se haver tornado objeto de direito-garantia fundamental exige que se procurem os seus fundamentos, ou seja, os motivos que justificam sua existência e a sua adoção pela ordem jurídica. Nesse caminho se procura entender, tal como aponta Juan Carlos Hitters, se a imutabilidade é uma exigência jurídica ou se, pelo contrário, seu fundamento é metajurídico ou heterônomo (HITTERS, 2001. p. 133).

A respeito, parece haver consenso doutrinário no sentido de que a coisa julgada não é elemento essencial da jurisdição ¹¹⁸. Assim sendo, o fundamento de sua presença na ordem constitucional não visa satisfazer uma necessidade jurídica. Comprovação disso se encontra em Enrico Tulio Liebman, quando o autor afirma que em certos regimes jurídicos mais antigos a sentença era indefinidamente recorrível e que, até

¹¹⁸ A afirmação refere-se ao consenso teórico em geral, não à dogmática brasileira, que tem na coisa julgada material um direito-garantia fundamental (CF, art. 5º, XXXVI).

hoje, no direito canônico as sentenças relativas ao estado das pessoas jamais adquirem o caráter da imutabilidade (LIEBMAN, 1984, p. 39).

Mas, então, se a garantia da coisa julgada não é ditada por motivos jurídicos, o que justificaria sua adoção?

Mais uma vez, parece haver consenso na explicação de que a adoção da coisa julgada é motivada por razões de ordem prática e de utilidade social ¹¹⁹. É Enrico Tulio Liebman quem, mais uma vez, esclarece a questão ao estabelecer a distinção entre a imperatividade e a imutabilidade do comando sentencial. Explica ele que:

Esse *comando*, na verdade, ainda quando seja eficaz, não só é suscetível de reforma por causa da pluralidade das instâncias e do sistema dos recursos sobre que está o processo construído, mas ainda está exposto ao risco de ser contraditado por outro *comando*, pronunciado também por um órgão de Estado. [...] Assim, a eficácia de uma sentença não pode por si só impedir o juiz posterior, investido também ele da plenitude dos poderes exercidos pelo juiz que prolatou a sentença, de reexaminar o caso decidido e julgá-lo de modo diferente. Somente uma razão de utilidade política e social – o que já foi lembrado – intervém para evitar esta possibilidade, tornando o comando imutável quando o processo tenha chegado à sua conclusão, com a preclusão dos recursos contra a sentença nele pronunciada (LIEBMAN, 1984, p. 52-53).

Patente, pois, que os motivos que levam à adoção da coisa julgada se situam além do jurídico, são imperativos políticos, ditados pela necessidade de estabilizar as relações jurídicas, dando-lhes segurança (CÂMARA, 2005, p. 8). Eis porque o direito-garantia da coisa julgada é apontado como um dos corolários do princípio da segurança ou, como diz Leonardo Greco, um “[...] instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança [...]” (GRECO, 2004, p. 149).

Assim, fazer da coisa julgada, quer como instituto jurídico quer como direito subjetivo individual, objeto de proteção constitucional, transformando-a em um direito-garantia fundamental, é garantir e efetivar o princípio da segurança, nele incluída a segurança jurídica, ele próprio um direito fundamental básico (CF, art. 5º *caput*) e um dos pilares do Estado Democrático de Direito, ao lado de outros bens como a liberdade, a igualdade e a justiça.

¹¹⁹ Assim, Liebman (1984, p. 39), Talamini (2005, p. 46-47).

Resta saber em que consiste o princípio da segurança. Conforme o *Novo Dicionário Aurélio*, séc. XXI (1999, verbete segurança), o termo segurança apresenta, entre outros significados, o de estado, qualidade ou condição de seguro, condição daquele ou daquilo em que se pode confiar, certeza e firmeza. Pelo que se vê, é seguro aquilo que não oferece perigo, algo tranqüilo, estável e com solução de continuidade, condição indispensável a que o homem possa planejar, desenvolver e executar seus projetos de vida, sabendo minimamente com o que pode contar ou a que se deve ater. Logo, é o oposto da transgressão, da arbitrariedade, da instabilidade e da guerra.

Postulado de ampla projeção, o princípio da segurança se desdobra em vários outros princípios, dentre eles o da segurança jurídica, que informa todo o ordenamento jurídico e onde serve de fundamento a todo um conjunto de mecanismos jurídicos destinados a manter a ordem e a estabilidade social. Por isso, Luis Recasens Siches afirma que “[...] o Direito não nasceu na vida humana por virtude do desejo de prestar culto ou homenagem à idéia de justiça, mas para satisfazer uma iniludível urgência de segurança e de certeza na vida social [...]” (*apud* SILVA, J. A., 2005, p. 15).

Nesse aspecto, a segurança jurídica se prende sobremaneira ao princípio da legalidade e à observância das normas jurídicas e não poderia ser diferente, pois sua institucionalização prende-se ao surgimento do Estado Moderno (séc. XVIII), com o exercício do poder político modulado pelo Direito Positivo. É por isso que, ao lado da justiça e do bem-estar social, a segurança jurídica é considerada um dos pilares do Estado de direito¹²⁰ e, ao mesmo tempo, um justificador da própria existência do Estado, entidade a quem compete assegurar a existência de uma sociedade livre, pacífica e duradoura, mediante a exigência de observância e cumprimento da lei, se necessário pela via da violência, cujo monopólio lhe pertence.

Outro não é o motivo porque é reconhecido como um dos direitos naturais na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), cujo texto destaca: “*O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis*

¹²⁰ A respeito, Barroso (2005, p. 139) e Canotilho (2003, p. 257).

*do homem. Esses direitos são, a liberdade, a propriedade, a **segurança** e a resistência à opressão*¹²¹ (art. 2º, grifo nosso).

A segurança possui várias caras, pode apresentar-se como um valor, como um princípio ou como um direito. Na CF/88 todas essas faces são visíveis. Apresenta-se como um valor¹²² quando no Preâmbulo¹²³ é apresentada como um dos “valores supremos” a serem observados para atingir os objetivos programáticos ali estabelecidos; apresenta-se como um princípio e como um direito fundamental quando, no *caput* do art. 5º¹²⁴, é mostrada como uns dos bens jurídicos assegurados constitucionalmente, hipótese em que apresenta caráter geral, não se restringindo ao sentido jurídico, mas englobando os demais sentidos possíveis, como o econômico, o social e o político (BARROSO, 2004, p. 54 e ss.).

Em sentido jurídico, a segurança se apresenta, então, como uma das dimensões do direito à segurança e se efetiva pela previsão constitucional de um conjunto de técnicas e mecanismos, tanto de aplicação como de interpretação, que objetivamente garantem e preservam a ordem jurídica e os seus fins.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, as idéias essenciais da segurança jurídica desenvolvem-se a partir de dois conceitos básicos: “estabilidade [...] dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adotadas, na forma e procedimentos legalmente exigidos, não devem ser arbitrariamente modificados [...]” e previsibilidade, que “[...] se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos *actos* normativos”

¹²¹ Tradução nossa. No original: *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.*

¹²² Destaca-se entendimento contrário de Rocha (2005, p. 168), para quem, além de um direito, segurança é qualidade de um sistema normativo ou de sua aplicação.

¹²³ Textualmente: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a *segurança*, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como *valores supremos* de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil” (grifo nosso).

¹²⁴ “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade, nos termos seguintes [...]*” (CF/88, art. 5º, grifo nosso).

(CANOTILHO, 2003, p. 264). É por isso que o mesmo autor explica que a segurança jurídica demanda a “[...] fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; [...] de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos” (CANOTILHO, 2003, p. 257).

Na visão do autor, as idéias da estabilidade e da previsibilidade permitem, na verdade, que se distingam dois princípios ¹²⁵, que apesar de muito próximos (a ponto de alguns os confundirem) não se confundem: *o da segurança jurídica*, conhecido também como princípio da segurança jurídica *strictu sensu*, e o *princípio da confiança*.

O *princípio da segurança jurídica*, ligado à idéia da estabilidade, relaciona-se com os elementos objetivos da ordem jurídica e preconiza a idéia da precisão ou determinabilidade das normas jurídicas, ou seja, “[...] a conformação material e formal dos atos normativos em termos lingüisticamente claros, compreensíveis e não contraditórios” (CANOTILHO, 2003, p. 258). Dito de outro modo, as normas devem apresentar um conteúdo claro e inequívoco, permitindo que todos possam compreender os comandos nelas contidos.

Além disso, exige um patamar mínimo de continuidade do e no Direito (SARLET, 2005, p. 96), exigindo normas e institutos relativamente estáveis e duradouros que garantam, estrutural e funcionalmente, a regularidade do sistema jurídico e da aplicação do direito. É, como diz José Joaquim Gomes Canotilho, a garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito (CANOTILHO, 2003, p. 257).

Por seu turno, o *princípio da proteção da confiança*, preso à idéia da previsibilidade, liga-se mais com os componentes subjetivos da segurança, manifesta-se como a certeza do direito e visa proteger a “[...] calculabilidade e a previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos” (CANOTILHO, 2003, p. 257) ou, noutros termos, visa proteger a confiança que os

¹²⁵ De salientar que nem sempre o princípio da proteção da confiança é visto como um princípio autónomo. Há autores que o vêem como um sub-princípio do princípio da segurança jurídica.

cidadãos depositam na “[...] continuidade da ordem jurídica no sentido de uma segurança individual das suas próprias posições jurídicas” (SARLET, 2005, p. 96).

Também para Luís Roberto Barroso a segurança jurídica se prende: à idéia da existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, mas sujeitas ao princípio da legalidade; à confiança nos atos do Poder Público, que devem pautar-se pela razoabilidade e boa-fé; à estabilidade das relações jurídicas, que se manifesta na durabilidade das normas, na anterioridade da lei e na conservação de direitos em face da lei nova; à previsibilidade dos comportamentos e à igualdade na lei e perante a lei (BARROSO, 2005, p. 139).

Em suma, a segurança jurídica é, como se leu alhures, garantia de um jogo limpo (*fair play*) nas relações jurídicas que se estabelecem entre o Poder Público e os cidadãos, uma garantia cujas refrações mais importantes em relação a cada tipo de ato estatal são: a proibição de leis retroativas em relação aos atos normativos; a tendência à irrevogabilidade dos atos administrativos constitutivos de direitos no caso de atos administrativos; a inalterabilidade do caso julgado em relação aos atos jurisdicionais (CANOTILHO, 2003, p. 257).

Numa interessante reflexão sobre o direito fundamental à segurança, Tércio Sampaio Ferraz Júnior explica que o tempo do direito não corresponde ao tempo cronológico, pois que à inelutabilidade do tempo físico (cronológico) o homem contrapõe o tempo existencial, a cultura (ética, direito, religião), ou seja, a capacidade de, sem apagar ou anular o passado, refletir sobre ele e reinterpretá-lo, usando-o para orientar o futuro, que não tem como evitar. Mas, se no campo cronológico entre o passado e o futuro existe o presente, no tempo cultural existe a duração, algo que “[...] desafia o tempo cronológico, que tudo corrói: torna o passado (que não é mais) algo ainda interessante e faz do futuro (que ainda não ocorreu) um crédito, base da promessa” (FERRAZ JÚNIOR, 2005, p. 265).

Nesse contexto, o papel da segurança jurídica liga-se exatamente à consistência da duração e como direito fundamental, compete-lhe evitar que o passado se torne algo insignificante, impedindo que se altere o sentido de um evento passado, e o futuro, algo incerto, sujeito ao arbítrio dos atos presentes. Por este olhar, o princípio da irretroatividade da lei nada mais é do que uma medida para

[...] respeitar o passado em face das alterações legais, precavendo-se de tornar ilusórias, retrospectivamente, as expectativas legítimas (boa-fé, promessas, acordos, decisões) contidas no evento acontecido, por força do poder de revogação. [...] o *sentido* de um evento passado adquire, assim, um contorno próprio, conforme a legislação então vigente, tornando-se imune ao sentido que lhe atribua a lei posterior. O princípio da irretroatividade garante o direito à segurança. Nesse quadro se entende a coisa julgada (FERRAZ JÚNIOR, 2005, p. 265).

Por seu turno, a coisa julgada, que se relaciona “[...] com a *incidência* normativa”, “[...] é um instrumento capaz de resgatar o passado em nome de um futuro incerto e cambiante, pela prevalência de uma incidência jurisdicional ocorrida sobre a efetividade de uma nova incidência sobre o mesmo objeto”, configurando-se em “[...] um instrumento importante para lidar com as contradições que poderiam surgir entre a incidência passada e a incidência futura” (FERRAZ JÚNIOR, 2005 p. 266).

Explicado, portanto, o porquê do instituto da coisa julgada ser considerado um corolário do direito à segurança jurídica e, conseqüentemente, ser este o fundamento e a justificativa da proteção constitucional do direito-garantia da coisa julgada.

É de salientar-se, no entanto, que há autores que alegam ter a segurança jurídica entrado num processo de declínio e retrocesso (ASSIS, 2004, p. 37), abalada pela “hipertrofia legislativa” (CAMPILONGO, 1994) e pelas constantes e repetidas reformas, além das críticas quanto à origem liberal do instituto ¹²⁶.

Porém, vendo a segurança jurídica como um direito fundamental, mais coerente parece o pensamento de Eduardo Talamini, que defende não a depreciação do direito fundamental à segurança jurídica, mas a aquisição pelo próprio princípio de novas dimensões, motivada pela própria evolução dos direitos fundamentais, direitos esses que deixaram de ser encarados como simples limitadores do poder estatal e assumiram uma feição social (direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão) e coletiva (direitos fundamentais de terceira dimensão), exigindo, a par da segurança jurídica formal, uma segurança jurídica material (TALAMINI, 2005, p. 63 e ss.). Conclui o referido autor:

¹²⁶ Sobre o assunto, Hitters (2001, p. 180-182).

A rigor, o que se constata não é propriamente a superação nem o esvaziamento dos princípios clássicos do Estado liberal. O que ficou vencida foi a idéia de que todos esses princípios, e quaisquer outros, pudessem convergir para um valor último, unificante. O aumento de complexidade nas relações socioeconômicas, o desenvolvimento tecnológico, o incremento quantitativo e qualitativo do rol dos direitos fundamentais e todos os demais fatores acima cogitados contribuem para pôr em evidência a inviabilidade de ta, concepção “monista” no que tange aos conflitos de valores. nesse sentido é possível aludir a um “pluralismo” axiológico. Reconhece-se a existência de uma multiplicidade de valores igualmente consagrados na ordem jurídica, e se constata a inviabilidade de uma hierarquização prévia, abstrata e absoluta de todos eles. A segurança está inserida nesse quadro: coexiste com outros valores, eventualmente antagônicos, sem que seja possível estabelecer-lhe uma exata classificação hierárquica, de modo prévio e abstrato (TALAMINI, 2005, p. 66).

3.3.2 A Extensão da proteção

Caracterizada a coisa julgada como um direito-garantia fundamental e fixados os bens jurídicos objeto dessa tutela constitucional, ou seja, delimitado o âmbito de proteção, impõe-se refletir sobre o valor jurídico e a extensão dessa proteção.

Sobre o assunto, informa José Joaquim Gomes Canotilho que existem duas orientações fundamentais: *as teorias absolutas*, que “[...] vêem no núcleo essencial um conteúdo normativo irrestringível, abstratamente fixado”, em regra, uma situação subjetiva que não comporta qualquer tipo de relativização; *as teorias relativas*, que “[...] vêem no núcleo essencial o resultado de um processo de ponderação de bens” (CANOTILHO, 2003, p. 459, grifo do autor).

Pessoalmente, o citado autor, a partir da análise da Constituição portuguesa (art. 18, 2 e 3), se inclina pela defesa de uma “teoria *mista*” que, levando em consideração os demais direitos ou bens constitucionalmente protegidos, admita a determinação, caso a caso, do âmbito de proteção do direito, desde que não reduza a extensão do núcleo essencial do direito fundamental em questão (CANOTILHO, 2003, p. 460-461).

De modo geral, no entanto, a maioria da doutrina defende que o exercício dos direitos fundamentais não é absoluto ¹²⁷. As razões justificadoras desta postura são basicamente duas. A primeira parte da idéia de que tudo em Direito é relativo. Nesse sentido, leciona Manuel Aragon,

[...] o direito não opera com termos absolutos; o direito é o mundo da limitação e também da relativização. Introduzir o absoluto no direito leva, simplesmente, a desvirtuá-lo, convertendo-o ou em uma teologia ou em uma metafísica [...] ¹²⁸ (ARAGÓN, 2002, p. 14).

Também Norberto Bobbio professa: “Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos” (BOBBIO, 1992, p. 19). Para o autor, só se poderia falar em “valor absoluto” dos direitos fundamentais se estes se aplicassem “em todas as situações e para todos os homens sem distinção” (BOBBIO, 1992, p. 42). Tal pensamento pode ser reforçado se se confrontar a consciência da mutabilidade e oscilação dos direitos fundamentais, de que se falou logo na introdução deste trabalho, com o valor semântico do termo “absoluto” ¹²⁹. Pois, se o conteúdo dos direitos fundamentais é condicionado pelas circunstâncias sociais, políticas, econômicas e culturais de cada época, se se renova continuamente e varia de acordo com o nível de desenvolvimento humano, só pode ter caráter relativo.

A segunda razão, talvez a mais comum, parte da idéia de que atribuir caráter absoluto a um direito implicaria desconhecer a existência de outros direitos ou bens igualmente tutelados e de outros sujeitos de direitos. A relatividade, então, é exigência do equilíbrio social, pois se todos os direitos tivessem caráter absoluto se anulariam uns aos outros quando seus titulares os exigissem. Dessa relatividade

¹²⁷ Vale lembrar que já o art. 4, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, previa o caráter relativo dos direitos fundamentais, ao prescrever: “*Liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados por lei*”. (tradução nossa) No original: **Article 4:** *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* (grifo no original).

¹²⁸ Tradução nossa. No original: [...] *el derecho no opera con términos absolutos; el derecho es el mundo de la limitación y también de la relativización. Introducir lo absoluto en el derecho lleva, simplemente, a desvirtuarlo, convirtiendo al derecho o en una teología o en una metafísica.*

¹²⁹ Absoluto é aquilo que não está sujeito a limites, restrições ou qualquer tipo de condições.

advinda do mútuo condicionamento que se estabelece entre os direitos fundamentais fala Peter Häberle, dizendo:

Se os direitos fundamentais reciprocamente se integram formando um sistema unitário, se se apresentam como componentes constitutivos do conjunto constitucional e estão numa relação de recíproco condicionamento com outros bens jurídico-constitucionais, daí se deduz que seu conteúdo e seus limites têm de determinar-se levando em consideração os outros bens jurídico-constitucionais reconhecidos junto a eles¹³⁰ (HÄBERLE, 2003, p. 33).

De modo não muito diferente, se manifesta Alexandre de Moraes:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*). Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática* ou da *harmonização* de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua (MORAIS, 2004, p. 63).

Também a jurisprudência nacional defende o caráter relativo dos direitos e garantias fundamentais. Tomando como referência o Supremo Tribunal Federal, a mais alta Corte do país, pode constatar-se:

EMENTA: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. PODERES DE INVESTIGAÇÃO (CF, ART. 58, § 3º). LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS. LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

[...]

É essencial reconhecer que os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito – precisamente porque não são absolutos – sofrem as restrições impostas pela Constituição da República e encontram limite nos direitos fundamentais do cidadão, que só podem ser afetados nas hipóteses e na forma que a Carta Política estabelecer.

[...]

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das

¹³⁰ Tradução nossa. No original: *Si los derechos fundamentales se integran reciprocamente formando un sistema unitario, se configuran como componentes constitutivos del conjunto constitucional y están e una relación de recíproco condicionamiento con otros bienes jurídico-constitucionales, de ello se deduce que hay que determinar su contenido y sus límites en atención a los otros bienes jurídico-constitucionales reconocidos junto a ellos.*

prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros [...] (STF, MS 23.452-1 RJ, Rel. Min. Celso de Mello, grifo nosso).

Repasadas as duas razões apontadas como justificadoras da relatividade dos direitos fundamentais, admite-se que qualquer uma delas é suficiente para comprovar o caráter relativo dos direitos fundamentais. Pois, se a ação do tempo e do espaço torna volátil o conteúdo dos mesmos, exigindo contínuas releituras e adaptações e até o surgimento de novos direitos, é sinal de que os direitos fundamentais só podem ser relativos.

Por outro lado, se se levar em conta que cada norma constitucional de direito fundamental concretiza um bem jurídico específico e se se atentar para a quantidade e variedade de bens jurídicos tutelados, todos gozando do mesmo tipo de proteção e todos eles elementos constitutivos de um mesmo sistema jurídico, fica patente que cada um dos direitos fundamentais deve ser interpretado levando em consideração todos os demais direitos constitucionalmente garantidos. Novamente o caráter relativo de cada um desses direitos se torna indiscutível.

Assim, seguindo a quase generalidade da doutrina e da jurisprudência, sustenta-se, então, que não há direitos fundamentais absolutos (MIRANDA, 2000, p. 123) e que, portanto, todos os direitos estão sujeitos a limites e restrições que, como se verá, podem assumir natureza e graus diversos.

A conseqüência lógica é de que, se todos os direitos fundamentais têm como característica o caráter relativo, também o direito-garantia fundamental da coisa julgada material apresenta esse predicado. É esse o entendimento dominante. No entanto, nessa corrente de pensamento se concentram opiniões de diferentes intensidades, desde as que atribuem à coisa julgada a relatividade típica de qualquer direito fundamental, às posturas mais exageradas, como a do Min. José Delgado, já comentada neste trabalho, que vê na norma constitucional nada mais do que uma das muitas facetas do princípio da irretroatividade da lei.

Entre os dois extremos, as palavras de Cândido Rangel Dinamarco sintetizam bem o pensamento hoje generalizado:

Uma coisa resta certa depois dessa longa pesquisa, a saber, a relatividade da coisa julgada como valor inerente à ordem constitucional-processual, dado o convívio com outros valores de igual ou maior grandeza e necessidade de harmonizá-los (DINAMARCO, 2002, p. 52).

Imperativo, portanto, compreender essa relatividade, verificar seus limites e a sua extensão, ou seja, compreender quais as reais possibilidades de diminuir ou afastar a eficácia da coisa julgada material.

3.4 RELATIVIZAR, FLEXIBILIZAR OU DESCONSIDERAR A COISA JULGADA. RESTRIÇÃO AUTORIZADA OU NÃO AUTORIZADA PELA CONSTITUIÇÃO?

Antes de desenvolver o assunto proposto no título acima, impõe-se informar que os termos relativização, flexibilização e desconsideração, usados no título deste capítulo, quando relacionados com o fenômeno da coisa julgada material, em geral, são usados indistintamente como se fossem sinônimos e servem para designar o movimento que, sob a alegação de que não existem direitos absolutos, defende a redução do alcance da coisa julgada, isto é, pleiteia a restrição ou quebra do direito-garantia da coisa julgada, para além das hipóteses legalmente previstas.

Vale assinalar que o uso dos termos “relativização” e “flexibilização” não parece ser o mais adequado para designar as hipóteses em que, apesar de configurado integralmente o fenômeno da coisa julgada material, por algum motivo relevante, deva ser afastada a garantia da intangibilidade dos casos julgados.

Em relação ao termo “relativização” a justificativa da alegação encontra fundamento na ilogicidade de se relativizar algo por essência já relativo ¹³¹. Supõe-se, no entanto, que o uso do termo “relativização” foi o recurso utilizado para chamar a

¹³¹ Advertência já realizada por Barbosa Moreira (2005, p. 5).

atenção da necessidade de se superar o caráter dogmático da coisa julgada material que, há longo tempo, vinha sendo proclamado. Ocorre que, em termos científicos, deve-se primar pela rigorosa significação terminológica.

Por sua vez, o termo “flexibilização” induz a se pensar na coisa julgada material como algo rígido e inflexível, no que vai de encontro ao caráter relativo antes mencionado, além de continuar a alimentar o dogma da intangibilidade da coisa julgada. Pelas razões expostas, adota-se, de ora em diante, o termo *desconsideração*, por se entender que seu significado expressa de forma mais fiel e compreensível o fenômeno ora analisado, ou seja, *a possibilidade de se ignorarem os efeitos da coisa julgada material*, malgrado satisfeitos todos os seus requisitos e pressupostos.

A questão levantada acima prende-se a saber se depois de configurada *in concreto* a coisa julgada pode ser ignorada, desprezada ou eliminada. O mesmo é dizer que a problemática da desconsideração da coisa julgada material se dá na aplicação prática do referido direito-garantia e tem a ver com a questão da ordenação e prevalência de um direito fundamental sobre outro, nas hipóteses de confronto prático entre o direito-garantia fundamental da coisa julgada e outro direito ou bem jurídico, também constitucionalmente tutelado. Segundo Cristina Queiroz, trata-se, na verdade, de um “problema de interpretação”, pois o que efetivamente se quer saber é se uma determinada e certa situação jurídica ou se um certo modo concreto de exercício do respectivo direito fundamental se inclui ou não no “âmbito normativo” do preceito constitucional em causa (QUEIROZ, 2002, p. 203).

Desse modo, pode-se dizer que a problemática da desconsideração da coisa julgada é assunto que se relaciona com os limites e restrições que podem ser opostos ao direito-garantia da coisa julgada e que serão objeto de estudo deste capítulo. Mas, para se falar da desconsideração da coisa julgada e da sua caracterização como limite ou restrição de direito fundamental, impõe-se o estudo prévio, ainda que breve, do que se entende por restrições aos direitos fundamentais e quais os tipos de restrições existentes.

3.4.1 Restrições ¹³² aos direitos fundamentais: conceito e principais concepções

Viu-se anteriormente (item 3.2) que os direitos fundamentais não são realidades absolutas, mas relativas, conseqüentemente, há que entender quais as possíveis restrições ou limitações. Ensina Jorge Reis Novais ser comum na linguagem jurídica usarem-se os termos *restrições* e *limites* para exprimir a idéia de afetação ou de intervenção estatal no conteúdo dos direitos fundamentais, mas que etimologicamente os termos apresentam perspectivas diferentes, significando *restrição* a supressão ou a diminuição de algo, portanto, um sentido de intervenção cerceativa de algo pré-existente, enquanto *limite* traduz a idéia de fronteira, de estrema, de demarcação, diferença expressiva de significado que repercute na discussão teórica (NOVAIS, 2003, p.155).

Também Jorge Miranda alerta para a necessidade de se distinguir o conceito de restrição de outros conceitos, como os de limite ao exercício de direitos, condicionamento, regulamentação, concretização legislativa etc, explicando que:

Restrição tem a ver com o direito em si, com a sua extensão objetiva; o limite ao exercício contende com a sua manifestação, com o modo de se exteriorizar através da prática do seu titular. A restrição afecta certo direito (em geral ou quanto a certa categorias de pessoas ou situações), envolvendo a sua compreensão ou, doutro prisma, a amputação de faculdades que *a priori* estariam nele compreendidas [...] (MIRANDA, 2000, p. 329).

Em sentido amplo, a restrição é definida, então, como a ação ou omissão estatal que de algum modo, parcial e permanentemente (MIRANDA, 2000, p. 331), afeta de forma negativa (desvantajosa) o conteúdo de um direito fundamental eliminando, reduzindo ou dificultando as vias de acesso ao bem jurídico protegido, a sua fruição por parte dos titulares (reais ou potenciais) ou, ainda, enfraquecendo os deveres e obrigações do Estado para com ele (NOVAIS, 2003, p. 157 e 247).

¹³² O termo restrições está utilizado em sentido estrito, referindo-se apenas às intervenções negativas na esfera dos direitos fundamentais admitidas em situações de normalidade política. Não contempla, portanto, porque irrelevantes para este trabalho, as restrições constitucionalmente permitidas em caso de decretação de Estado de Defesa (CF/88, art. 136) e Estado de Sítio (CF/88, arts. 137 a 139).

A Constituição brasileira, ao contrário de outras constituições ¹³³, não se ocupa das possíveis restrições que os direitos fundamentais possam sofrer em virtude da atividade desenvolvida por qualquer um dos poderes instituídos, o que não significa que essas restrições não existem. Tanto assim é que, se, por exemplo, se analisar o art. 5º da CF ¹³⁴, verificar-se-á que ao longo dos seus múltiplos incisos se encontram diferentes tipos de restrições, sejam pela expressa referência constitucional (CF, art. 5º, VIII, XI, XII, XL etc), pela recepção ou inclusão de certos fins, bens ou interesses (CF, art. 5º, XL, XIII, XVII, XXIII, XXIV etc), pela referência a lei regulamentadora ou restritiva (CF, art. 5º, XV, XLII etc). A par destes, outros, entretanto, aparentam não sofrer quaisquer restrições legais (CF, art. 5º, III, XXXV, XXXVI, XXXVII etc).

Mas, e quando a constituição silencia? O que significa a ausência de previsão? Significa que os mesmos não poderão ser restringidos, terão então caráter absoluto? Ou, pelo contrário, significa que tais direitos poderão ser restringidos incondicionalmente? Existem ou não restrições não expressamente autorizadas?

A discussão do tema, ora em análise, levou ao surgimento de diferentes correntes doutrinárias. Duas dessas correntes se destacam sobremaneira.

A primeira, chamada de *teoria externa dos limites dos direitos fundamentais*, também conhecida como do *pensamento de intervenção e limites*, prende-se à concepção liberal dos direitos fundamentais, essencialmente à função garantista atribuída à Constituição, e se estrutura sobre os postulados da separação entre Estado e sociedade e da natureza pré e supra-estatal da liberdade individual. Devido ao caráter iusnatural e ilimitado da liberdade individual, tal corrente defende que só excepcionalmente o Estado pode limitar ou restringir os direitos fundamentais e, ainda assim, desde que o faça de acordo com as regras e os parâmetros legais pré-estabelecidos (NOVAIS, 2003, p. 293).

¹³³ Como, por exemplo, a Constituição portuguesa, cujo art. 18, n. 2, prevê a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais apenas no caso de previsão constitucional expressa. Diz o preceito constitucional: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionais protegidos” (CRP, art. 18, n. 2).

¹³⁴ Não se quer com isto limitar a presença de direitos fundamentais ao referido dispositivo constitucional.

Tal como o nome indica, no âmbito desta doutrina as restrições são sempre algo exterior aos direitos, algo que se lhes justapõe e que comprime ou reduz seu âmbito de proteção. É a concepção teórica da *reserva de lei*, uma forma de compatibilizar a liberdade individual com o interesse público, que resulta num sistema escalonado de direitos fundamentais, estruturado constitucionalmente por meio de leis gerais (HÄBERLE, 2003, p. 34).

Filiam-se a esta concepção teórica as Constituições portuguesa (art. 18) ¹³⁵ e alemã (art. 19) ¹³⁶, que continuam a contemplar a restrição de direitos fundamentais apenas mediante cláusula constitucional autorizativa e sempre com o intuito de preservar bens jurídicos de valor constitucional igual ou superior ao que está sendo afetado.

Tal como ressalta Jorge Reis Novais, é uma teoria em que fica clara a intenção do Poder originário de retirar dos poderes constituídos a possibilidade de conformar e restringir os direitos fundamentais, além de possibilitar o controle de constitucionalidade das restrições que porventura ocorram, uma vez que estas sempre dependem do tipo e da natureza dos limites constitucionais expressamente estabelecidos (NOVAIS, 2003, p. 283).

Significa dizer que a validade da posterior intervenção estatal restritiva depende da observância dos requisitos formais e materiais constitucionalmente fixados (NOVAIS, 2003, p. 300), validade que é aferida por um processo de subsunção, que se desenvolve em dois momentos: (1) a certificação de que existe autorização constitucional para a restrição no âmbito de proteção do direito fundamental; (2) aferição de que a intervenção restritiva atende os requisitos formais e materiais exigidos pela constituição (NOVAIS, 2003, p. 354).

¹³⁵ Ver nota 131 , p. 116 , deste trabalho.

¹³⁶ “**Artigo 19: Restrição aos direitos fundamentais; respeito à sua essência e garantia do devido processo legal.** 1. Quando, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental for restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei será aplicada de maneira geral e não apenas para um caso particular. Além disso, a lei deverá especificar o direito fundamental afetado e o artigo que o prevê. 2. Em hipótese nenhuma um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência. 3. Os direitos fundamentais se aplicarão igualmente às pessoas jurídicas nacionais, na medida em que a natureza desses direitos o permitir. 4. Quem tiver seus direitos lesados pelo Poder Público poderá recorrer à via judicial. Não havendo foro especial, o recurso deverá ser encaminhado à Justiça comum. Este parágrafo não interferirá no disposto na segunda frase do § 2 do artigo 10º (Constituição Alemã, grifo nosso).

Por isso, Robert Alexy diz que “o conceito de restrição de um direito supõe que existam duas coisas – o direito e as suas restrições – entre as quais se dá uma relação de tipo especial, é dizer, a da restrição [...]” (ALEXY, 2002, p. 268), uma relação especial mas não necessária, que surge, única e exclusivamente, por uma necessidade externa ao direito de compatibilizar os direitos dos diferentes indivíduos, os direitos individuais e os bens coletivos (ALEXY, 2002, p. 268)¹³⁷.

Tocada pela sensibilidade dos direitos sociais, pelo reconhecimento de um núcleo de direitos fundamentais, vinculantes do próprio legislador, e pelo caráter axiológico e objetivo dos mesmos, tal corrente foi remodelada, mas seus representantes ainda hoje vêem as restrições aos direitos de liberdade como exceção que precisa estar constitucionalmente justificada.

A segunda corrente desenvolveu-se após os anos 60, a partir das críticas formuladas por Peter Häberle à doutrina apresentada nos parágrafos anteriores, e é conhecida como *teoria interna dos limites dos direitos fundamentais* ou *teoria dos limites imanentes*. É uma corrente que se baseia na teoria institucional¹³⁸⁻¹³⁹ dos direitos fundamentais e parte do postulado de que, como o homem vive em comunidade e não isolado, a liberdade individual tem de conformar-se com outros bens jurídicos de importância igual ou superior.

Assim, como articula Jorge Reis Novais, a liberdade perde o cunho individualista e

¹³⁷ Tradução nossa. Confira-se na íntegra e no original o referido comentário: *El concepto de restricción de un derecho sugiere la suposición de que existen dos cosas – el derecho y sus restricciones – entre las cuales se da una relación de tipo especial, es decir, la de la restricción. Si la relación entre derecho y restricción ha de ser definida de esta manera, entonces existe, primero, el derecho en sí, que no está restringido, y, segundo, lo que queda del derecho cuando se le añaden las restricciones, es decir, el derecho restringido. [...] La relación es creada sólo a través de una necesidad externa al derecho, de compatibilizar los derechos de diferentes individuos como así también los derechos individuales y los bienes colectivos.*

¹³⁸ É, precisamente, Peter Häberle que afirma: *Los ámbitos vitales protegidos por los derechos fundamentales son algo instituido, es decir, institucional* (HÄBERLE, 2004, p. 97). Tradução nossa: “Os âmbitos vitais protegidos pelos direitos fundamentais são algo instituído, é dizer, institucional”.

¹³⁹ Teoria que, em oposição à doutrina liberal da dimensão estritamente subjetiva dos direitos fundamentais, defende a bi-dimensionalidade dos mesmos, acrescentando à função jurídico-subjetiva de defesa do cidadão em face do Estado uma dimensão jurídico-objetiva ou institucional, na qual os direitos fundamentais são institutos da própria ordem estatal. Para um estudo mais aprofundado do assunto, Bonavides (2005, p. 621 e ss.).

[...] só tem sentido enquanto liberdade na sociedade, enquanto liberdade normativamente conformada e ordenada; não a liberdade do arbítrio individual, mas a *ordered liberty* (cardozo) do indivíduo comunitariamente integrado e funcionalmente condicionado pelos complexos normativos conformadores e delimitadores dos direitos fundamentais e ordenadores dos âmbitos de vida em que estes, enquanto institutos que proporcionam a integração do indivíduo na comunidade e sintetizam a composição do interesse público e dos interesses individuais, se podem realizar (NOVAIS, 2003, p. 310-311).

Ao contrário da corrente anterior, defende essa doutrina que os direitos e os seus limites não podem ser encarados como duas realidades diferentes, mas como uma unidade. É Robert Alexy quem explica: “Uma imagem completamente diferente subjaz à chamada teoria interna. Segundo ela, não existem duas coisas, o direito e as suas restrições, mas somente uma: o direito com um certo conteúdo” ¹⁴⁰ (ALEXY, 2002, p. 269).

Quer isso dizer que os direitos fundamentais não são limitáveis por algo externo que o legislador lhes imponha, mas são limitados por sua própria natureza, isto é, contêm em si mesmos e desde a origem limites intrínsecos ou imanentes. São os limites que Peter Häberle chama de “limites conformes à essência” (HÄBERLE, 2003, p. 52) e, a seu ver, os únicos possíveis. Explica ele:

A reserva de leis gerais é imanente aos direitos fundamentais. Isso significa que os limites admissíveis, conformes à essência, de tais direitos têm de ser determinados por meio da ponderação de bens, orientada pelo sistema objetivo de valores da Constituição, mas também que só são admissíveis limites conformes à essência ¹⁴¹ (HÄBERLE, 2003, p. 51-52).

Assim, diz o autor que a configuração dos direitos é obra constitucional e que ao delinear tais direitos a Constituição delinea também os limites imanentes, não admitindo nenhum outro tipo de restrição, seja pela via da diminuição do âmbito de proteção do direito em questão, seja pela ampliação do âmbito de restrições de direitos, previstas constitucionalmente.

¹⁴⁰ Tradução nossa. No original: *Una imagen totalmente distinta subyace a la llamada teoría interna. Según ella, no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino solo una: el derecho con un determinado contenido.*

¹⁴¹ Tradução nossa. No original: *... la reserva de las leyes generales es immanente a los derechos fundamentales. Ello significa que los límites admisibles, conformes a la esencia, de tales derechos hay que determinarlos por medio de la ponderación de bienes orientada al sistema objetivo de valores de la constitución, pero también que sólo son admisibles límites conformes a la esencia.*

Nessa perspectiva, as possíveis dúvidas quanto aos limites dos direitos não dizem respeito a saber se o direito deve ou não ser limitado, mas relacionam-se com o próprio conteúdo do direito. Como afirma o próprio autor,

Os direitos fundamentais são limitados desde o princípio por aqueles bens jurídicos de igual ou superior importância, que tal como aqueles, encontraram reconhecimento jurídico-constitucional. A concretização dos limites, e isso vale também para as reservas especiais das leis, não é um processo que afete os mencionados direitos “desde fora”. Os direitos fundamentais são garantidos desde o princípio dentro dos limites a eles iminentes da generalidade material do sistema axiológico jurídico-constitucional ¹⁴² (HÄBERLE, 2003, p. 57).

Por isso, as “reservas de lei geral” não habilitam o legislador a intervir de modo desvantajoso, ou seja, ao atuar o legislador não restringe nem limita os direitos fundamentais, simplesmente “[...] regula limites que existem desde o princípio” ¹⁴³ (HÄBERLE, 2003, p. 57). Eis porque se diz que o legislador ordinário, ao reproduzir os limites iminentes, não cria novos limites, unicamente declara os limites preexistentes, contidos na Constituição (CANOTILHO, 1993 p. 468). De fato, para essa corrente de pensamento, o conceito de restrição é substituído pelo de limite e a atuação legislativa é indispensável e exigência constitucional de todas as disposições de direitos fundamentais, pois cabe ao legislador delimitar e conformar cada um dos direitos fundamentais. É o que revela Peter Häberle, ao explicitar:

De uma análise mais detalhada de cada uma das disposições de direitos fundamentais resulta que todas – ainda que de maneira diferente em função da singularidade de cada uma - são suscetíveis e necessitam da delimitação legislativa, de um lado, e, de outra parte, que a lei lhe conforme e lhe precise o próprio conteúdo ¹⁴⁴ (HÄBERLE, 2003, p. 169).

¹⁴² Tradução nossa. No original: *Los derechos fundamentales son limitados desde el principio por aquellos bienes jurídicos de igual y superior rango que, al igual que ellos mismos, han encontrado reconocimiento jurídico-constitucional. La concretización de los límites, y ello vale también para las reservas especiales de ley, no es un proceso que afecte a los mencionados derechos 'desde fuera'. Los derechos fundamentales son garantizados desde el principio dentro de los límites a ellos iminentes de la generalidad material del sistema axiológico jurídico-constitucional.*

¹⁴³ Tradução nossa. No original e na íntegra: *El legislador que concretiza en el ámbito de los derechos fundamentales los límites conformes a la esencia regula límites que existen desde el principio.*

¹⁴⁴ Tradução nossa. No original: *De un análisis más detallado de cada una de las disposiciones sobre derechos fundamentales resulta que todas ellas – si bien de modo deferente en función de la singularidad de cada una – son susceptibles y están necesitadas de la limitación legislativa, por un lado, y, de la conformación y precisión de contenido por la ley, por otro lado. El legislador está para ello al servicio del correspondiente derecho fundamental afectado. La Constitución presupone su actividad como evidente y, por tanto, no solo como permitida, sino también como ordenada.*

Viu-se existir uma distinção entre as duas teorias estudadas. A primeira (*teoria dos limites externos*) vê nas restrições algo separado e exterior ao direito fundamental; ao passo que a segunda (*teoria dos limites internos ou imanentes*) como o próprio nome indica, vê as limitações como algo que pertence ao cerne do próprio direito. A distinção conceitual revela, no entanto, uma separação bem mais significativa, atente-se.

Em termos lógicos, falar que uma restrição é algo externo ao direito, corresponde a dizer que é algo posterior a esse direito, pois a característica da exterioridade pressupõe a prévia constituição do direito; pelo contrário, ao se afirmar que os limites são imanentes, o que se diz é que os limites nascem com o direito. Conjugando as duas idéias, surge o que talvez se possa chamar de elemento distintivo essencial, isto é, o elemento que efetivamente permite diferenciar uma teoria da outra: o tempo da restrição (1ª teoria) e da limitação (2ª teoria).

Nos dois casos, as alterações (restrições e limitações) no direito fundamental são provocadas pelo mesmo mecanismo, a intervenção do legislador ordinário. Por conseqüência, em ambas as teorias, a lei surge como o instrumento ou o veículo habilitado para operar as restrições (1ª teoria) e as limitações (2ª teoria). No entanto, ao se estabelecer uma relação entre a lei restritiva e limitativa e o direito fundamental respectivo, constata-se que na *teoria dos limites externos* ou das restrições (1ª teoria) as leis restritivas são posteriores à constituição do direito, ao passo que, na *teoria dos limites internos* as limitações são pré-estabelecidas em relação à constituição do direito.

No olhar de avalizada doutrina, as duas correntes apresentam deficiências. Se a teoria externa (1ª teoria) peca pelo excessivo garantismo da liberdade individual e pela exigência, impossível de realizar, de que o legislador preveja de forma expressa todas as possíveis hipóteses de restrições; a teoria interna (2ª teoria) erra, ao contrário, por reforçar em demasia a intervenção do poder público, dificultando a ação do cidadão, individualmente considerado.

Entre os atuais publicistas, destacam-se Robert Alexy e José Joaquim Gomes Canotilho, partidários da visão principiológica ¹⁴⁵ dos direitos fundamentais, há uma tendência pela teoria externa ¹⁴⁶, mas, sem aderirem à visão imanentista, admitem a possibilidade de existirem restrições não escritas, pela necessidade de se preservarem outros direitos ou bens constitucionalmente garantidos.

Quanto à questão de que os direitos fundamentais na qualidade de direitos constitucionais só podem ser restringidos por, ou sobre autorização de, normas de padrão constitucional, muito se aproximam as posições de Robert Alexy e José Joaquim Gomes Canotilho ao procederem à análise e classificação dos tipos de restrições eventualmente existentes.

Adota o primeiro autor uma classificação bipartida, onde reconhece dois tipos de restrições: (1) *as restrições diretamente constitucionais*, aquelas direta e imediatamente previstas na Constituição, hipóteses em que, na maior parte dos casos, mas não necessariamente, o direito fundamental tutelado e a restrição (ou restrições) se encontram estatuídos no mesmo preceito constitucional ¹⁴⁷, também chamadas de “restrições constitucionais expressas”; e (2) *as restrições indiretamente constitucionais*, aquelas em que a Constituição permite que a lei, por si mesma, restrinja o “âmbito de proteção” do direito fundamental (QUEIROZ, 2002, p. 204), conhecidas também como *cláusula de reserva explícita*, e que Robert Alexy define como “[...] aquelas disposições jusfundamentais ou partes de disposições

¹⁴⁵ Resultante da aceitação de que as normas constitucionais se subdividem em normas-princípio e normas-regra e de que, na generalidade dos casos, as normas de direitos fundamentais se apresentam como princípios

¹⁴⁶ Robert Alexy é bem claro a respeito: *Si se parte del modelo de los principios, entonces se restringe no solo un bien protegido de las normas de derecho fundamental sino un derecho **prima facie** garantizado por normas iusfundamentales. Por lo tanto, en el modelo de los principios, el discurso de las restricciones de los derechos fundamentales es correcto. En el vale, pues, la teoría externa* (ALEXY, 2002, p. 271). Tradução nossa: “Se se parte do modelo dos princípios, restringe-se, então, não somente um bem protegido das normas de direito fundamental mas um direito *prima facie* garantido por normas iusfundamentais. Por conseguinte, no modelo dos princípios, o discurso das restrições dos direitos fundamentais é correto. Nele vale, pois, a teoria externa”.

¹⁴⁷ O art. 5º da CF/88 propicia múltiplos exemplos dessa situação, confirmam-se, por exemplo, os incisos: XI “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, **salvo** em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”; XII “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, **salvo**, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; e XVII “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, **vedada** a de caráter paramilitar” (grifo nosso).

jusfundamentais que autorizam expressamente intervenções, restrições ou limitações” (ALEXY, 2002, p. 272-286 e p. 282 para a citação literal).

Tais reservas restritivas podem ser de dois tipos, *as reservas de lei simples*, quando a Constituição não estabelece a observância de requisitos especiais, e *as reservas de lei qualificadas*, quando a Constituição restringe a discricionariedade do legislador, estabelecendo requisitos e condições especiais, objetivos ou finalidades que condicionam a possibilidade da restrição.

Entre as restrições diretamente constitucionais, estabelece o autor a distinção entre restrição (relativa ao direito) e cláusula restritiva ¹⁴⁸ (relativa à norma), admitindo que “as cláusulas restritivas podem ser tácitas ou expressas” ¹⁴⁹ (ALEXY, 2002, p. 277). Ao admitir as cláusulas restritivas tácitas, admite a possibilidade de cláusulas restritivas não escritas, que, segundo o autor, são “restrições com caráter de princípio” (ALEXY, 2002, p. 281), ou seja, admite que apesar da ausência de previsão constitucional expressa pode um direito fundamental ser restringido quando se confrontar com outro direito fundamental ou outro bem jurídico constitucional.

José Joaquim Gomes Canotilho, por seu lado, adota uma classificação tripartida, separa as restrições em: (1) *restrições constitucionais diretas* ou *imediatas*, aquelas diretamente estabelecidas pelas normas constitucionais, hipótese em que a norma constitucional é simultaneamente norma de garantia de direitos e norma limitativa; (2) *restrições estabelecidas por lei mediante autorização expressa da constituição* ou por *reserva de lei*; e (3) *restrições implícitas* ou *restrições não expressamente autorizadas pela constituição*, aquelas não expressamente previstas, mas cuja admissibilidade se impõe pela necessidade de salvaguardar “*outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos*” (CANOTILHO, 2003, p. 1276 e ss.) ¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Cláusula restritiva é definida por Robert Alexy como a parte da norma de direito fundamental que informa a restrição ou como pode ser restringido o que o direito fundamental garante *prima facie*. Para um maior aprofundamento da matéria confira-se Alexy (2002, p. 277).

¹⁴⁹ Tradução nossa. No original: *Las cláusulas restrictivas pueden ser tácitas o expresas* (ALEXY, 2002, p. 277).

¹⁵⁰ Note-se que há uma correspondência com a anterior classificação de Robert Alexy, só se afastando em relação às restrições não expressamente previstas, que Robert Alexy qualifica como cláusulas restritivas alocando-as dentro das restrições diretamente constitucionais, enquanto José Joaquim Gomes Canotilho coloca-as como um terceiro tipo, a par das diretamente e imediatamente constitucionais e das resultantes da “reserva de lei”.

Em síntese, parece claro que nenhum direito ou bem jurídico constitucionalmente protegido, abrangidos logicamente os direitos fundamentais, goza de natureza absoluta, o que se deve não só à multiplicidade de bens e direitos constitucionalmente protegidos, mas principalmente ao princípio da unidade da Constituição, que determina que a mesma deve ser tida “como obra de um só autor” (CANOTILHO, 2003, p. 1184), sem incoerências ou contradições.

Assim, dotados de caráter apenas relativo, estão os direitos fundamentais, como os demais bens constitucionais, sujeitos aos limites e restrições que a Constituição explícita ou implicitamente lhes impuser e que, como se viu, podem ser de três tipos. Com efeito, não raras vezes a própria Constituição estabelece direitos fixando de maneira precisa e definitiva seus alcances e conteúdos, determinando seus contornos ou fronteiras, por meio das chamadas “restrições constitucionais diretas” (CANOTILHO, 2003, p. 450). Noutras ocasiões, é o legislador habilitado pela Constituição para regular a norma constitucional, permitindo-lhe que limite ou restrinja o alcance do âmbito de proteção do respectivo direito fundamental; são as restrições operadas via “reserva de lei”. Ainda podem verificar-se as restrições implícitas ou “não expressamente autorizadas pela constituição”, aquelas que, apesar de não se encontrarem expressas no texto constitucional, dele se inferem e que resultam da necessidade de salvaguardar outro direito ou bem jurídico igualmente garantido, quando num caso concreto se entrecrocaram dois ou mais direitos ou bens constitucionais.

Nesse último caso, as restrições são sempre fruto de um juízo de ponderação¹⁵¹, um processo mediante o qual a partir das particularidades específicas de cada situação concreta se estabelece uma relação de precedência entre as normas (enquanto preceitos já interpretados no caso concreto) em colisão de modo a fazer prevalecer o que melhor se adapte à solução do caso concreto.

¹⁵¹ Falar-se-á da ponderação um pouco adiante, ao se tratar da natureza das normas constitucionais.

3.4.2 A desconsideração da coisa julgada material: restrição não expressamente autorizada pelo Constituição

Analisados os diferentes tipos de restrições a que se submetem os direitos fundamentais, cabe então analisar o direito-garantia da coisa julgada e as possíveis restrições a que está sujeito.

O exame do texto constitucional revela a omissão do constituinte quanto a qualquer possibilidade de restrição. Significa dizer que, ao estabelecer que “*a lei não prejudicará [...] a coisa julgada*” (CF/88, art. 5º, XXXVI), o constituinte não previu expressamente nenhum tipo de limite ou restrição, nem tampouco fez referência a qualquer lei regulamentadora ou restritiva. Conseqüentemente, a simples leitura do texto constitucional deixa clara a inexistência de restrições constitucionais expressas ou de restrições por “reserva de lei”. Como se viu antes, isso não impede a possibilidade de existirem restrições implícitas ou “não expressamente autorizadas pela constituição” quando o direito-garantia fundamental da coisa julgada colidir com outros direitos fundamentais igualmente protegidos.

Destarte, se num caso concreto se defrontam o direito-garantia da coisa julgada material e um outro direito ou bem jurídico fundamental, depois de sopesados os princípios em atenção às peculiaridades da situação fática e encontrada a solução que melhor se adapta ao caso concreto, lesionando o menos possível os direitos em colisão, pode a coisa julgada ser desconsiderada.

Nesta perspectiva, tendo em vista o caráter relativo do direito-garantia da coisa julgada e a ausência de previsão constitucional de restrição, a desconsideração da coisa julgada pode ser classificada como restrição não expressamente autorizada pela Constituição, restrição que excepcionalmente pode vir a ocorrer, quando para resguardar outro direito fundamental for necessário afastar a autoridade da coisa julgada material.

Cumpra lembrar, como fazem José Joaquim Gomes Canotilho e Jorge Miranda, que quando se trata de restrições não expressamente autorizadas pelo texto constitucional há que redobrar os cuidados (CANOTILHO, 2003, p. 1276 e ss; MIRANDA, 2000, p. 332 e ss.), para não permitir que os direitos e garantias fundamentais sejam afetados por “[...] visões demasiado subjectivistas ou ideológicas” (MIRANDA, 2000, p. 333).

Não se pode perder de vista que as restrições a direitos fundamentais, quaisquer que elas sejam, mas especialmente as restrições implícitas, são exceções. Conseqüentemente, jamais podem ser tomadas como regra e, ao estabelecê-las, sempre há que se respeitar o cenário constitucional.

Não sem motivo, ensinam José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira que se deve ser “particularmente exigente e rigoroso” na admissão de uma restrição implícita, exigindo a satisfação de algumas condições:

(a) que a lei se limite a “revelar” ou a concretizar limites de algum modo presentes na Constituição, não sendo de admitir que se criem autonomamente limites supostamente imanentes; (b) que a definição de tais limites seja o *único meio* de resolver conflitos de outro modo insuperáveis entre *direitos constitucionais* de idêntica natureza; (c) que tais limites reduzam o âmbito do direito ou direitos atingidos apenas na medida estritamente necessária à superação do conflito (CANOTILHO & MOREIRA, 1993, p. 148-149, grifos dos autores).

Nesse raciocínio, só excepcionalmente se pode admitir a desconsideração da coisa julgada material e, ainda assim, condicionada a que se revele o único meio hábil à preservação de outro direito ou bem constitucionalmente positivado.

Atente-se, porém, que nem sempre as intervenções legislativas no âmbito dos direitos fundamentais podem classificar-se como restrições.

3.4.3 Conformação infraconstitucional do instituto da coisa julgada, sem perda da natureza de direito-garantia fundamental

Com efeito, nem todas as intervenções legislativas no domínio dos direitos fundamentais apresentam natureza de restrição. É o que afirma Robert Alexy, com todas as letras: “nem todas as normas do direito comum que têm como objeto algo que é compreendido por um direito fundamental são restrições deste direito fundamental”¹⁵²⁻¹⁵³ (ALEXY, 2002, p. 321).

Assim, além das intervenções restritivas analisadas no item acima, outros tipos de intervenções podem ocorrer. Jorge Miranda dá conta de mais três distintos tipos: (1) *as intervenções regulamentadoras*, as que ocorrem quando o legislador ordinário intervém com o objetivo de desenvolver, clarear ou explicitar o conteúdo do direito fundamental; (2) *as intervenções concretizadoras*, aquelas em que a atuação do legislador infra se faz necessária para conferir exequibilidade a normas de direitos fundamentais não auto-executáveis; (3) *as intervenções aditivas*, aquelas em que o legislador atua para aumentar o rol de direitos fundamentais e são constitucionalmente autorizadas pela presença de normas abertas, como a que consta no parágrafo 2º, do art. 5º da CF/88, acrescentado em 2004, pela EC 45 e, indiscutivelmente, inspirado no art. 16º, n. 1, da Constituição portuguesa (MIRANDA, 2000, p. 328).

¹⁵² Tradução nossa. No original: *No todas las normas del derecho ordinario que tienen como objeto algo que es abarcado por un derecho fundamental son restricciones de este derecho fundamental.*

¹⁵³ Para o autor, normas não restritivas são normas que têm algo a ver com aquilo que abarca o direito fundamental. São, portanto, normas que configuram o direito (ALEXY, 2002, p. 322). Sua preocupação, porém, não é de classificar os diversos tipos de intervenção legislativa (embora admita a utilidade das classificações), mas é distinguir as normas restritivas das normas não restritivas, pela necessidade de justificação constitucional da restrição. Para separar os conceitos da configuração e da restrição, Robert Alexy sugere a utilização do critério da não obstaculização da realização de um princípio fundamental, critério esse, que informa “[...] que sempre que for necessário (caso de direito fundamental atual) ou meramente possível (caso de direito fundamental potencial) uma ponderação orientada pelo princípio da proporcionalidade, não deve supor-se uma configuração, mas sim uma restrição” (ALEXY, 2002, p. 328). No original: *El criterio de no obstaculización de la realización de un principio iusfundamental implica que siempre que sea necesaria (caso de derecho fundamental actual) o meramente posible (caso de derecho fundamental potencial) una ponderación orientada por el principio de proporcionalidad, no debe suponerse una configuración, sino una restricción.*

Esses tipos de intervenção, explica José Joaquim Gomes Canotilho, resultam de uma “incompletude normativa intencional”, campos normativos que o legislador constituinte propositadamente não ocupa, deixando “espaços jurídicos livres” e “aberturas” para a atuação do legislador infraconstitucional, com o objetivo de “[...] permitir a luta política, a liberdade de conformação do legislador, a adaptação da disciplina normativa à evolução da vida (realidade) constitucional” (CANOTILHO, 2003, p. 1236).

Então, se objetivos diversos presidem a intervenção do legislador infraconstitucional no campo dos direitos fundamentais, há de se concordar que muitas normas legais, ao invés de restringirem o âmbito de proteção do respectivo direito, na verdade “[...] pretendem completar, complementar, densificar, concretizar o conteúdo fragmentário, vago, aberto, *abstracto* ou incompleto, dos preceitos constitucionais garantidores de direitos fundamentais” (CANOTILHO, 2003, p. 1263). E, é por essa razão que a doutrina distingue as normas restritivas das normas conformadoras¹⁵⁴. Restritivas, como já se viu, as que limitam ou restringem o âmbito de proteção do direito fundamental; conformadoras, as que “completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de proteção de um direito fundamental” (CANOTILHO, 2003, p. 1263).

Volvendo o olhar para o dispositivo constitucional que cuida do direito-garantia fundamental da coisa julgada material, objeto deste trabalho, como já anteriormente se viu, revela-se uma norma extremamente concisa que afirma simplesmente: “*A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*” (CF, art. 5º, Inc. XXXVI). Descurando o caráter lacônico e ambíguo do texto, porque irrelevante no momento, vê-se que o texto constitucional acolhe (ou cria) e garante institutos jurídicos e os relaciona sem nenhuma preocupação em conceituá-los ou explicitar seu conteúdo. Entretanto, para concretizar e dar efetividade aos direitos fundamentais ali consagrados é imprescindível que se estruturam e definam esses institutos, pois não há como impedir que a lei não prejudique o direito adquirido ou a

¹⁵⁴ Termo usado em sentido estrito, com significado oposto ao de restrição. Mas a doutrina informa que o termo comporta outro sentido, um sentido amplo que compreende toda a atividade de normatização no âmbito dos direitos fundamentais, incluindo, portanto, a atividade restritiva. Nesse sentido, Canotilho (2003, p. 1263-1264) e Alexy (2002, p. 323 e ss.), o último, porém, usa o termo configuração.

coisa julgada, sem se saber exatamente em que consistem tais institutos, enfim, sem conhecer os limites e os objetivos dos institutos resguardados.

Por tudo isso, parece importante frisar que não se confunde a possibilidade de o direito-garantia fundamental da coisa julgada ser restringido e, portanto, ser desconsiderada a coisa julgada material, com a necessidade de conformação/regulamentação do instituto jurídico em sede infraconstitucional.

Como a Constituição se limitou a prover e proteger o direito-garantia fundamental da coisa julgada, nada dispondo a respeito de seu conteúdo ou das condições de seu exercício, a concretização e a efetividade do mesmo depende da conformação/regulamentação infraconstitucional, ou seja, da necessidade da intervenção do legislador ordinário.

Deste modo, como em outras situações, parece possível afirmar que se está diante de uma “incompletude constitucional intencional”, cujo escopo é entregar nas mãos do legislador infraconstitucional a regulamentação do direito-garantia fundamental, competindo a este (legislador ordinário) a determinação do conteúdo e dos limites do referido direito-garantia fundamental. Regulamentação concretizada, no caso, pela recepção constitucional dos dispositivos infraconstitucionais que regulam o instituto da coisa julgada.

O que se está a defender é que o fato da coisa julgada material ser objeto de regulamentação infraconstitucional não lhe retira a natureza de direito-garantia fundamental, nem implica a inconstitucionalidade das disposições infraconstitucionais conformadoras, desde que não ofensivas à Constituição.

Na verdade, o que se sustenta é exatamente que, por opção constitucional, no âmbito do direito-garantia fundamental da coisa julgada impõe-se a intervenção legislativa ordinária, necessária para a delimitação, precisão e concretização do referido direito-garantia fundamental.

Pelo que ficou dito, revelam-se insustentáveis as alegações daqueles que negam a natureza constitucional da coisa julgada, sob a alegação de que se trata de instituto

regulado por normas de natureza infraconstitucional. Impossível igualmente concordar com o Min. José Augusto Delgado, que nega a proteção constitucional ao instituto da coisa julgada, entre outras coisas, sob a alegação de que se assim fosse “[...] seria inconstitucional toda a disposição infraconstitucional que de alguma forma diminuísse a importância do instituto, reduzisse sua incidência ou dificultasse sua formação” (DELGADO, 2002, p. 85), bem como seria inconstitucional a ação rescisória por se tratar de remédio jurídico cujo objetivo é destruir a coisa julgada (DELGADO, 2002, p. 87).

Teria o Ministro razão, se não fosse o caráter relativo da coisa julgada, ou seja, se se estivesse a lidar com um direito de natureza absoluta. Mas o estudo até aqui realizado já permite defender que a coisa julgada material, como qualquer outro dos direitos fundamentais, não é um direito-garantia dotado de caráter absoluto. Por conseqüência, nenhuma inconstitucionalidade existe na regulamentação infraconstitucional do instituto e na fixação de limites e condições, consoante a especificidade dos bens ou direitos a proteger.

Igualmente é de se rejeitar a alegação de que de igual forma seria inconstitucional a ação rescisória, porque permitiria a desconstituição da garantia, pois, pelo olhar aqui desprendido, a admissibilidade da ação rescisória serve para comprovar a relatividade do direito-garantia da coisa julgada. Em reforço desse argumento pode alegar-se, ainda, que a ação rescisória é instituto reconhecido e recepcionado constitucionalmente ¹⁵⁵, em relação ao qual, novamente, o constituinte deixou a cargo do legislador infra a conformação legal do instituto, nada havendo de inconstitucional nessa intervenção.

Na verdade, o reconhecimento constitucional da rescisória serve de argumentação contrária à utilizada pelo Min. José Augusto Delgado, eis que as hipóteses de seu cabimento ou de sua incidência representam casos excepcionais e especificamente determinados, em que, pela relevância que têm para a ordem jurídica, se permite o desfazimento judicial da sentença já acobertada pela garantia da coisa julgada material, com o intuito de proteger direitos, bens e valores jurídicos considerados mais relevantes.

¹⁵⁵ Ver, por exemplo, CF/88, arts. 102, I, ‘j’; 105, I, ‘e’ e 108, I, ‘b’.

3.5 A ESTRUTURA DA NORMA QUE PREVÊ O DIREITO-GARANTIA FUNDAMENTAL DA COISA JULGADA

Considerando o que se disse acerca dos direitos fundamentais e a positividade como condição para aquisição dessa fundamentalidade, a existência de um direito fundamental pressupõe uma norma jurídica que conceda esse direito. Por isso, diz Robert Alexy que “sempre que alguém possui um direito fundamental, existe uma norma válida de direito fundamental que lhe outorga esse direito” ¹⁵⁶ (ALEXY, 2002, p. 47).

É sobre as normas configuradoras de direitos fundamentais que se trata em seguida, não para discutir ou analisar as vastas e infundáveis discussões sobre o conceito de norma jurídica, pela ausência de pertinência com o objeto deste trabalho, mas para analisar sua estrutura, ou seja, os modos como são formuladas ou formalmente organizadas as inter-relações entre as diversas espécies normativas e os modos de solucionar os confrontos e tensões, esses sim, aspectos relevantes para a realização do trabalho encetado.

3.5.1 Normas de direitos fundamentais: Regras ou princípios constitucionais?

Antes, porém, de adentrar na análise da estrutura das normas de direitos fundamentais, a fim de evitar imprecisões terminológicas, impõe-se indicar o que se entende por norma de direito fundamental e o que a distingue do preceito ou enunciado de direito fundamental, já que, dentro da teoria geral dos direitos fundamentais de Robert Alexy aqui adotada, são entidades distintas e inconfundíveis.

¹⁵⁶ Tradução nossa. No original: *Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho.*

Pois bem, o enunciado normativo é a base positiva da norma e, a par de outros meios ¹⁵⁷, é um dos modos de expressar as normas jurídicas. Corresponde ao texto legal que indica o que a norma permite, proíbe ou exige, ou seja, o texto que, em regra, pelo uso de expressões de dever-ser, corporifica a norma jurídica. Porém, o próprio Robert Alexy esclarece que “nem todo o enunciado normativo é um enunciado deontico, mas todo o qualquer enunciado normativo pode ser transformado num enunciado deontico” ¹⁵⁸ (ALEXY, 2002, p. 54). Significa, então, que o enunciado normativo pode não fazer uso de expressões deonticas e, ainda assim, expressar uma norma jurídica. Por outras palavras, um enunciado normativo pode ser formulado de diferentes maneiras e expressar sempre a mesma norma.

Tome-se como exemplo o enunciado normativo do art. 5º, XXXVI, da CF/88, já analisado em outras partes do trabalho, que dispõe: “*a lei não prejudicará [...] a coisa julgada*”. Este enunciado poderia ser formulado de outras formas, apresentando, no entanto, o mesmo significado. Por exemplo, “a lei não pode afetar a coisa julgada” ou “a coisa julgada não será prejudicada pela lei”.

Os enunciados normativos são comumente denominados de *preceitos legais* ou de *dispositivos legais*. Como diz Robert Alexy, todos os artigos constitucionais contêm enunciados normativos ou partes de enunciados normativos, e se esses enunciados expressam normas de direitos fundamentais, são enunciados normativos de direitos fundamentais ou *disposições de direitos fundamentais*, o que é o mesmo (ALEXY, 2002, p. 63).

Mas, se o enunciado normativo é um modo de expressar a norma, o que é a norma? A norma é o significado do enunciado normativo, isto é, o entendimento que resulta da interpretação do enunciado normativo, é aquilo que deve ser, é o preceito interpretado. Tomando como exemplo o dispositivo constitucional apontado acima, o que de imediato se apreende do texto é que a coisa julgada deve ser respeitada pela lei, isto é o significado, isto é aquilo que deve ser, isto é a norma. O significado ou

¹⁵⁷ Existem outros meios de se expressarem normas jurídicas, como, por exemplo, os sinais de trânsito (ALEXY, 2002, p. 51).

¹⁵⁸ Tradução nossa. No original: *No todo enunciado normativo es un enunciado deontico, pero todo enunciado normativo puede ser transformado en un enunciado deontico.*

norma, portanto, pode apresentar dois tipos de estrutura, por isso, é dividida em duas espécies: a regra e o princípio.

Tarefa difícil e complexa é separar e distinguir as duas espécies normativas, um trabalho que ocupa e preocupa os teóricos da Teoria Geral do Direito e da Filosofia do Direito, desde a reação antipositivista ¹⁵⁹ verificada na segunda metade do século passado. Na alavancagem desse movimento exerceu Ronald Dworkin ¹⁶⁰ um importante papel, confrontando o positivismo de Herbert Hart¹⁶¹ e Hans Kelsen ¹⁶² e suas visões da ordem jurídica como um sistema de regras reconhecidas pela sua validade e eficácia, contrapondo-lhes um sistema de princípios, no qual reaproxima o Direito da Moral. Com o que reavivou os velhos “princípios jurídicos” ou “princípios gerais do direito” conferindo-lhes eficácia normativa, em contraposição com o papel meramente programático e de fonte subsidiária que desempenhavam até então.

O Direito enquanto ciência passa a ser encarado como algo mais do que a soma das regras jurídicas expedidas pelo Estado. Sem abrir mão das regras jurídicas, que Ronald Dworkin relaciona com a solução dos casos fáceis (DWORKIN, 2002, p. 8), os princípios, enquanto encarnações dos preceitos morais intrínsecos na sociedade, ganham juridicidade e aplicação direta, principalmente na solução judicial dos casos difíceis, passam, no dizer de Paulo Bonavides, a ser tratados como direito (BONAVIDES, 2005, p. 265).

Tal discussão, que se iniciou no campo da Teoria Geral do Direito e da Filosofia do Direito, logo se estendeu ao Direito Constitucional e à Teoria da Constituição ¹⁶³, fazendo com que a metodologia jurídica tradicional, que separava “normas” (com

¹⁵⁹ Deu origem ao chamado pós-positivismo, a doutrina que se formou em reação ao positivismo, que critica a separação radical estabelecida entre direito e moral e reaproxima essas duas realidades através da noção de princípio, juntando à racionalidade formal que orientava a atividade jurídica, uma racionalidade prática, isto é, uma razão moral, de modo a produzir resultados justos.

¹⁶⁰ Professor de Harvard, expressa seu pensamento em duas importantes obras: **Levando os Direitos a Sério** (Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002) e **O Império do Direito** (Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999).

¹⁶¹ Para conhecer suas idéias ver, **O Conceito de Direito** (Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2001).

¹⁶² Sua obra mais paradigmática é **Teoria pura do direito** (Trad. João Batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2003).

¹⁶³ Para um maior desenvolvimento da matéria relativa à evolução dos princípios no campo da ciência constitucional, entre outros, Bonavides (2005, pp 255 e ss.).

sentido de regras) e “princípios”, fosse abandonada ¹⁶⁴ e se adotasse o conceito de norma como o gênero que estruturalmente comporta duas sub-espécies normativas, as regras e os princípios (CANOTILHO, 2003, p. 1160).

Já no campo Constitucional, a nova classificação ganhou relevância especial ao ser aplicada aos direitos fundamentais, com a obra de Robert Alexy ¹⁶⁵, *Theorie der Grundrechte* ¹⁶⁶ (1985), referência para muitos outros publicistas e um dos marcos teóricos adotados neste trabalho.

Para Robert Alexy, “tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser [...]”, “[...] ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas” (ordem, permissão e proibição), ambos “[...] são razões para juízos concretos de dever ser [...]” ¹⁶⁷, (ALEXY, 2002, p. 83) mas distinguir as duas espécies é essencial. Por isso, depois de pontuar as deficiências dos critérios distintivos usados pela doutrina anterior ¹⁶⁸, o autor afirma que a distinção das espécies normativas, mais do que uma distinção de grau ¹⁶⁹ (quantitativa) é uma distinção “qualitativa”, apresentando os princípios como “[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível [...]”, considerando as possibilidades jurídicas e reais de cada situação concreta.

Nesse sentido, os princípios são “mandados de otimização, que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, de acordo com as

¹⁶⁴ Dando lugar ao que Paulo Bonavides chama de Nova Hermenêutica (2005, p. 264 e ss.).

¹⁶⁵ Jusfilosofo alemão, Professor da Universidade Christian Albrecht de Kiel, um dos atuais (e um dos principais) representantes da doutrina pós-positivista.

¹⁶⁶ Neste trabalho usa-se a obra traduzida para o espanhol sob o título **Teoría de los derechos fundamentales** (Trad. Ernesto Garzón Valdés. Tercera reimpresión Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002).

¹⁶⁷ Tradução nossa. No original: *[...] Tanto as reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato. La permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser [...].*

¹⁶⁸ Os mais comuns são: o grau de generalidade, a determinabilidade dos casos de aplicação, a origem (normas ‘criadas’ ou normas ‘desenvolvidas’), o conteúdo valorativo e a importância para o ordenamento jurídico (ALEXY, 2002, p. 83 e ss.).

¹⁶⁹ Muito embora, Robert Alexy não negue que a generalidade de uma norma-princípio é muito mais alta que a generalidade da norma-regra e que, portando a norma-princípio comporta um leque bem maior de situações jurídicas, sustenta que se trata de uma diferença de grau, apelidando esse critério de *tesis débil de la separación* (tese débil da separação) (ALEXY, 1988, p. 14).

possibilidades fático-jurídicas existentes”¹⁷⁰ (ALEXY, 2002, p. 86), e cujo âmbito de possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.

Em relação às regras, diz o autor que existem duas possibilidades: ser cumpridas, aceitando-se as suas conseqüências se são normas válidas, e não ser cumpridas se são regras inválidas. Segundo suas próprias palavras: “[...] as regras são normas que podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve fazer-se exatamente aquilo que ela exige, nem mais nem menos”¹⁷¹ (ALEXY, 2002, p. 87).

Os princípios, então, se apresentam como normas abertas, uma indeterminação intencional que abre espaço a um universo de condições de aplicação. Significa que são normas que não ditam diretamente esta ou aquela solução, normas que não dizem diretamente o que se deve fazer, mas fornecem razões (argumentos) que, tendo em conta os condicionalismos fático-jurídicos, falam em favor de uma ou de outra decisão. São portadores, portanto, de uma estrutura maleável compatível com vários níveis de concretização, dando ao intérprete uma certa liberdade de ação.

Pelo contrário, as regras são normas determinadas e de aplicação fechada, o que significa que, se forem válidas e se observadas as condições de aplicação (pressupostos fáticos), exigem um cumprimento pleno, sem que se possa afastar a sua incidência. Daí a afirmativa de Geovany Cardoso Jevaux, ao distinguir as duas espécies normativas:

[...] os princípios “[...] no están referidos a las posibilidades del mundo real o normativo”, coisa que ocorre em maior grau com as regras. Enquanto que o estado de aplicação das regras nasce pronto, ou seja, as circunstâncias de sua aplicação já foram previstas, o estado de aplicação dos princípios depende ainda de certas circunstâncias fáticas e jurídicas (JEVEAUX, 2004, p. 9).

¹⁷⁰ Tradução nossa. No original e na íntegra: *El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandados de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.*

¹⁷¹ Tradução nossa. No original: *[...] las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos.*

Posta a questão das normas fundamentais e da sua subdivisão em regras e em princípios, é de se perguntar: Que estrutura apresentam as normas de direito fundamental? E, mais precisamente, que estrutura apresenta a norma entalhada no inc. XXXVI, do art. 5º da CF/88, que prevê o direito-garantia da coisa julgada, objeto deste trabalho?

Ora, é lógico que, depois de fixado, como se fez até aqui, que a coisa julgada material é um direito-garantia fundamental e que, portanto, o enunciado normativo do inc. XXXVI, do art. 5º da CF/88 contém um direito-garantia fundamental, a resposta da primeira questão responde também à segunda.

Na teoria geral dos direitos fundamentais de Alexy, que ele mesmo define como uma teoria jurídica, dogmática ¹⁷², geral ¹⁷³ e estrutural ¹⁷⁴⁻¹⁷⁵, o próprio autor explica que a distinção entre regras e princípios é a base, a “*fundamentación iusfundamental*” (ALEXY, 2002, p. 81), “um dos pilares fundamentais do edifício” (ALEXY, 2002, p. 82) da sua teoria de direitos fundamentais e “[...] o marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2002, p. 81). Conforme suas próprias palavras, tal distinção

¹⁷² Que diz respeito a um direito positivo específico, no caso, os direitos fundamentais positivados na Lei Fundamental Germânica.

¹⁷³ Que trata dos problemas comuns a todos os direitos fundamentais.

¹⁷⁴ Elaborada a partir da estrutura semântica apresentada pelas normas de direitos fundamentais, positivamente válidas.

¹⁷⁵ Apesar da influência que o pensamento de Ronald Dworkin exerceu sobre Robert Alexy, nota-se aqui a distância que separa os dois autores e que pode ser sintetizada em cinco aspectos essenciais: 1) Dworkin não desenvolve uma teoria dogmática, não se debruça sobre um direito positivo específico, seu intento, dentro da teoria geral do direito, foi o de criar uma alternativa ao pensamento positivista e aos problemas gerados pela visão estritamente formal do direito, principalmente a discricionariedade do juiz na hipótese de um vazio legislativo, buscando uma justificação moral, o que faz atribuindo juridicidade aos princípios; 2) Dworkin não desenvolve uma teoria estrutural, embora reconheça que o sistema jurídico é composto de regras e de princípios, estes só atuam na ausência de regras específicas ou quando da aplicação destas resultarem consequências moralmente inaceitáveis. O que separa as regras dos princípios é a generalidade e a forma de aplicação: regras aplicáveis na forma do tudo-ou-nada, enquanto os princípios possuem uma dimensão de peso; 3) Dworkin estabelece a distinção entre princípios e diretrizes políticas, os primeiros identificados como os preceitos morais intrínsecos na sociedade, as segundas como determinados padrões que indicam uma finalidade (econômica, social, política etc) a ser alcançada, exprimem geralmente objetivos de toda a comunidade; 4) Dworkin não tem preocupação de elaborar uma teoria geral e sistêmica; 5) a teoria de Dworkin está na linha da jurisprudência dos interesses, pois os argumentos dos princípios visam assegurar ou preservar direitos específicos de um indivíduo ou de um grupo, mesmo que contra a vontade geral.

[...] é uma chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais, sem a qual não pode existir uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão e tampouco uma teoria suficiente acerca do papel que desempenham os direitos fundamentais no sistema jurídico ¹⁷⁶ (ALEXY, 2002, p. 81).

O ponto de partida de toda a elaboração teórica de Robert Alexy é o pressuposto de que as disposições jusfundamentais geram normas de dois tipos (2002, p. 135) e que a cada um desses tipos corresponde um direito diferente: direitos definitivos, ou seja, direitos que, salvo se presente alguma cláusula de exceção, devem ser realizados nos exatos limites do conteúdo estatuído, previstos nas normas-regra; e direitos *prima facie* contemplados nas normas-princípio e que se caracterizam pelo caráter relativo ou provisório, ou seja, por apresentarem um conteúdo que precisa ser completado por condições não previstas explicitamente, que são as possibilidades fáticas e jurídicas, e cuja incidência pode ser afastada se superado “em peso” por outra norma-princípio. Confirmam-se as palavras do autor:

[...] as regras são normas que, dadas determinadas condições, ordenam, proíbem, permitem ou outorgam um poder de maneira definitiva. Assim, podem caracterizar-se como ‘mandados definitivos. Os direitos que se baseiam em regras são direitos definitivos. Os princípios são normas de tipo completamente distinto. Estes ordenam otimizar. Como tais, são normas que ordenam que algo deve ser feito na maior medida fática e juridicamente possível. As possibilidades jurídicas, além de dependerem de regras, estão essencialmente determinadas por outros princípios opostos, fato que implica que os princípios podem e devem ser ponderados. Os direitos que se embasam em princípios são princípios *prima facie* ¹⁷⁷ (ALEXY, 1994, pp. 40-41).

Considerando a estrutura aberta das normas constitucionais definidoras de direitos, a conclusão é que os direitos fundamentais apresentam, em geral, a configuração jurídica de princípios, normas dotadas de alto grau de abstração e de conteúdo aberto (grande indeterminação semântica), que não especificam diretamente a

¹⁷⁶ Tradução nossa. No original: [...] es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico.

¹⁷⁷ Tradução nossa. No original: [...] las reglas son normas que, dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva. Así, pueden caracterizar-se como ‘mandados definitivos’. Los derechos que se basan en reglas son derechos definitivos. Los principios son normas de un tipo completamente distinto. Estos ordenan optimizar. Como tales, son normas que ordenan que algo debe hacerse en la mayor medida fática y jurídicamente posible. Las posibilidades jurídicas, además de depender de reglas, están esencialmente determinadas por otros principios opuestos, hecho que implica que los principios pueden u deben ser ponderados. Los derechos que se basan en principios son derechos *prima facie*.

conduta a ser seguida e que, por conseqüência, comportam e incidem sobre uma multiplicidade de situações.

Tal característica torna inviável que sua aplicação e justificação se dê pelo método tradicional, típico das regras, em geral “[...] relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações” (BARROSO & BARCELLOS, 2003, p.11), cuja incidência se dá pela subsunção, o raciocínio silogístico ¹⁷⁸ do enquadramento dos fatos na hipótese abstratamente prevista. Com isso, surge a necessidade de se buscarem novos mecanismos jurídicos, critérios de aplicação e interpretação capazes de justificar e explicar, de forma racional, as questões relacionadas com os direitos fundamentais (ALEXY, 2002, p. 24). É esse o propósito de Alexy.

Assim, logo na introdução de *Theorie der Grundrechte*, Robert Alexy deixa patente a preocupação com a elaboração de uma teoria científica, integrativa ¹⁷⁹ dos direitos fundamentais, lógica e racionalmente fundamentada, capaz de resolver os problemas que envolvem os direitos fundamentais, problemas agravados pela estrutura ambígua (vaga) das normas constitucionais e pelas controvérsias (dissensos) que grassam em torno dos conceitos abertos, extraídos das “fórmulas lapidares”, “frases programáticas”, “aglomeração de cláusulas gerais e conceitos plásticos” ou de “fórmulas vazias, que comportam qualquer tipo de conteúdo” (ALEXY, 2002, p. 22), utilizadas nas disposições constitucionais que prevêm os direitos fundamentais e que servem a qualquer tipo de ideologia.

Deve recordar-se que, no momento em que Robert Alexy desenvolve sua teoria (1985) os direitos fundamentais não são mais (ou não deveriam ser) simples declarações formais ou meros direitos de resistência e defesa do cidadão em face do Estado, mas incorporam uma nova dimensão concreta e objetiva, e se apresentam na ordem jurídica dotados de força normativa e vinculante, advinda da

¹⁷⁸ O raciocínio silogístico da subsunção parte de duas premissas, uma maior e outra menor, para chegar a uma conclusão. No campo jurídico, a lei é a premissa maior e os fatos a premissa menor. Havendo correspondência entre os fatos e a previsão abstrata é caso de incidência da norma.

¹⁷⁹ Que permita conhecer as identidades substanciais e sistemáticas dos direitos fundamentais, independentemente da referência a uma ordem jurídica determinada (ALEXY, 1998).

sua positivação como direito fundamental de eficácia imediata, clamando por concretização e efetividade.

Fixando as idéias expostas até aqui, insta frisar que na teoria de Robert Alexy, à qual se adere, os direitos fundamentais se apresentam como princípios, portanto como direitos *prima facie*, cujo conteúdo não vale definitivamente, sem que o *standard* jurídico inicial seja abonado, em cada caso concreto, pelo contraponto com princípios e regras opostos, que coexistem no sistema jurídico.

Desse modo, pode-se concluir que também o direito-garantia da coisa julgada se apresenta, na ordem jurídica brasileira, como um princípio fundamental, portanto, um direito-garantia *prima facie*, cuja concretização depende de uma regra, depois de sobrepesado com os demais princípios e regras jusfundamentais, também aplicáveis ao caso concreto a resolver.

Esse procedimento de “qualificação” dos direitos ou bens fundamentais, de que se falará adiante, faz-se necessário devido à abertura e indeterminação das normas-princípio (caráter *prima facie*), de onde se deduzem, e à multiplicidade e diversidade de direitos fundamentais que “povoam” a Constituição, pois esta, como lembra José Joaquim Gomes Canotilho,

[...] é resultado de um *compromisso* entre vários atores sociais, transportadores de idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagônicos ou contraditórios. O *consenso fundamental* quanto a princípios e normas positivo-constitucionais plasmadas não pode apagar, como é óbvio, o pluralismo e antagonismo de idéias subjacentes ao pacto fundador (CANOTILHO, 2003, p. 1182, grifos do autor).

A multiplicidade e diversidade dos direitos fundamentais justificam o caráter *prima facie* dos mesmos, permitindo, no plano abstrato, a convivência pacífica entre princípios concorrentes, pois conferir validade absoluta a um princípio específico, em detrimento dos demais, significaria negar a unidade da ordem pluralista que é a Constituição (CANOTILHO, 2003, p. 1182). Entretanto, no plano concreto, não há como evitar as tensões e antagonismos que ocorrem sempre que, sobre uma determinada situação concreta, a incidência de dois ou mais preceitos fundamentais apontar interpretações normativas divergentes ou contraditórias.

Por essa razão, no arcabouço da teoria alexyana, além da distinção entre as duas espécies normativas, outras duas questões se revelam essenciais: a colisão de direitos fundamentais e a ponderação, ou seja, o procedimento que, de forma racional, vai definir qual o direito fundamental que deve prevalecer num caso de colisão. Eis os pontos que se analisam em seguida.

3.5.2 Confrontos normativos: Conflitos de regras e colisões de princípios

Cumprido explicar que o uso da expressão “confrontos normativos” ao nomear este tópico do trabalho, compreendendo os conflitos de regras e as colisões de princípios, tem como objetivo evitar o uso da expressão “conflitos normativos”, que apesar de comumente utilizada, não condiz com os cuidados teóricos que Alexy teve ao elaborar a sua teoria. O mesmo se diz do uso indiscriminado das expressões “conflito” e “colisão”. Pois, apesar de o próprio autor reconhecer a oscilação terminológica da doutrina e da jurisprudência, intencionalmente reserva a expressão “conflito” para o embate entre normas-regra e a expressão “colisão” para o choque entre normas-princípio. Diz-se intencionalmente, porque o próprio autor explicita que “a terminologia proposta pretende expressar que, não obstante importantes aspectos comuns, as colisões de princípios e os conflitos de regras são fundamentalmente diferentes”¹⁸⁰ (ALEXY, 2002, p. 87, nota 28).

A distinção terminológica, portanto, não é simples questão de nomenclatura, mas serve “[...] para indicar o modo e o resultado diversos da solução de embates entre princípios e entre regras” (JEVEAUX, 2004, p. 10).

Assim, por respeito e fidelidade ao fundamento teórico adotado, mantém-se a designação original do autor, utilizando-se *conflito de regras* para o confronto e

¹⁸⁰ Tradução nossa. No original: *La terminología aquí propuesta pretende expresar que, no obstante importantes aspectos comunes, las colisiones de principios y los conflictos de reglas son fundamentalmente diferentes.*

oposição de duas ou mais normas-regra e *colisão de princípios* para o embate entre normas-princípio.

O *conflito de regras* e a *colisão de princípios* têm em comum o fato de duas normas, aplicadas independentemente, conduzirem a resultados incompatíveis, ou seja, produzirem “[...] dois juízos concretos e contraditórios de dever-ser jurídico” (ALEXY, 2002, p. 87). Distinguem-se totalmente na forma de solucionar o confronto. Analisem-se, então, essas formas.

3.5.2.1 O conflito de regras

A idéia da ordem jurídica como sistema de normas articuladas entre si não se coaduna com a idéia de conflito e contradição. Apesar disso, explica Hans Kelsen, não se pode negar a possibilidade de os órgãos jurídicos estabelecerem normas que, ao serem aplicadas, entrem em conflito umas com as outras. Explicita,

[...] Quer dizer que eles põem atos cujo sentido subjetivo é um dever-ser e que, quando este sentido é também pensado (interpretado) como o seu sentido objetivo quando esses sentidos são considerados como normas, estas normas entram em conflito umas com as outras (KELSEN, 2003, p. 228).

Por conseguinte, “um tal conflito de normas surge quando uma norma determina uma certa conduta como devida e outra norma determina também como devida uma outra conduta, inconciliável com aquela” (KELSEN 2003, p. 228-229). Configura-se assim o que alguns autores chamam de antinomia de regras. Porém, tendo em vista a unidade da ordem jurídica, não é de admitir que uma mesma situação jurídica seja regulada ao mesmo tempo por duas normas contrapostas. Logo, por uma questão de lógica, em caso de antinomia uma regra tem necessariamente de ser afastada. Esse o motivo pelo qual Robert Alexy diz que as regras são normas que só podem ser cumpridas ou descumpridas ¹⁸¹ e que, verificando-se os fatos que a regra abstratamente prevê, a mesma deve incidir (ALEXY, 2002, p. 87). Significa dizer que

¹⁸¹ Como as regras se apresentam como mandados de definição, apresentam natureza biunívoca, ou seja, só admitem duas espécies de situação: ou são válidas e se aplicam ou são inválidas e não se aplicam (BARROSO, 2002, p. 22).

a regra não comporta satisfação gradual, ou a regra incide de forma completa sobre a situação concreta, hipótese em que se dá o adimplemento, ou a regra não incide, quando se verifica o seu inadimplemento. O que, aliás, condiz com o conceito de regra, como norma de conteúdo objetivo e determinado e que, como tal, não dá margem a grandes argumentações.

Pois bem, assente que ocorrendo um conflito de regras, a incompatibilidade das situações apresentadas leva necessariamente à aplicação de uma regra e ao afastamento das demais, impõe-se perguntar: Como saber qual a regra que deve ser afastada? Ou seja, qual o critério que dita o afastamento de uma regra em favor da outra?

Segundo Robert Alexy, o conflito de regras só pode ser solucionado de dois modos: (1) pela inclusão de uma cláusula de exceção e (2) pelo critério da validade (ALEXY, 2002, p. 88).

No primeiro caso, a solução do conflito passa pela aplicação da cláusula de exceção, ou seja, cláusula que, aposta a uma das regras, estabelece que essa regra se encontra numa situação que excepciona a outra ou outras, que a ela se contraponham. Não se dá, no caso, a eliminação de uma regra por outra, trata-se, na verdade, de hipótese de incidência de uma terceira regra, a cláusula de exceção, criada com finalidade de resolver ou evitar os possíveis conflitos que se estabeleçam entre a regra excepcionada e as que se lhe oponham.

Como explica Geovany Cardoso Jevaux, a introdução de cláusulas de exceção retira da regra o caráter definitivo para a decisão do conflito, conferindo-lhe um caráter *prima facie*, embora de natureza mais forte do que o dos princípios devido à carga autoritária da regra ¹⁸² (JEVEAUX, 2004, p. 10).

No segundo caso Robert Alexy se aproxima de Hans Kelsen, para dizer que o conflito é solucionado pela aferição da validade das regras em conflito, defendendo

¹⁸² A consequência disso é que verdadeiramente só se pode falar de direitos definitivos quanto às regras que não comportam cláusula de exceção. Nas demais hipóteses, só se pode pensar em direitos definitivos depois de decididas as colisões de princípios e os conflitos de regras, o que significa que são as decisões que por excelência criam os direitos definitivos (JEVEAUX, 2004, p. 10).

que “[...] somente uma delas pode ser tida como objetivamente válida” (KELSEN, 2003, p. 229). Nas palavras do autor,

Uma norma vale ou não vale juridicamente. Se uma regra vale e é aplicável a um caso significa que valem também suas conseqüências jurídicas. Qualquer que seja a fundamentação, não pode dar-se o caso que valham dois julgamentos concretos de dever ser reciprocamente contraditórios. Se no caso concreto se constata a aplicabilidade de duas regras com conseqüências reciprocamente contraditórias e esta contradição não se pode ser eliminado pela introdução de uma cláusula de exceção, há então que declarar inválida, pelo menos, uma das regras¹⁸³ (ALEXY, 2002, p. 88).

Desse modo, o critério utilizado para a solução do conflito é a aferição da conformidade das regras com a ordem jurídica, ou seja, a verificação de que as regras pertencem à ordem jurídica (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 203). Logo, deve prevalecer a norma que for considerada válida e, como admitir a existência de juízos contraditórios seria a negação do próprio sistema, todas as demais devem ser rejeitadas por inválidas.

Na perspectiva kelseniana, que Robert Alexy não desmente¹⁸⁴, o sistema jurídico é um conjunto de normas hierarquicamente dispostas e validade é forma, é qualidade da norma conforme ao ordenamento. Desse modo, uma norma é considerada válida se emana da autoridade competente e respeita os procedimentos de elaboração prescritos pela norma imediatamente superior. Assim, a norma superior serve de fundamento de validade para a norma inferior, numa reconstrução escalonada que termina com a norma fundamental ou *Grundnorm*, a norma pressuposta que serve de fundamento de validade de toda a ordem jurídica. Informa o referido autor,

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, [...], mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e

¹⁸³ Tradução nossa. No original: *Una norma vale o no vale juridicamente. Que una regla vale y es aplicable a un caso significa que vale también su consecuencia jurídica. Cualquiera que sea la forma cómo se los fundamente, no puede ser el caso que valgan dos juicios concretos de deber ser reciprocamente contradictorios. Si se constata la aplicabilidad de dos reglas con consecuencias reciprocamente contradictorias en el caso concreto y esta contradicción no puede ser eliminada mediante la introducción de una cláusula de excepción, hay entonces que declarar inválida, por lo menos, una de las reglas.*

¹⁸⁴ Até porque ambos pertencem à mesma escola: a Jurisprudência dos Conceitos. Corrente da qual Robert Alexy é egresso declarado: “neste sentido, a teoria estrutural que aqui se persegue continua a grande tradição analítica da jurisprudência de conceitos” (ALEXY, 2002, P. 46). No original: *En este sentido, la teoría estructural que aquí se persigue continúa la gran tradición analítica de la jurisprudencia de conceptos.*

somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental (KELSEN, 2003, p. 221).

Como o sistema jurídico não admite contradições, ele mesmo se nutre de critérios para eliminar as normas consideradas inválidas e que, portanto, não podem pertencer ao sistema jurídico. São três os critérios de que tradicionalmente se vale a ordem jurídica para solucionar o conflito de regras: o *critério cronológico*, o *critério da especialidade* e o *critério da hierarquia*¹⁸⁵. A utilização de um ou outro critério varia consoante se trate de um conflito entre regras do mesmo escalão hierárquico ou regras de escalões hierárquicos diferenciados.

O *critério cronológico* encontra expressão no princípio de que *lex posterior derogat legi priori*¹⁸⁶ (lei posterior derroga lei anterior) e destina-se a solucionar os conflitos entre regras jurídicas do mesmo escalão, determinando como válida a regra estabelecida em último lugar; o *critério da especialidade*, configurado no princípio de que *lex specialis derogat legi generali* (lei especial derroga a lei geral), serve para afastar o *bis in idem*, pois, como explica Maria Helena Diniz, o tipo especial contém todos os elementos típicos da norma gerais, acrescidos de outros elementos objetivos ou subjetivos específicos; o *critério hierárquico*, expresso no princípio de que *lex superior derogat legi inferiori* (lei superior derroga lei inferior), é o critério para resolver conflitos de regras de diferentes escalões e tem como fundamento a superioridade de uma regra sobre a outra, próprio do sistema jurídico hierarquizado. A regra superior sempre prevalece sobre a inferior, pois a primeira constitui o fundamento de validade da segunda, se a segunda não atende as prescrições da primeira, só pode ser tida como inválida. Nesse caso, a regra proclamada inválida pode ser inconstitucional, quando o conflito se dá entre a Constituição e uma regra infraconstitucional, ou pode ser ilegal, quando o descompasso se dá entre duas regras infraconstitucionais, mas de escalões normativos diferentes (DINIZ, 1994, p. 72).

¹⁸⁵ Para um estudo mais profundo, entre outros: Bobbio (1999, p. 81 e ss); Diniz (1994, p. 67e ss); Kelsen (2003, p. 228 e ss.) e Nunes (2003, p. 198 e ss.).

¹⁸⁶ Na ordem jurídica brasileira, encontra assento no § 1º, do art. 2º da LICC, que dispõe: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”

Ao encerrar este tópico, importa ressaltar, como Robert Alexy faz, que tratando-se de um conflito de regras, o fundamental é que se trata de uma decisão acerca da validade da regra (ALEXY, 2002, p. 88). Pois, como o conflito se trava entre direitos definitivos, admitir a contradição significaria que algo é permitido e proibido ao mesmo tempo, algo inadmissível para a unidade do sistema. Como apenas uma das regras pode ser considerada válida, a contradição se elimina pela proclamação de invalidade e a expulsão das demais regras da ordem jurídica.

3.5.2.2 A colisão de direitos fundamentais

Viu-se que os princípios são normas abertas, que não determinam direta e especificamente a conduta a adotar, mas fornecem razões que devem ser consideradas quando da aplicação e, enquanto mandados de otimização, devem ser realizados na maior medida possível, admitindo adimplemento gradual, consoante as possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2002, p. 86). Por conseguinte, são mandados relativos, que só podem dar origem a direitos relativos ou direitos *prima facie*.

Já se falou que a multiplicidade e a diversidade de direitos fundamentais, típicas das sociedades pluralistas, que convivem pacificamente no plano abstrato, provocam tensões e antagonismos quando da incidência sobre situações concretas. Por isso, Robert Alexy é enfático ao afirmar: “não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão. Nem isso pode existir” (ALEXY, 1998, p. 2).

As colisões de direitos fundamentais são classificadas em dois tipos distintos: as colisões de direitos fundamentais em sentido estrito, aquelas que envolvem exclusivamente o confronto de direitos fundamentais, e as colisões de direitos fundamentais em sentido amplo, relativas ao confronto de direitos fundamentais com outras normas ou princípios que protejam interesse comum (ALEXY, 1998, p. 2-5). As primeiras ocorrem quando o exercício de um direito fundamental por um determinado titular viola os direitos fundamentais de outro titular, e podem dar-se entre direitos fundamentais idênticos ou entre direitos fundamentais diferentes. As

segundas caracterizam-se pela “[...] colisão de direitos fundamentais com *valores*”¹⁸⁷ protegidos pelo interesse público ou pelo interesse coletivo” (ALEXY, 1998, p. 4, grifo nosso) e são possíveis devido à proteção que a Constituição confere a outros bens jurídicos.

Riccardo Guastini, por seu turno, explica que as colisões de princípios apresentam três características básicas: são antinomias entre normas contemporâneas de idêntico *status* na hierarquia de fontes; são antinomias em concreto, ocorrem no momento da aplicação, e são antinomias do tipo eventual (GUASTINI, 2001, p. 142).

A colisão de princípios, todavia, não se trata, à semelhança das regras, de um confronto de natureza biunívoca (cumprimento ou descumprimento; incidência ou não incidência; validade ou invalidade), em primeiro lugar, porque não há como questionar a validade¹⁸⁸ dos direitos fundamentais em colisão, pois esta só é possível entre direitos ou princípios igualmente válidos (ALEXY, 2002, p. 89); em segundo lugar, porque se confrontam dois ou mais “mandados de otimização”, isto é, normas que pelo seu caráter *prima facie* devem ser realizadas na maior medida possível, e a decisão da colisão só poderá ocorrer depois de consideradas as razões de todos os princípios envolvidos.

Desse modo, o critério subsuntivo típico da concretização das regras é inadequado para a concretização dos direitos fundamentais, pois, no caso, não se trata de “encaixar” a situação fática numa determinada descrição abstrata, mas de determinar de forma avaliativa qual dos princípios, abstratamente com a mesma importância, deve prevalecer na situação concreta, por ser o que melhor se ajusta às

¹⁸⁷ De salientar que o texto de onde se extraiu esta citação, se trata da tradução de uma Palestra proferida por Robert Alexy, junto à Fundação Casa de Ruy Barbosa. Crê-se que o uso da palavra “valores”, quando mais condizente com a teoria alexyana seria a referência a “bens” ou “direitos”, pode tratar-se de um “vício” de tradução, ou seja, é bem possível que não haja correspondência entre a palavra traduzida como “valores” e a palavra estrangeira utilizada originalmente.

¹⁸⁸ Daniel Sarmento demonstra bem a incapacidade dos critérios de validade tradicionais de darem conta das colisões entre direitos fundamentais: refuta o cronológico, uma vez que as normas constitucionais são editadas em um único momento, ficando a única exceção por conta das emendas constitucionais, que se ferirem cláusula pétrea são passíveis de controle de constitucionalidade e proclamadas inválidas pelo critério hierárquico; pouca utilidade atribui à especialidade, pela incoerência de antinomias do tipo geral-especial no campo constitucional; tampouco serve o critério hierárquico, já que as normas constitucionais estão todas no mesmo nível hierárquico (SARMENTO, 2003, p. 27 e ss). No mesmo sentido, Guastini (2001, p.145).

possibilidades fático-jurídicas existentes, sacrificando o menos possível os demais princípios em tensão.

De qualquer modo, a prevalência e a aplicabilidade de um princípio, numa dada situação concreta, não significa a produção de um resultado definitivo extensível a todas as outras situações fáticas, pois a solução da colisão não passa pela invalidação e afastamento de um princípio do mundo jurídico, mas implica que, considerando as circunstâncias específicas do caso, se ponderem os princípios opostos, abstratamente com o mesmo “peso”, e se verifique “[...] *qual possui maior peso no caso concreto*”¹⁸⁹ (ALEXY, 2002, p. 90, grifos no original).

Assim, a precedência concreta de um princípio sobre outro está condicionada a certas circunstâncias fáticas e jurídicas que devem ser investigadas durante o processo de solução. Para isso se aplica a “Lei da colisão”, segundo a qual não há entre os princípios, diferentemente das regras, uma relação de precedência incondicionada (prévia, *a priori*), mas uma precedência condicionada, verificada após o surgimento da colisão, em caráter concreto.

A relação de precedência condicionada, explica Geovany Cardoso Jevaux,

[...] diz respeito às condições sobre as quais um princípio precede outro numa colisão resolvida no caso concreto. É concreta e relativa, porque só é utilizada no caso concreto e porque não tem caráter absoluto. Portanto, não garante sempre o mesmo resultado. Já a relação de precedência incondicionada é abstrata e absoluta, ou seja, pode ser estabelecida para a mera hipótese de conflito e leva a um resultado absoluto, ou seja, previamente previsto (JEVEAUX, 2004, p. 12).

Estabelecer uma relação de precedência condicionada, portanto, exige um procedimento específico, completamente distinto da subsunção, a chamada ponderação de princípios e bens, o procedimento racional que permitirá, numa situação concreta, determinar qual o princípio de maior peso e que por isso deve prevalecer. Deste procedimento se trata no tópico seguinte.

¹⁸⁹ Tradução nossa. No original: [...] *posee mayor peso en el caso concreto*.

3.5.3 Ponderação: procedimento de solução da colisão de direitos fundamentais

Como se viu, o núcleo da diferença entre regras e princípios está em que os princípios são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas, se apresentando, por conseguinte, como mandados de otimização que se caracterizam por admitirem cumprimento em diversos graus e porque o seu cumprimento depende não apenas das possibilidades fáticas, mas principalmente das possibilidades jurídicas, cujo campo é determinado através de princípios e regras que se lhes contrapõem (ALEXY, 1988, p. 143).

A partir dessas características, diz Robert Alexy que todas as colisões de direitos fundamentais, apesar dos diferentes tipos possíveis, apresentam um ponto em comum: “todas as colisões somente podem ser superadas se se impõem a um dos lados ou aos dois lados envolvidos na questão restrições ou sacrifícios” (ALEXY, 1998, p. 6). Assim, independentemente do tipo de colisão, a solução é a mesma. Logo, a questão não é saber o que fazer para acabar com a colisão, mas como fazer, ou seja, como saber qual o direito fundamental que deve ceder perante o outro.

Como não existe uma escala abstrata de direitos fundamentais e todos gozam do mesmo *status* jurídico, otimizar ou estabelecer a maior medida possível de um direito, o que é o mesmo, só é possível no momento da sua aplicação. Na hipótese de colisão de direitos, como as possibilidades jurídicas de cumprimento de um direito são limitadas pelo outro e vice-versa, a otimização exige um procedimento mais complexo do que a subsunção, que permita olhar o fenômeno de um modo multidimensional, permitindo que se analisem e considerem as razões de todos os direitos envolvidos, de modo a poder decidir qual o princípio que deve prevalecer, por ser o que mais “pesa” na solução daquela situação concreta. Tal procedimento é conhecido por ponderação (por meio da “metáfora do peso”).

É a estrutura do procedimento da ponderação de direitos ou de bens que Robert Alexy vai desenvolver, de modo a tornar esse procedimento uma técnica racional e,

portanto, capaz de dar uma resposta científica para a solução da colisão de direitos fundamentais e afastar as objeções daqueles que dizem que se trata de técnica sujeita ao arbítrio de quem a realiza, ou seja, puro subjetivo ou decisionismo judicial. Nesse intuito, o autor aponta que as colisões de direitos podem ser resolvidas pelo estabelecimento de uma “relação condicionada de precedência”, a chamada “lei de colisão” (ALEXY, 2002, p 90), que vai conduzir à elaboração de uma regra concreta, resultado da ponderação, que transforma o direito *prima facie* em direito definitivo. Por isso, a “lei de colisão” é definida como “as condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que exprime a consequência jurídica do princípio precedente” ¹⁹⁰ (ALEXY, 2002, p. 94).

Até o estabelecimento da “relação condicionada de precedência” o procedimento de ponderação passa por três etapas distintas, que consistem nos desdobramentos da máxima da proporcionalidade, ou seja, é por meio da aplicação concreta da máxima da proporcionalidade que se vai descobrir qual dos princípios deve prevalecer, isto é, qual dos princípios vai preceder os demais no caso concreto que deve ser decidido.

Doutrinariamente, são várias ¹⁹¹ as denominações utilizadas para nominar o que Robert Alexy designa de “máxima da proporcionalidade”. É importante lembrar, todavia, que o autor usa a expressão acima com um sentido específico, e que ele próprio se encarrega de explicar que não é um princípio, pois se trata de um critério de decisão entre princípios colidentes e não de um princípio que colida com outro(s)

¹⁹⁰ Tradução nossa. No original: *Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.*

¹⁹¹ Na verdade, existe uma profusão de terminologias ao tratar do tema da proporcionalidade. Sobre o assunto ver nota 55 (p.) deste trabalho e, mais profundamente, Bonavides (2005, p. 402 e ss.). Mesmo em relação à proporcionalidade propriamente dita, há divergências quanto à sua classificação, uns a vêem como máxima, outros como princípio, outros como regra e outros como postulado. Constatou-se que, nos próprios textos de Robert Alexy, se usam as diferentes nomenclaturas apontadas. Assim, na **Teoria de los derechos fundamentales** encontram-se “máxima da proporcionalidade” e “regra da proporcionalidade” (ALEXY, 2002, p. 111 e outras); no texto *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica* encontram-se as expressões “princípio da proporcionalidade”, “subprincípios” e “princípios parciais” (ALEXY, 1988, p. 147); na *Palestra Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais* é a vez da expressão “postulado da proporcionalidade” (ALEXY, 1998, p. 10); no texto *Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional* preferiu-se “regra da proporcionalidade” (ALEXY, 1994, p. 46). Destaca-se, novamente, que como se tratam de traduções pode ser que, em alguns casos, não haja uma correspondência fiel entre as expressões estrangeiras e as expressões originalmente usadas pelo autor.

princípio(s). Além disso, explica que não se trata de ponderar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito com qualquer outro bem ou direito, mas de verificar se essas máximas parciais são satisfeitas ou não, para desse modo fazer surgir a regra que transformará o direito *prima facie*, contido no princípio, num direito definitivo. Diz o autor:

A máxima da proporcionalidade é geralmente chamada "princípio de proporcionalidade". No entanto, não se trata um princípio no sentido aqui exposto. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas em face de qualquer coisa diferente. Não é que umas vezes tenham precedência e outras não. Antes, o que se pergunta é se as máximas parciais são satisfeitas ou não, e a sua não satisfação tem por consequência a ilegalidade. Por conseguinte, as três máximas parciais têm de ser catalogadas como regras ¹⁹² (ALEXY, 2002, p. 112. nota 84).

De forma mais explícita, ensina Geovany Cardoso Jevaux que Robert Alexy se preocupou em chamar a proporcionalidade de máxima e não de princípio, por três simples razões:

1) a proporcionalidade é um critério de decisão entre princípios colidentes; 2) de tal decisão surgirá uma regra e um direito definitivo; 3) a proporcionalidade não entra em colisão com nenhum princípio. Logo, a máxima da proporcionalidade deve ser encarada como regra, e não como princípio [...]. (JEVEAUX, 2004, p. 16).

A máxima da proporcionalidade, portanto, é que informa as etapas do procedimento de ponderação, que Rober Alexy chama de "estruturas de ponderação", e compreende três submáximas ou máximas parciais, a saber: (1) a adequação; (2) a necessidade e (3) a proporcionalidade em sentido estrito, ou ponderação propriamente dita (ALEXY, 1988, p. 147).

As máximas da adequação e da necessidade dizem respeito à otimização com relação às possibilidades fáticas, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito se refere à otimização em relação às possibilidades jurídicas (ALEXY, 2002, p. 112-114). A ordem das etapas é pré-definida, o que significa dizer que a adequação

¹⁹² Tradução nossa. No original: *La máxima de proporcionalidad suele ser llamada "principio de proporcionalidad". Sin embargo, no se trata de un principio en el sentido aquí expuesto. La adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no son ponderadas frente a algo diferente. No es que unas veces tengan precedencia y otras no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto, las tres máximas parciales tiene de ser catalogadas como reglas.*

precede a necessidade e as duas precedem a proporcionalidade em sentido estrito, porém, devido ao caráter subsidiário,

[...] a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade (SILVA, L. V. A.,¹⁹³ 2002, p. 34).

O procedimento da ponderação pode, então, ser descrito da seguinte forma:

1) primeira fase – regra da adequação ou da conformidade – Identificada a colisão de direitos fundamentais, cumpre ao intérprete verificar o equilíbrio da relação meio-fim, ou seja, a verificação de que o meio utilizado tem aptidão para alcançar os objetivos visados, ou para fomentar¹⁹⁴ o desenvolvimento dos mesmos. Em suma, se as medidas tomadas se mostram capazes de garantir os resultados pretendidos, ou seja, o exercício ou a realização do direito ou do bem que se pretende. Se nesta etapa o meio empregado para a realização de um dos princípios em colisão se mostrar inadequado, o procedimento acaba aqui, prevalecendo o outro princípio. Porém, se os meios adotados para a realização de ambos os princípios se mostrarem adequados, é necessário avançar para a fase seguinte (JEVEAUX, 2004, p. 17);

2) segunda fase – regra da necessidade, da exigibilidade da menor ingerência possível, ou da escolha do meio mais suave – cumpre perquirir se o meio utilizado para a concretização do direito fundamental é efetivamente indispensável ou se pode ser substituído por outro meio também eficaz, mas que afete menos os demais direitos envolvidos na colisão. Em suma, o ato que limita o direito fundamental é considerado “[...] necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor

¹⁹³ Luís Virgílio Afonso da Silva, discípulo e orientando de Robert Alexy, no artigo *O proporcional e o razoável* (RT, 2002, p. 23-50), desenvolve, a partir de dois julgamentos do STF (ADC 9-6, racionamento de energia, e ADIn 855-2, pesagem de botijões de gás), de forma bem interessante, uma análise da aplicação prática da máxima da proporcionalidade e dos elementos que a integram.

¹⁹⁴ Luís Virgílio Afonso da Silva, a partir do significado do verbo *fördern* (fomentar ou promover, não alcançar), defende, com base em Borowski, que meio adequado é não só o que propicia alcançar os objetivos propostos, mas também aquele que os promove e fomenta, ainda que os objetivos não sejam plenamente atingidos (SILVA, L. V. A., 2002, p. 36).

medida, o direito fundamental atingido” (SILVA, L. V. A., 2002, p. 38). O que significa, no dizer do Min. Marco Aurélio, que

[...] a medida escolhida não deve exceder ou extrapolar os limites indispensáveis à conservação do objetivo que se pretende alcançar. Com esse subprincípio, o intérprete reflete, no caso, se não existem outros meios não considerados [...] que poderiam igualmente atingir o fim almejado, a um custo ou a um dano menor aos interesses dos cidadãos em geral (STF, HC n. 82.424-RS, p. 41 do voto).

Nesta etapa do procedimento, cuida-se, então, de cotejar as medidas tomadas com outras medidas susceptíveis de conduzirem aos mesmos resultados, causando menos lesão aos direitos opostos. A colisão pode ou não acabar nesta fase, pois se algum dos meios adotado se revelar desnecessário, por existir outro menos gravoso, a colisão se resolve a favor do direito que lançou mão do meio necessário; se ambos os direitos adotaram os meios necessários a colisão continua para a fase seguinte (JEVEAUX, 2004, p. 18);

3) terceira fase – regra da proporcionalidade em sentido estrito, da “justa medida” ou lei da ponderação – é a fase final do procedimento de ponderação, onde o intérprete deve examinar a proporcionalidade entre a lesão/restricção ao direito e o resultado obtido (relação custo-benefício), cumprindo a “lei da ponderação”, que consiste em sopesar a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido com a importância da realização do direito fundamental colidente, o que, por seu lado, justifica a adoção da medida restritiva (SILVA, L. V. A., 2002, p. 40), e que Robert Alexy enuncia da seguinte forma: “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro” ¹⁹⁵ (ALEXY, 2002, p. 161). Como o autor explica, a lei de ponderação indica que o grau de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro, pondo a descoberto que o peso de um princípio não é determinado em si mesmo, mas no caso concreto em relação aos princípios colidentes.

Para Riccardo Guastini, a ponderação consiste em:

¹⁹⁵ Tradução nossa. No original: *Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.*

[...] instituir entre os dois princípios em colisão uma *hierarquia axiológica móvel*. Instituir uma *hierarquia axiológica* consiste em atribuir a um dos dois princípios em conflito um maior ‘peso’, é dizer, maior valor em relação ao outro. No caso, o princípio dotado de maior valor prevalece, no sentido de que é aplicado; o princípio axiologicamente inferior sucumbe, não no sentido de que se torna inválido ou ab-rogado, mas no sentido de que é deixado de lado¹⁹⁶ (GUASTINI, 2001, p. 145, grifo nosso).

A idéia da ponderação como processo de instituição de uma *hierarquia axiológica móvel* desenvolvida por Riccardo Guastini, perfeitamente compatível com a teoria dos valores ou ordem hierárquica de valores constitucionais, apesar da aparente proximidade, não se coaduna com a teoria desenvolvida por Robert Alexy, que não fala de valores, mas de bens e direitos institucionalizados e, desde o início de sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*, se autodefiniu “herdeiro” da Jurisprudência dos Conceitos. Tanto assim que, como se viu há pouco, não fala em hierarquia, mas em *relação de precedência* concreta de um princípio/bem sobre outro, condicionada pelas circunstâncias fático-jurídicas presentes.

Apesar disso, a idéia da *hierarquia axiológica* é repetida por diversos autores, inclusive por José Joaquim Gomes Canotilho, que não esconde a influência que sobre ele exercem as idéias de Robert Alexy, a ponto de declarar:

O discurso do texto deixa entrever algumas mudanças de posição teóricas relativas a posições anteriores. Assim, passou-se a manejar o conceito de “ponderação de bens” como instrumento metódico de investigação e decisão que não tem de estar necessariamente ancorado numa teoria dos valores (*Wertordnung*), aqui decididamente rejeitada, quer no plano histórico quer no plano metodológico (como ordem hierárquica de valores constitucionais). [...] nesse sentido, aproximamo-nos da proposta de R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, a favor de uma “teoria alargada do *Tatbestand*” [suposto de fato] e da utilidade da *Abwägung* [sopesamento, máxima da proporcionalidade] [...] (CANOTILHO, 2003, p. 1283, grifo nosso).

Mas, que, em outro ponto da sua obra, não hesita em afirmar:

Por isso, a ponderação reconduz-se, no fundo, como já foi salientado na doutrina (Guastini), à criação de uma hierarquia axiológica móvel entre princípios conflitantes. *Hierarquia*, porque se trata de estabelecer um “peso” ou “valor” maior ou menor entre princípios. *Móvel*, porque se trata de

¹⁹⁶ Tradução nossa. No original: [...] instituir entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil. Instituir una jerarquía axiológica consiste en atribuir a uno de los dos principios en conflicto mayor ‘peso’, es decir, mayor valor, respecto del otro. El principio dotado de mayor valor prevalece, en el sentido de que es aplicado; el principio axiológica mente inferior sucumbe – no en el sentido de que resulte invalidado o abrogado, sino – en el sentido de que se deja de lado.

uma relação de valor instável, que é válida para um caso concreto, podendo essa relação inverter-se noutro caso (CANOTILHO, 2003, p. 1241, grifos do autor).

Explica Luís Virgílio Afonso da Silva que, para que a medida seja considerada desproporcional, não é necessário que provoque a não-realização de um direito fundamental ou que atinja o núcleo essencial de algum desses direitos, basta que a importância da realização do direito fundamental não seja suficiente para justificar a limitação/restricção imposta (SILVA, L. V. A., 2002, p. 41).

Lembra Robert Alexy que a “lei da ponderação” ou regra da proporcionalidade em sentido estrito, apesar de não fornecer um procedimento definitivo de decisão, fornece a racionalidade necessária ao processo de ponderação, no momento em que informa o que é importante nas ponderações, respectivamente, o grau de afetação e de importância dos direitos fundamentais (ALEXY, 2002, p. 164 e ss.). São esses enunciados que necessitam de fundamentação racional, para que o enunciado de precedência condicionada, resultado da ponderação, seja um enunciado racional.

Ensina Geovany Cardoso Jevaux que o que a lei da ponderação procura é “[...] explicar racionalmente o grau de importância das consequências jurídicas de ambos os princípios em colisão”, ou seja, “[...] coloca as consequências jurídicas dos princípios ainda em colisão numa balança (metáfora do peso), a fim de precisar qual delas é racionalmente mais importante naquele caso concreto” (JEVEAUX, 2004, p. 18).

Segundo o próprio Robert Alexy, a ponderação comporta três passos distintos: (1) determinar a intensidade da intervenção, que corresponde ao grau de insatisfação ou de afetação (prejuízo) de um dos princípios; (2) definir a importância das razões que justificam a intervenção, ou seja, o grau de satisfação do princípio contrário; (3) ponderar se a importância da satisfação de um princípio justifica a afetação ou a não-realização do outro (ALEXY, 1998, p. 10; 1999, p. 78; 2002, p. 32).

Como produto de toda essa dialética, surge uma regra concreta, um “enunciado de preferência referido a um caso concreto” (PIETRO SACHIS, 2003, p. 234), que cristaliza a otimização das possibilidades fáticas (adequação e necessidade) e

jurídicas (sopesamento entre os princípios contrapostos) presentes e permite a passagem de juízos *prima facie* a juízos concretos de dever-ser.

Por isso, Robert Alexy afirma que "princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo e outro, metodológico" sendo a ponderação "o procedimento para a solução de colisões de princípios" (ALEXY, 1999, p. 75) e a aplicação da regra da proporcionalidade uma exigência lógica da "[...] estrutura de princípios das normas de direitos fundamentais (ALEXY, 1999, p. 77)".

Ao finalizar a elaboração deste item do trabalho, sobre a estrutura da norma de direito fundamental, julga-se possível resumir o que foi dito no seguinte quadro sinótico, elaborado a partir de um outro quadro geral de autoria do Orientador deste trabalho (JEVEAUX, 2004, p. 11-12).

Quadro Sinótico 1

	<i>PRINCÍPIOS</i>	<i>REGRAS</i>
Natureza jurídica	Direito positivo Norma	Direito positivo Norma
Tipo de norma	Mandado deôntico fraco (maior discricionariedade)	Mandado deôntico fraco (maior autoridade)
Tipo de dever ser	Mandado de otimização (dependência das possibilidades fático-jurídicas)	Mandado de definição (válido ou inválido)
Características da norma	Baixa densidade (alta generalidade e abstração, baixa determinabilidade)	Alta densidade (menor generalidade e abstração, alta determinabilidade)
Natureza dos direitos estabelecidos	Direitos <i>prima facie</i> ou relativos	Direitos definitivos (salvo regra de exceção = direito <i>prima facie</i> mais forte)
Hierarquização	Não existe hierarquia, normas com igual <i>status</i> constitucional	Admitem hierarquia
Realização/ concretização	Gradual	Plena ou Nula (cumprimento ou descumprimento)
Confronto	Colisão (tensão)	Conflitos
Solução do confronto (procedimento)	Ponderação	Subsunção
Critério de solução	Dimensão do "Peso" : regra da proporcionalidade e seus elementos	Dimensão da validade/invalidade: regras da temporalidade, especialidade e hierarquia.
Destino norma preterida	Permanece direito <i>prima facie</i>	Eliminação da regra do mundo jurídico (salvo regra de exceção, quando permanece no sistema)

4 O SIGNIFICADO E ALCANCE DA EXPRESSÃO *LEI* NO ENUNCIADO NORMATIVO CONSTITUCIONAL?

Tal como destaca Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a noção de lei não é fácil de determinar, pois o termo é usado em múltiplos sentidos.(FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 233). Na linguagem comum, lei sugere a idéia de ordenação, a ordem estabelecida a partir da regularidade de determinado fenômeno, “a constância na variedade” (SILVA, D. P., 2001, p. 481). Nesse sentido, se fala, por exemplo, de leis naturais, de leis científicas, de leis sociais e de leis jurídicas, expressando os modos como a natureza, a ciência, a sociedade e o direito enunciam e descrevem os requisitos e condições que regem as relações constantes entre os diversos fenômenos.

Mesmo no âmbito técnico-jurídico, o termo lei apresenta uma polissemia que impossibilita qualquer tentativa de elaborar uma conceituação única. Em regra, seu significado varia de acordo com a disciplina jurídica em que o conceito é elaborado, ou seja, altera-se consoante seja tratado pela Teoria Geral do Direito, pela Teoria Geral do Estado ou por qualquer outro ramo da Ciência Jurídica ¹⁹⁷. Assim, tanto pode significar uma das fontes do direito, uma das formas de constituição do jurídico ou, como diz Miguel Reale, um dos “processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória [...]” (REALE,1983, p. 140), quando divide o espaço com os usos e costumes (tradição), a jurisprudência, a autonomia da vontade e a doutrina ¹⁹⁸, como pode significar o ato estatal fruto do exercício do Poder Legislativo, distinto da manifestação de vontade do Executivo, os atos administrativos, e do Judiciário, os atos jurisdicionais; como pode referir-se a todo o ordenamento jurídico positivo, o conjunto de normas jurídicas vigentes num determinado país, ou, mesmo, ao Direito como um todo.

Enquanto fonte do direito, “a lei é a forma de que se reveste a norma ou um conjunto de normas”, é “o *revestimento* estrutural” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 233), a seqüência de procedimentos institucionalizados que lhe conferem o caráter jurídico.

¹⁹⁷ Sobre a variação de sentido da lei de acordo com a disciplina ver Miranda (2004, p. 123 e ss).

¹⁹⁸ Não há unanimidade quanto à doutrina ser fonte do direito. Em sentido positivo, BONAVIDES (2005, p. 53); em sentido contrário REALE (1983, p. 175-176).

E, desde a implantação do Estado de Direito, alicerçado na racionalidade do direito, no princípio da separação dos poderes, na separação Estado-sociedade e nos direitos fundamentais de liberdade, é o modo mais importante de manifestação do Direito.

Do princípio da separação dos poderes deriva, exatamente, o sentido de lei como ato do Poder Legislativo, pois para impedir a concentração do Poder estatal numa só pessoa ou órgão e, conseqüentemente, limitar o Poder político coibindo os abusos e garantindo as liberdades individuais, é necessária a distinção material das funções estaduais e a sua distribuição por órgãos distintos e independentes (PIÇARRA, 1989, p. 12-13), o que é conseguido por meio da distribuição constitucional de competências, numa estrutura orgânico-funcional em que o Poder estatal é repartido entre Legislativo, Executivo e Judiciário.

Como ensina Nuno Piçarra,

[...] A cada “poder”, órgão ou complexo orgânico unificado corresponderia exclusivamente uma função estadual materialmente definida [...].
A função legislativa era materialmente definida como aquela pela qual o Estado constitui e modifica o ordenamento jurídico mediante a edição de normas gerais, abstractas e inovadoras desse ordenamento; a função jurisdicional era materialmente definida como aquela que se destina à conservação e à tutela do ordenamento jurídico mediante o proferimento de decisões individuais e concretas, dedutíveis das normas gerais, declarando a conformidade ou a não conformidade dos factos com estas e determinando as eventuais conseqüências jurídicas; a função executiva ou administrativa, por sua vez, era materialmente definida como aquela mediante a qual o Estado realiza os seus objectivos, de forma semelhante aos particulares, actuando concretamente mediante decisões e operações materiais, nos limites assinalados pelas normas jurídicas (PIÇARRA, 1989, p. 248).

A constatação de que havia atos intrinsecamente iguais, provenientes de órgãos estatais diferentes, fez com que à classificação material se acrescentasse uma classificação formal-subjetiva de acordo com a qual,

[...] toda a actividade desenvolvida pelos órgãos legislativos, mesmo que não consistisse na emanação de normas jurídicas seria considerada como formalmente legislativa. Toda a actividade desenvolvida pelos tribunais, incluindo administração patrimonial, jurisdição voluntária e sentenças normativas, seria considerada como formalmente jurisdicional. Finalmente, toda a actividade dos órgãos executivos, mesmo se substancialmente normativa, seria considerada formalmente executiva ou administrativa (PIÇARRA, 1989, p. 248).

Nesse sentido formal e restrito, a lei, como prescrição normativa própria e exclusiva do Legislativo e elaborada segundo formas e procedimentos constitucionalmente previstos, se reveste de forma unitária e se apresenta dotada de caráter geral e abstrato, um “instrumento neutro incindível de fins permanentes e universais” (MIRANDA, 2004, p. 130) a serviço do Estado Liberal, o que demonstra a presença de um elemento político, ou seja, a vinculação a uma finalidade específica (bem comum, justiça, segurança etc), e de um elemento material, uma qualidade intrínseca, consubstanciada na generalidade e abstração. Elementos subjacentes a todo o conceito de lei, que José Joaquim Gomes Canotilho ¹⁹⁹ não deixa de ressaltar, e que, segundo o mestre coimbrão, durante o séc. XIX, de instrumento de reforma transformaram a lei em *instrumento de conservação* a serviço da burguesia (CANOTILHO, 1983, p. 612).

A consciência da presença do elemento material e os interesses políticos levaram a uma nova classificação ²⁰⁰, que toma como referência os centros produtores do direito e chega a um conceito dualista de lei, distinguindo lei formal de lei material, e que, como salienta Tércio Sampaio Ferraz Júnior, é utilizada até hoje (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 224).

As leis formais ou solenes ²⁰¹, já definidas acima, têm como pontos de referência: a elaboração pelo órgão ou órgãos legislativos e a observância do processo legislativo estabelecido na Constituição. Destarte, só “[...] é lei aquela que na sua feitura obedeceu aos rigores exigidos para a sua formação, independentemente da matéria que por ela seja veiculada” (TAVARES, 2003, p. 904).

¹⁹⁹ Ensina que: “Falar da superioridade da lei e do parlamento é falar da ascensão vitoriosa da classe burguesa; exigir que a lei fosse geral e se limitasse à definição das bases gerais dos regimes jurídicos, estava em perfeita consonância com o postulado da abstinência estadual de uma sociedade imóvel e imutável; falar da preferência da lei, do seu caráter primário, em oposição ao caráter derivado dos regulamentos e actos administrativos, era exprimir, muitas vezes, sobretudo nas estruturas dualísticas, o confronto do Governo e da burocracia com o órgão da sociedade civil (parlamento); considerar necessária a autorização legal para certas actuações do executivo, significa assegurar à classe burguesa a escolha política expressa na lei; dizer que a regulamentação dos serviços do Estado era do domínio do “não direito” equivalia a deixar em liberdade os detentores do poder quanto à sua própria regulamentação; identificar a lei com a cláusula da liberdade e propriedade, correspondia a transformar a lei em instrumento dos privilégios de classe (CANOTILHO, 1981, p. 612).

²⁰⁰ Sobre o assunto ver, entre outros: Canotilho (2003, p. 715 e ss.; 1981, p. 607); Miranda (2004, p. 133 e ss); Ferraz Jr. (2003, p. 224 e ss.); Tavares (2003, p. 903 e ss.).

²⁰¹ Assim denominadas por Ascensão (1980, p. 236).

Por sua vez, são leis materiais todas aquelas que, independentemente da forma e do poder estatal de onde emanam, apresentam o caráter de norma jurídica (CANOTILHO, 1981, p. 607), ou seja, reúnem a qualidade intrínseca de lei. Existem divergências quanto ao elemento intrínseco caracterizador. Pela relevância, duas posições são aqui referenciadas:

- 1) Originalmente, afeto ao Estado Liberal, viu-se que foi apontado como o traço distintivo da juridicidade o seu caráter geral, ou seja, a força vinculante que recai sobre todos quantos se encontrem nas condições por ela regulada;
- 2) mais recentemente, a evolução da estrutura estatal e, principalmente, a necessidade de intervenção ativa do Estado nos domínios econômico e social, impuseram que se desse à Administração Pública (Executivo) competências normativas diversas, ocasionando a diáspora legislativa, que Jorge Miranda chama de “pulverização decisionista” (MIRANDA, 2004, p. 131), por meio dos fenômenos da desconcentração²⁰² e da descentralização²⁰³ normativa (CANOTILHO, 2003, p. 703), que exigiu um novo elemento diferenciador: o *caráter inovador* ou *da novidade*, desenvolvido pela doutrina juspublicística germânica a partir do conceito de ato jurídico, que defende que lei material é toda a regra que cria direito²⁰⁴ (CANOTILHO, 2003, p. 716; 1981, p. 608), é “[...] a lei que traz algo de novo ao mundo jurídico, seja regra geral ou mesmo individual” (TAVARES, 2003, p. 905) e que no Brasil foi abraçada por Miguel Reale, que expressamente declara:

Lei, no sentido técnico desta palavra, só existe quando a norma é *constitutiva de direito*, ou, esclarecendo melhor, quando ela introduz algo de novo com caráter obrigatório no sistema jurídico em vigor, disciplinando comportamentos individuais ou atividades públicas [...] (REALE, 1983, p. 163, grifo no original).

²⁰² Transferência de competências normativas aos órgãos executivos e administrativos.

²⁰³ Admissibilidade de estruturas políticas autônomas de natureza territorial com poderes legislativos e regulamentares, como as regiões autônomas e os municípios nos Estados unitários e os estados membros e municípios nos Estados federativos, como o Brasil.

²⁰⁴ Posição que José Joaquim Gomes Canotilho critica abertamente, apontando a insuficiência de qualquer um dos critérios usados para caracterizar a lei material e pontuando que, mais do que um conceito jurídico, novamente se trata de um conceito político, cuja finalidade é a de superar a rigorosa divisão dos poderes e de conferir aos Governos (Executivo) parcela do poder legiferante (1981, p. 609).

Assim, em sentido material, é *lei todo o ato normativo que inova a ordem jurídica*, independentemente do centro positivador de que derive.

Se se pensar no pluralismo jurídico do Estado pós-moderno, que reconhece a quebra do monopólio das funções normativas do Legislativo e do Executivo, que admite a existência do direito judicial, da normatização privada e, os mais ousados, de um direito “paralelo”, “informal”, infra-estatal, definido por Boaventura Souza Santos “como ordens jurídicas locais, com ou sem base territorial, regendo determinadas categorias de relações sociais [...]”²⁰⁵, (SANTOS, 2000, p. 171) que admite, portanto, a pluralidade de centros criadores do jurídico e a convivência de centros heterônomos e autônomos de positivação, talvez o sentido de lei como ato normativo capaz de alterar a vida jurídica das pessoas (lei material) seja o que melhor responde às necessidades atuais.

De salientar, que mesmo o sentido formal de lei foi afetado com a proliferação dos centros decisórios. Sofreu um processo de alargamento que pode ser constatado nos textos constitucionais: além dos atos normativos exclusivos do Parlamento, o processo legislativo constitucional passou a contemplar atos normativos próprios do Poder Executivo, assim como matérias de iniciativa privativa deste. O que pode ser aferido pelos arts. 59 e 61, § 1º da atual Carta Constitucional brasileira. O primeiro informa quais as normas que integram o processo legislativo, respectivamente: “a elaboração de: emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; *leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções*” (grifo nosso). Ora, sabe-se que leis delegadas (CF, art. 68) e medidas provisórias (CF, art. 62) são atos normativos típicos do Executivo e não do Legislativo. O segundo enumera as matérias em que a iniciativa legislativa é da competência privativa do Executivo.

Tal como explica José Joaquim Gomes Canotilho, “ao consagrar-se constitucionalmente uma pluralidade de *actos legislativos* (art. 112º / 1/ a), altera-se

²⁰⁵ Em **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade, Boaventura Souza Santos exemplifica com o papel de instância de resolução de conflitos entre vizinhos, desempenhado pelas associações de moradores das favelas do Rio de Janeiro e vivenciado por ele em 1970, durante os cinco meses que morou na favela do Jacarezinho, onde realizou parte da pesquisa de campo para a tese de doutorado sobre pluralismo jurídico, que desenvolvia na Universidade de Yale (SANTOS, 2000b, p. 175).

a concepção tradicional de lei (do Parlamento) como o único *acto* normativo com valor legislativo” (CANOTILHO, 2003, p. 697).

Tentando sistematizar os diferentes sentidos do vocábulo *lei*, Maria Helena Diniz aponta três acepções: (1) *sentido amplíssimo*, quando é empregada como sinônimo de ato normativo, compreendendo toda e qualquer norma jurídica ditada por qualquer uma das fontes legalmente admitidas, significando, portanto, a própria ordem jurídica; (2) *sentido amplo*, quando designa o conjunto de normas jurídicas escritas fruto da atividade legislativa estatal, envolvendo todas as espécies normativas contempladas pelo processo legislativo constitucionalmente previsto; e (3) *sentido estrito* ou *técnico*, quando indica especificamente a norma jurídica elaborada pelo Poder Legislativo (DINIZ, 1999, p. 284 e ss.).

Estes e outros sentidos são encontrados na Constituição brasileira. Se se atentar, por exemplo, para o *caput* do art. 5º, que afirma que “*todos são iguais perante a lei* [...]” (grifo nosso), e se buscar a origem histórica do princípio ali enunciado, ver-se-á que o termo *lei* naquele contexto só pode significar ordem jurídica brasileira, ou seja, o direito positivo brasileiro, enquanto conjunto de normas jurídicas vigentes no território brasileiro num determinado tempo, eis que o princípio da isonomia, desde a Revolução Francesa quando surgiu, pressupõe o rompimento das ordens jurídicas estamentais e suas desigualdades e a existência de um Direito único e certo para todos dentro do mesmo território estatal, “o *Direito Nacional*, um Direito único para cada Nação, Direito esse *perante o qual todos são iguais*” (REALE, 1983, p. 152, grifo no original).

O mesmo se diga do sentido retirado do inciso II, do mesmo artigo, que consagra o princípio da legalidade. Ousa-se aqui discordar, em parte, do professor José Afonso da Silva, que defende que, em rigor técnico, a palavra *lei*, ali utilizada, corresponde “à lei formal”, o “ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição” (SILVA, J. A., 1992, p. 367-368), correspondendo ao sentido amplo da classificação de Maria Helena Diniz.

Não há dúvida de que o termo *lei* designa, precipuamente, os atos normativos resultantes dos órgãos estatais cujo desempenho da atividade legislativa é sua função primária, consoante a repartição constitucional de competências, especificamente, os órgãos do Poder Legislativo e do Executivo.

Todavia, a mesma Constituição reconhece, além dos atos resultantes do processo legislativo, outros atos que, embora não tipicamente legislativos, inovam a ordem jurídica e vinculam todos quantos se encontrem acobertados pelas suas prescrições. São outras fontes formais positivadoras do direito, umas elaboradas pelos próprios destinatários (normas autônomas), como as convenções e acordos coletivos de trabalho (CF, art. 7º, XXVI), cujo reconhecimento constitui um dos direitos fundamentais do trabalhador; outras originárias do Poder Judiciário, como as sentenças definitivas do Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de controle de constitucionalidade que, de acordo com o § 2º, do art. 102 da CF: “[...] *produzirão eficácia **contra todos e efeito vinculante***” (grifo nosso); a Súmula vinculante instituída pelo Supremo Tribunal Federal nos moldes do art. 103-A e cujos efeitos vincularão os “[...] *demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal [...]*”; as sentenças normativas da Justiça do Trabalho, competência que desde 1988 é reconhecida pelo § 2º, do art. 114, da Constituição Federal e que, mesmo com a nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, continua implícito na expressão “decidir o conflito”.

Em face disso, considerando que o sentido de um dispositivo constitucional não se restringe à semântica dos dados lingüísticos utilizados no texto, mas deve atentar para a ordem jurídica enquanto sistema, pois nenhuma norma constitucional deve ser interpretada unicamente a partir de si mesma, mas sim a partir da visão de conjunto, isto é, a unidade da ordem jurídica estabelecida a partir da Lei Maior (HÄBERLE, 2003, p. 8). Crê-se, então, que a Constituição (art. 5º, XXXVI), ao dizer que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*” (grifo nosso), não se refere à lei em sentido formal, mas se refere *a todo o ato normativo que, ao inovar a ordem jurídica, viole algum dos institutos fundamentais ali protegidos*.

A partir das considerações feitas, não parece lógico, tampouco razoável, defender que o preceito constitucional se refira única e exclusivamente ao ato técnico advindo do Poder Legislativo, retirando o Constituinte Originário ao Legislativo sua competência primeira, quando sua ação afrontar os bens constitucionalmente protegidos, sem vincular os demais poderes do Estado, que sequer têm como atividade típica a função legislativa.

Se o objetivo é preservar um direito fundamental contra a ação do Estado, não importa de que órgão ou poder estatal provenha o ato normativo inovador, uma vez que a própria Constituição, como se viu, reconhece uma pluralidade de outros atos normativos advindos de diferentes centros positivadores e revestidos da mesma força vinculante.

Além disso, a regra é de que os direitos e garantias fundamentais não comportam interpretação restritiva. Logo, a carga semântica do termo *lei*, no preceito constitucional em análise, mais consentânea com o olhar aqui exposto, é de *lei em sentido material*, no sentido atrás explicitado.

Base indicativa e justificadora do que aqui se defende, pode ser encontrada no texto do art. 114, § 2º, *in fine*, da CF, com redação dada pela EC n. 45/2004, exatamente o texto que cuida do poder normativo dos tribunais trabalhistas, onde consta: “[...] podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, *respeitadas as disposições legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente*” (grifo nosso). Ora, apesar das controvérsias interpretativas que tem gerado, salta aos olhos a preocupação em manter os direitos sociais anteriormente adquiridos pelos trabalhadores. Clara, portanto, a intenção de resguardar, entre outros, o direito-garantia fundamental aqui analisado

Assim, defende-se que o inc. XXXVI, do art. 5º da CF/88 vincula não só o Poder Legislativo, mas todos quantos, de algum modo, tenham constitucionalmente reconhecida competência “legislativa”.

Interessa sobretudo ressaltar a atividade criadora do Poder Judiciário na aplicação e interpretação do Direito. Vai longe o tempo em que a atividade judiciária,

desprovida de discricionariedade e de iniciativa, era reduzida a um automatismo lógico de solucionar conflitos, uma atividade mecânica desenvolvida mediante um procedimento puramente silogístico: deduzir a solução a partir do enquadramento das circunstâncias fáticas (premissa menor) na previsão genérica da lei (premissa maior).

Na primeira metade do século passado (1934), na primeira versão do livro *Teoria pura do direito*, Hans Kelsen já escrevia:

O exame da gradação da ordem jurídica mostra que a oposição entre produção ou criação do Direito por um lado, e a execução ou a aplicação do Direito por outro, não tem aquele caráter absoluto que a teoria jurídica tradicional liga a esta oposição, tão importante para ela. A maior parte dos atos jurídicos é ao mesmo tempo atos de produção jurídica e atos de execução jurídica. Com cada um destes atos jurídicos é executada uma norma de grau superior, e produzida uma norma de grau mais fraca²⁰⁶ (KELSEN, 1941, p. 118).

Pensamento que, com outras palavras, repete na versão de 1960 da mesma obra:

A aplicação do direito é simultaneamente produção do direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limites – a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo – entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo o ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior (KELSEN, 2003, p. 260-261).

É de se concluir que, no corpo do art. 5º, inc. XXXVI da CF/88, o termo *lei* tem um significado que não coincide com o conceito de lei formal, mas *abrange todos os atos normativos que inovam a ordem jurídica*, compreendendo, também, os *atos normativos do Executivo e as sentenças e os acórdãos do Poder Judiciário*.

Reforça o ponto de vista aqui lançado o voto do Min. Sepúlveda Pertence, que, acompanhado por unanimidade, levou ao não conhecimento do RE n. 117991-1/DF:

²⁰⁶ Tradução nossa. No original: *El examen de la gradación del orden jurídico muestra que la oposición entre producción o creación del Derecho por un lado, y ejecución o aplicación del Derecho por otro, no tiene aquel carácter absoluto que la teoría jurídica tradicional liga a esta oposición, tan importante para ella. La mayor parte de los actos jurídicos son al mismo tiempo actos de producción jurídica y actos de ejecución jurídica. Con cada uno de esos actos jurídicos es ejecutada una norma de grado superior, y producida una norma de grado más bajo.*

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (Relator):

1. Não reduzo a dimensão constitucional da coisa julgada à salvaguarda contra a lei, como resultaria da literalidade da disposição de Lei Fundamental.

2. Ao emprestar alçada constitucional á imunidade da res iudicata em face da própria lei, a Constituição induz necessariamente à sua proteção contra atos estatais de menor gradação hierárquica no escalonamento da ordem jurídica, qual a sentença:daí não se há de extrair, contudo, a transformação do recurso extraordinário em virtual instância ordinária de revisão de toda decisão proferida nos processos de execução por título judicial, a fim de verificar a sua fidelidade, in concreto, ao julgado exequendo.

3. Estou em que só quando partir a decisão recorrida de erro conspícuo quanto ao conteúdo e à autoridade, em tese, da coisa julgada à que se terá questão constitucional a resolver em recurso extraordinário; não, porém, quando, no curso do processo executório, a decisão questionada se houver limitado á interpretação da decisão exequenda, com o fim de delimitar-lhe o alcance específico [...] (STF, RE 117.991-1/DF, Primeira Turma, J., 04.09.90, p. 193, grifos no original).

Com a fixação do significado do termo *lei* na disposição constitucional que prevê o direito-garantia da coisa julgada se encerra a segunda parte deste trabalho. Antes de ingressar na parte final, julga-se conveniente relembrar, ainda que de forma breve, o caminho percorrido até aqui, com o objetivo de facilitar a compreensão e a conexão com os conteúdos que serão tratados em seguida.

Assim, depois da contextualização do tema, viajou-se ao longo do capítulo 2 pelo conceito da coisa julgada, sua evolução e justificação, além de se tentar compreender o processo histórico que culminou na atual discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza jurídica e a possibilidade de relativização, flexibilização ou desconsideração do instituto; no capítulo 3, a partir da disposição constitucional, levou-se a cabo a caracterização da coisa julgada material como um direito-garantia fundamental, justificou-se o caráter relativo do mesmo, identificou-se o objeto e alcance da proteção constitucional, para então se descer à análise da desconsideração da coisa julgada como uma restrição não expressamente autorizada pela Constituição.

A partir da análise da estrutura da norma constitucional que prevê o direito e a garantia fundamental e da classificação destas em princípios e regras, tratou-se das colisões de princípios constitucionais e dos conflitos de regras, destacando suas características e as formas de solução. É nessa matéria que se busca fundamento e justificativa para o que se vai sustentar em relação à coisa julgada injusta e à coisa julgada inconstitucional. É, portanto, com fundamento na teoria geral dos direitos

fundamentais que se ousa tentar contribuir para a compreensão e sistematização da coisa julgada como direito-garantia fundamental e a possibilidade desse direito-garantia ser desconsiderado, para garantir a concretização de outro direito ou bem fundamental, nos casos de coisa julgada injusta, ou preservar a supremacia e integridade da Constituição, nas hipóteses de coisa julgada inconstitucional.

5 TIPOS DE DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA: COISA JULGADA INJUSTA E COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Como atrás se aludiu, é tomando por base a teoria geral dos direitos fundamentais, elaborada por Robert Alexy, que se vai tentar responder de forma fundamentada ao problema de pesquisa levantado, qual seja: o que distingue e separa a coisa julgada injusta da coisa julgada inconstitucional?

Ao chegar ao ponto principal deste trabalho de pesquisa vêem-se confirmadas duas das hipóteses levantadas: a primeira, de que a coisa julgada é um direito-garantia fundamental; a segunda, de que a coisa julgada é dotada de caráter relativo ou *prima facie*. A confirmação da primeira testemunha a importância do instituto da coisa julgada na ordem jurídica brasileira e permite dizer que, como qualquer outro direito fundamental, a coisa julgada desempenha na ordem jurídica brasileira um duplo papel ou uma dupla dimensão, para usar a expressão mais corrente: uma *de caráter subjetivo*, em que figura como o direito-garantia fundamental do cidadão de não ter sua situação jurídica afetada por um ato normativo estatal, depois de definitivamente pacificada pela concretização da coisa julgada material; outra *de caráter objetivo*, onde se apresenta como instituto jurídico genérico e abstratamente previsto, uma das colunas de sustentação da estrutura jurídica nacional. Com estrutura jurídica de princípio, apresenta, como todo o princípio, uma configuração formal diversa das restantes normas do ordenamento, as regras jurídicas, principalmente pela forma aberta e conteúdo determinável pelo contraponto com outras normas (princípios e regras) que se lhe opõem. Daí o seu caráter relativo ou *prima facie*.

Viu-se que, devido à multiplicidade e diversidade de princípios constitucionais, o chamado “*mundo del deber ser ideal*” (ALEXY, 2002, p. 133), é possível o confronto de princípios, sempre que a incidência de dois ou mais princípios sobre uma dada situação concreta conduzir soluções reciprocamente contraditórias. Como diz Robert Alexy,

Quando for necessário passar do vasto mundo do dever ser ideal ao estreito mundo do dever ser definitivo ou real, colisões se produzem ou, para utilizar outras expressões freqüentes, tensões, conflitos e antinomias. É então inevitável sopesar princípios opostos, ou seja, é necessário estabelecer relações de preferência²⁰⁷ (ALEXY, 2002, p. 133).

Como explica o autor, quando ao passar do plano ideal ao plano real ocorrem tensões, a necessidade de solucionar a questão impõe a prevalência de um princípio sobre aos demais, consoante o “peso” que cada um apresentar na situação concreta a ser resolvida, “peso” esse a ser apurado por um procedimento de ponderação para aquela situação específica, uma vez que todos os princípios ou bens fundamentais em confronto têm igual identidade constitucional, sem que exista, de forma pré-estabelecida, uma ordem de preferência geral e abstrata (lei de colisão).

Cumprir lembrar que não se trata de uma decisão de invalidação, mas de mero afastamento no caso concreto face às possibilidades fático-jurídicas presentes, uma decisão “real”, mas de “caráter incompleto” (ALEXY, 2002, p. 134), aplicável unicamente no âmbito daquela situação concreta e que de modo algum pode ser aplicada a outro caso, sem que se façam as devidas ponderações.

O que não significa que a decisão tomada no caso concreto não possa servir de indicativo para a solução de futuros casos, pois as condições de prioridade estabelecidas no sistema jurídico e as regras correspondentes proporcionam informações sobre o “peso” relativo dos princípios e, embora tais informações não permitam a elaboração de uma teoria, que determine para cada caso uma solução, abrem espaço para um procedimento de argumentação, que sem elas não existiria. É Robert Alexy quem explica:

Que as colisões entre princípios devem ser resolvidas por ponderação no caso concreto, não significa que a solução da colisão é importante apenas para o caso concreto. Ao contrário, pode-se estabelecer, por ocasião da decisão de casos concretos, relações de prioridade que são importantes para a decisão de novos casos.

[...]

As condições de prioridade estabelecidas até agora num sistema jurídico e as regras que se correspondem com elas fornecem uma informação sobre o peso relativo dos princípios. No entanto, devido à possibilidade de novos

²⁰⁷ Tradução nossa. No original: *Quando hay que pasar del amplio mundo del deber ser ideal al estrecho mundo del deber ser definitivo o real, se producen colisiones o, para usar otras expresiones frecuentes, tensiones, conflictos y antinomias. Es entonces inevitable sopesar principios contrapuestos, es decir, hay que establecer relaciones de preferencia* (ALEXY, 2002, p. 133).

casos com novas combinações de características, não se pode construir com a sua ajuda uma teoria que determina para cada caso precisamente uma decisão. Mas, de qualquer modo, abrem a possibilidade de um procedimento de argumentação que não é dado sem elas ²⁰⁸ (ALEXY, 1988, p. 146 e 147).

Fica fácil de compreender se se atentar para o exemplo mostrado por Robert Alexy, o caso *Lebach* decidido pelo TC alemão, que pode resumir-se ao seguinte: na cidade de *Lebach* quatro soldados foram mortos quando guardavam um depósito de armas do Exército, sendo as armas roubadas. Quando um dos condenados pelo crime, estava para ser libertado, um programa de televisão anunciou um documentário sobre o crime. Tentando evitar a exibição, o preso interpôs recurso de inconstitucionalidade, alegando ofensa ao princípio da personalidade e prejuízo para a sua ressocialização. Na decisão do caso o TC alemão age em três níveis: no primeiro constata a colisão entre a proteção fundamental da personalidade e a liberdade de informação; no segundo estabelece que sob uma condição determinada e relativamente abstrata, ou seja, a de uma informação atual sobre uma infração grave, existe uma prioridade princípio ou *prima facie* em prol da liberdade de informação; no terceiro nível decide finalmente que, sob quatro condições presentes no caso *Lebach*, (a) a informação televisiva repetida, (b) já não protegida por um interesse informativo atual, (c) sobre uma infração grave, (d) que põe em perigo a ressocialização do autor, prevalece o princípio da personalidade sobre a liberdade de informação. Significa, então, que sob essas quatro condições é proibida a emissão do documentário, valendo as conseqüências jurídicas do princípio predominante – a proteção da liberdade (ALEXY, 2002, p. 95 e ss; 1988, p. 146-147).

As quatro condições apontadas – informação televisiva repetida, não protegida por um interesse informativo atual, sobre uma infração grave e prejuízo para a ressocialização do autor –, formam a hipótese de fato de uma regra que determinou

²⁰⁸ Tradução nossa. No original: *El que las colisiones entre principios deban resolverse mediante ponderación en el caso concreto, no significa que la solución de la colisión sea solamente significativa para el caso concreto. Antes bien, pueden establecerse, con ocasión de la decisión para casos concretos, relaciones de prioridad que son importantes para la decisión de nuevos casos. [...] Las condiciones de prioridad establecidas hasta el momento en un sistema jurídico y las reglas que se corresponden con ellas proporcionan información sobre el peso relativo de los principios. Sin embargo, a causa de la posibilidad de nuevos casos con nuevas combinaciones de características, no se puede construir con su ayuda una teoría que determine para cada caso precisamente una decisión. Pero de todos modos, abren la posibilidad de un procedimiento de argumentación que no se daría sin ellas.*

a prevalência do princípio da personalidade sobre a liberdade de informação (lei da colisão), regra essa que, apesar de valer apenas para o caso concreto em que foi dada, fornece informações sobre o peso relativo do princípio, que podem ser utilizadas na argumentação adotada na solução de outros casos.

De volta ao direito-garantia fundamental da coisa julgada, objeto do trabalho, na qualidade de princípio fundamental, também ele pode colidir com outros direitos ou bens fundamentais e, conforme as possibilidades fático-jurídicas existentes, pode ser desconsiderado ou obrigado a ceder, quando um dos princípios opostos apresentar um “peso” maior de acordo com as singularidades do caso específico a resolver.

Às situações em que o direito-garantia fundamental da coisa julgada colidir com outros direitos ou bens constitucionais e tiver que ceder espaço para um princípio de maior “peso”, vai-se dizer que é caso de “coisa julgada injusta”.

Constatou-se, também, que, além dos princípios, as disposições constitucionais podem estatuir um outro tipo de normas, as regras constitucionais, que, ao contrário das primeiras, apresentam uma estrutura fechada, determinada e se aplicam a um rol menor e específico de situações fáticas, exigindo cumprimento pleno se forem válidas e se observarem os pressupostos fáticos de incidência.

Ocorre, como se viu um pouco atrás (item 3.5.1), que não se confundem norma de direito fundamental e o preceito ou disposição de direito fundamental, esta a expressão positiva, o texto legal que indica o que deve ser, aquela o significado, aquilo que deve ser. Em vista dessa distinção, é fácil compreender que um único preceito normativo pode conter mais de uma norma, bem como uma norma pode se encontrar disposta em vários enunciados ²⁰⁹ normativos ²¹⁰.

Desse jeito, é possível que num só enunciado constitucional se encontrem dois ou mais princípios, duas ou mais regras, ou mesmo princípios e regras, por isso se diz

²⁰⁹ Os termos “enunciados”, “preceitos” e “disposições”, são aqui, tal como na teoria alexyana, tratados como sinônimos.

²¹⁰ Para uma análise mais detalhada, Alexy (2002, p. 62 e ss.).

que os preceitos jusfundamentais têm “caráter duplo” (ALEXY, 2002, p. 135). O que não acontece com as normas jurídicas, que, como se viu, ou são princípios ou são regras.

Dizer que um preceito normativo tem caráter duplo e que, portanto, abriga as duas espécies normativas (princípios e regras), significa dizer que não é o texto que permite identificar quando se está em frente de um princípio ou em frente de uma regra. Afinal, o texto é omissivo quanto ao próprio significado. Por consequência, determinar se se está na presença de um princípio ou de uma regra só é possível pela interpretação, ou seja, somente com a interpretação é que se identifica no preceito uma regra ou um princípio.

Sintetizando o raciocínio pode-se dizer, afinal: um preceito jusfundamental expressa uma norma de direito fundamental, norma essa que tanto pode ser um princípio como uma regra. De onde se conclui que, qualquer que seja o direito fundamental, o mesmo pode se apresentar tanto como princípio, quanto como regra. O que vai permitir essa identificação é a interpretação.

Para demonstrar o duplo caráter das normas de direito fundamental, Robert Alexy utiliza-se da norma da dignidade da pessoa humana, que muitos tomam como um princípio absoluto, e explica que, como qualquer princípio, a dignidade da pessoa humana não tem caráter absoluto e admite ponderação com outros princípios,²¹¹ mas que a impressão da absolutividade que se tem resulta de dois motivos: primeiro do fato de que a norma da dignidade da pessoa é tratada, em parte, como regra e, em parte, como princípio. Segundo ele:

[...] no fato de que para o princípio da dignidade da pessoa existe um amplo grupo de condições de precedência nas quais existe um alto grau de

²¹¹ Exemplifica com duas decisões do TC alemão: uma em que a proteção da ordem democrática e da existência do próprio Estado tem precedência sobre a dignidade da pessoa que havia sofrido escuta telefônica e queria saber os motivos do grampo; outra que nega indulto ao condenado à pena de morte sob o argumento de que a execução da pena, no caso, é necessária devido à permanente periculosidade do condenado e à necessidade de proteção da “*comunidad estatal*” (ALEXY, 2002, p. 107 e 108).

segurança de que, debaixo delas, o princípio da dignidade da pessoa precede aos princípios opostos [...] ²¹² (ALEXY, 2002, p. 106).

O caráter de regra se revela nos casos em que o que interessa é saber se tal norma da dignidade humana foi violada ou não, sem compará-la com outras normas. Como regra tem caráter absoluto (precedência incondicionada), a regra ou foi violada ou não foi, não existe meio termo. Por sua vez, a norma da dignidade da pessoa é tratada como princípio “[...] quando se trata de comparar a dignidade humana com outros princípios [...]” (JEVEAUX, 2004, p. 14), hipóteses em que não goza de precedência absoluta sobre os demais princípios.

Esse mesmo raciocínio se aplica aos demais direitos fundamentais. Logo, aplicando ao direito-garantia fundamental da coisa julgada os ensinamentos acima, depois de anteriormente se haver admitido a possibilidade de desconsideração da coisa julgada como uma restrição implícita ou não expressamente autorizada pela Constituição, imposta por exigências dos princípios constitucionais opostos e determinada apenas por ponderação, pode-se dizer que o direito-garantia fundamental da coisa julgada, além de princípio, também se apresenta como regra. Como princípio apresenta, como se viu, caráter relativo, como regra apresenta caráter absoluto (vale ou não vale).

Como norma concreta o direito-garantia fundamental da coisa julgada é passível de atritar-se com outras regras, dando origem a um *conflicto de regras*. Vale lembrar que os conflitos de regras surgem de problemas diversos e tanto podem dizer respeito à forma, quando se relacionam com falhas na elaboração da norma ou vícios de competência, quanto ao conteúdo das regras, quando resulta da incompatibilidade dos comandos normativos, que prescrevem condutas incompatíveis e, por isso, impossíveis de realizar ao mesmo tempo. Além disso, podem ocorrer entre regras do mesmo grau hierárquico ou entre regras de graus hierárquicos distintos. Neste último caso, podem resultar na proclamação de ilegalidade ou de inconstitucionalidade de uma das regras, consoante o grau das regras em conflito.

²¹² Tradução nossa. No original: [...] *en el hecho de que para el principio de la dignidad de la persona existe un amplio grupo de condiciones de precedencia en as cuales existe un alto grado de seguridad acerca de que bajo ellas el principio de la dignidad de la persona precede a los principios opuestos [...]*.

Não se vão aqui analisar todas as possibilidades, pois ao objeto do trabalho interessa apenas um tipo: o conflito que pode surgir entre a regra concreta do direito-garantia fundamental da coisa julgada e outra norma constitucional. Portanto, um conflito entre regras de graus hierárquicos diferentes, em que a regra concreta da coisa julgada se atrita com a Constituição. Situações a que se dá o nome de *coisa julgada inconstitucional*.

Definidas as propostas de trabalho, passa-se, então, à análise individual de cada uma delas.

5.1 COISA JULGADA INJUSTA

No capítulo 2, ao tratar-se do instituto da coisa julgada, da sua evolução e, principalmente, ao tentar descrever o caminho da “relativização” do referido instituto, falou-se do renascimento das teorias jusnaturalistas que, em reação ao formalismo e à “frieza” do positivismo, resultaram no reconhecimento dos princípios como normas jurídicas (como se viu, com características absolutamente distintas das tradicionais regras jurídicas), e na existência de uma Ciência Jurídica comprometida com a promoção dos valores humanos, pela via de uma concreta e efetiva realização dos direitos e garantias fundamentais.

Com isso, o Direito foi obrigado a se repensar e, nessa revisita a si mesmo, passou por tripla transformação: (1) *a estrutural*, com a abertura à nova espécie normativa, já referida; (2) *a funcional*, com o surgimento da ponderação como procedimento de interpretação e aplicação do direito, exigência da indeterminação principiológica e da inaptidão do procedimento subsuntivo para dar conta das novas situações jurídicas; e, finalmente, (3) *a material* ou *substantiva*, provocada pela consciência da necessidade de dar efetividade aos direitos fundamentais, o que gera a reaproximação do Direito com a Moral (GARCÍA FIGUEROA, 2003, p. 198).

Nessa transformação material, os princípios são o elo de ligação entre as duas ordens normativas (Direito e Moral), como expressão e positivação dos bens

considerados juridicamente relevantes. Não se trata de negar a autonomia do Direito ou da Moral em si mesmos, mas da consciência da interpenetração dessas duas realidades, o re-reconhecimento de que há uma vinculação entre o Direito e a Moral, o acatamento de que na sua estrutura o direito contém elementos morais que o justificam e, mais, a idéia de que o direito tem como finalidade precípua, a realização da Justiça. Gregório Peces-Barba escreve a respeito:

Qualquer Direito é um ponto de vista sobre a Justiça, (...) mas em nenhum domínio está tão presente, tão imediato esse mundo da ética, dos valores; esse mundo do homem e das suas necessidades, referência inegável de qualquer Direito que pretende ser justo, como neste domínio do Direito dos direitos fundamentais ²¹³ (*apud* GARCÍA FIGUEROA, 2003, p. 199).

A Justiça torna-se elemento capital para o Direito. Fala-se em “acesso à Justiça”, “ordem jurídica justa”, “processo justo” e “coisa julgada justa”, entre tantas outras expressões que poderiam ser aqui referendadas.

Não se vai aqui definir o que seja Justiça, para, então, se chegar ao seu oposto, a injustiça e, por ilação, à noção de coisa julgada injusta, por duas razões básicas: primeiro por ser essa uma tarefa impossível, que da antiguidade aos tempos atuais tem mobilizado filósofos e juristas sem que nenhum tenha chegado a uma noção definitiva ²¹⁴. O que se tem, na verdade, é uma variedade de conceitos e diversas concepções do que seja Justiça; segundo porque não faz parte do objeto deste trabalho discutir o conceito de justiça ou de injustiça.

No entanto, como para formar a noção de “coisa julgada injusta” não se pode prescindir de uma idéia de injustiça que, por sua vez, exige um conceito de justiça, outra solução não resta do que adotar uma das concepções existentes.

²¹³ Tradução nossa. No original: *Todo Derecho es un punto de vista sobre la Justicia, [...] pero en ningún campo está tan presente, tan inmediato ese mundo de la ética, de los valores; ese mundo del hombre y de sus necesidades, referencia ineludible de todo Derecho que pretenda ser justo, como en este campo del Derecho de los derechos fundamentales*

²¹⁴ Carlos Santiago Nino ao falar de justiça afirma expressamente que: “Poucas idéias despertam tantas paixões, consomem tantas energias, provocam tantas controvérsias e têm tanto impacto em tudo o que os seres humanos valoram como a idéia de justiça” (NINO, 1993, p. 61). No original: *“Pocas ideas despiertan tantas pasiones, consumen tantas energías, provocan tantas controversias, y tienen tanto impacto en todo lo que los seres humanos valoran como la Idea de justicia.*

5.1.1 Justiça ou injustiça da decisão

Mais uma vez, se toma como fundamento as construções teóricas de Robert Alexy, adotando-se a sua concepção de justiça.

Trata-se de uma teoria discursiva ou dialógica de justiça em que o autor correlaciona a idéia do justo com o correto e com a possibilidade de justificação, isto é, a fundamentação mediante razões, definindo justiça como “[...] a correção na distribuição e na compensação” ²¹⁵ (ALEXY, 2003, p. 163). Encarar a justiça como correção “[...] conduz diretamente à idéia da justiça como possibilidade de fundamentação, ou justificação, mediante razões”, pondo a descoberto a “[...] relação interna entre o conceito de justiça e o de fundamentação (justificação)” ²¹⁶ (ALEXY, 2003, p. 163).

Desse modo, a justiça não é tratada como mera questão axiológica, ou seja, unicamente um valor, mas como questão deontológica, portanto, um dever-ser, positivado na “pretensão de correção” que informa todo o direito. Como diz o próprio Robert Alexy, “as questões de justiça são questões normativas” ²¹⁷ (ALEXY, 2003, p. 164). Portanto, argumentativas e amorais.

O interessante desta concepção é que os juízos de justiça são algo mais do que a expressão de uma tomada de posição, ou uma decisão subjetiva, são juízos formados racionalmente a partir de argumentos justificadores que, necessariamente, têm de levar em conta os interesses, as necessidades, a tradição e a cultura dos indivíduos implicados.

O fundamento de toda a teoria alexyana de justiça está no discurso, na argumentação orientada, no diálogo construído com base num conjunto de regras —

²¹⁵ Tradução nossa. No original: *La justicia es corrección (Richtigkeit) em la distribución y em la compensación*

²¹⁶ Tradução nossa. No original: *La tesis según la cual la justicia es corrección, por tanto, conduce directamente a la idea de la justicia como posibilidad de fundamentación, o justificación, mediante razones. Esto es, lleva a la luz una relación interna entre el concepto de justicia y el de fundamentación (justificación).*

²¹⁷ Tradução nossa. No original: *Las cuestiones de justicia son cuestiones normativas.*

as regras do discurso ²¹⁸ —, que garantem a racionalidade do procedimento e ao final, mesmo não conseguindo chegar a uma única resposta correta ²¹⁹, garantem, ao menos, uma decisão relativamente correta. O que se defende é o uso da idéia da única resposta correta como idéia reguladora, ou seja, não se pressupõe que haja uma única resposta correta para todos os casos, pressupõe-se sim, que alguns casos podem ter uma única resposta correta, como não se sabe exatamente quais são esses casos, impõe-se procurar em todos eles a única resposta correta (ALEXY, 1988, p. 151).

O ponto de partida da teoria da argumentação jurídica é, como o próprio Robert Alexy aponta, que a ciência jurídica sempre trata de questões práticas, portanto, de definir o que está ordenado, proibido e permitido. Por isso, o autor situa a argumentação jurídica entre a argumentação prática geral (moral), embora seja tratada como um caso especial, porque sujeita a uma série de requisitos institucionais e condições de limitações especificamente jurídicas, tais como, a submissão à lei, aos precedentes e à dogmática (ALEXY, 1988, p. 149).

A justiça ou a correção de que fala Robert Alexy é, pois, um bem institucionalizado, realizado mediante órgãos e procedimentos pré-estabelecidos e normatizados. É a institucionalização que distingue o Direito da Moral, por isso, além das normas, isto é, dos princípios e das regras, é necessário um procedimento, pois “[...] uma norma é correta se, e só se, pode ser o resultado de um certo procedimento, precisamente o procedimento próprio de um discurso prático racional” ²²⁰ (ALEXY, 2003, p. 165).

O discurso prático racional é definido por Robert Alexy como “[...] um procedimento para provar e fundamentar enunciados normativos e valorativos por meio de argumentos” ²²¹ (ALEXY, 1994, p. 48), e a racionalidade da argumentação e dos

²¹⁸ Sobre esse ponto, ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação Jurídica**. 2001, p. 179-274.

²¹⁹ Referência à questão: existe para todo caso jurídico uma única resposta correta? Questão formulada por Ronald Dworkin, que defende a existência de uma única resposta correta, mas que, em contrapartida, somente o juiz “Hércules”, um juiz ideal dotado de habilidade, sabedoria, paciência e agudeza sobre-humanas teria condições de encontrar.

²²⁰ Tradução nossa. No original: *[...] una norma es correcta si y solo si puede ser el resultado de un cierto procedimiento, y precisamente del procedimiento propio de un discurso práctico racional.*

²²¹ Tradução nossa. No original: *Un discurso racional práctico es un procedimiento para probar y fundamentar enunciados normativos y valorativos por medio de argumentos.*

seus resultados depende da satisfação das regras e condições da argumentação prática racional.

Essas regras e condições são de variados tipos, se estendem de regras²²² e condições básicas e gerais, que valem para toda e qualquer teoria de discurso racional (e, até, para os monólogos), como, entre outras, a regra da não contradição, a regra da coerência e a clareza lingüística (ALEXY, 2001, p. 179-201), até às regras especiais, que regem o discurso jurídico (ALEXY, 2001, p. 211-274), tratado como um caso especial do discurso prático geral, e que, segundo o próprio autor, envolvem “[...] a argumentação consequencialista, a ponderação e a análise da formação das convicções normativas”²²³ (ALEXY, 1988, p. 150), ou seja, regulam especificamente os modos e formas de justificação, de interpretação e de formação das decisões jurídicas.

Na verdade, as regras do discurso funcionam como “um código de razão prática”, cuja observância expressa as idéias de liberdade e de igualdade, garantindo a cada ser humano o direito de participar do discurso, de apresentar argumentos e de criticar qualquer argumento apresentado²²⁴.

Na teoria alexyana, existe um discurso ideal, onde o processo de argumentação para a solução de um problema prático demanda condições de tempo e participação ilimitadas, total ausência de restrições (para alcançar uma completa clareza lingüística e conceitual), informação completa, plena capacidade, disponibilidade e total liberdade de prejuízos. Esse discurso ideal serve, conjuntamente com a idéia de correção, como idéia reguladora para a teoria discursiva da justiça, que só pode ser utilizada se for capaz de resolver os problemas derivados da ausência de limites, que caracteriza o discurso ideal.

²²² Na **teoria da argumentação Jurídica** Alexy estabelece um sistema de, mais ou menos, vinte e oito regras do discurso argumentativo. Sobre o assunto, p. 179-274 da obra citada.

²²³ Tradução nossa. No original: *[...] a argumentación consecuencialista, la ponderación y el análisis de la formación de convicciones normativas*.

²²⁴ Nessa perspectiva, uma teoria que exclua do discurso pessoas ou argumentos não pode ser tida como racional.

Dado que grande parte dos conflitos sociais não pode aguardar que se alcance o consenso numa discussão ilimitada, surge a necessidade do direito e da institucionalização de um procedimento jurídico, como a legislação ou a jurisdição, que facilite formal e materialmente a obtenção de um consenso (ALEXY, 2003, p. 166-167). A referência à legislação e à jurisdição como os elementos que proporcionam o ambiente de consenso discursivo, mais uma vez, comprova a identificação de Robert Alexy com a Jurisprudência dos Conceitos, que tem nesses elementos suas principais bases táticas.

A Constituição surge, então, como o núcleo da teoria discursiva, o lugar onde se institucionalizam os aspectos essenciais, materiais e procedimentais do discurso. Por isso, Robert Alexy diz que “a constituição [...] é o objeto primário de uma teoria discursiva da justiça” ²²⁵ (ALEXY, 2003, p. 167). Como a Constituição tem um caráter material-procedimental ²²⁶, também a justiça assume esse caráter.

Em apoio à teoria da institucionalização, para resolver o problema do pluralismo que caracteriza as atuais constituições e facilitar o consenso preservando as diferenças, Robert Alexy aponta a “teoria da substância”, cuja base são os direitos fundamentais e a estrutura fundamental do processo democrático ou, nas palavras do autor: “os espaços de liberdade assegurados através dos direitos fundamentais, e a cena da concorrência democrática, cena cuja cortina pode ser levantada novamente, mesmo após uma decisão legislativa pelo parlamento” ²²⁷ (ALEXY, 2003, p. 168).

Na teoria da justiça, como na teoria do direito, Robert Alexy congrega os elementos do discurso positivista com o discurso iusnaturalista racional, acrescentando aos primeiros (legalidade, eficácia e coação ²²⁸) o elemento moral – moral em sentido

²²⁵ Tradução nossa. No original: *La constitución, pues, es el objeto primario de una teoría discursiva de la justicia.*

²²⁶ Para um maior aprofundamento Alexy (2002, p. 503-506; 2002, p.19-21).

²²⁷ Tradução nossa. No original: *[...] los espacios de libertad asegurados mediante los derechos fundamentales, y el escenario de la competencia democrática, escenario cuyo telón puede ser alzado nuevamente aún después de una decisión legislativa por parte del parlamento.*

²²⁸ Alexy não se refere ao elemento coação. Entretanto, como os autores da Jurisprudência dos Conceitos não excluem a coação como meio de se obter a conduta objetiva (dever-ser) contida nos preceitos, não se trata de um elemento incompatível com sua teoria, embora, sem dúvida alguma, seja mais importante para as regras do que para os princípios, já que os enunciados deonticos (permitido/proibido) das primeiras são mais claros do que nos segundos. Índícios dessa compatibilidade podem ser vistos nos limites impostos ao discurso jurídico (respeito à lei, aos

formal, ou seja, como ideal discursivo – da “pretensão de correção”, criando uma vinculação necessária entre o Direito e a Moral.

Pelo olhar de Robert Alexy, “o sistema de normas que, de maneira implícita ou explícita, não tenha esta pretensão não é um sistema jurídico” (*apud* LARRAÑAGA ²²⁹, 1994, p. 4). No caso, a justiça aparece como elemento limitador do próprio Direito, trazendo consigo o problema dos limites, isto é, o problema de saber quando uma norma jurídica deixa de ser norma jurídica por ser injusta, e da segurança jurídica.

Em resposta a isto, Alexy resgata a Fórmula de Radbruch ²³⁰, que reza: “a contradição de uma lei positiva com a justiça alcança uma medida de tal modo insuportável, que a lei, enquanto direito injusto (*‘unrichtiges Recht’*), há de ceder ante a justiça” ²³¹ (*apud* ALEXY, 2000, p. 205), dando-lhe uma forma mais abreviada, respectivamente, “o direito extremamente injusto não é direito”, e explicando que,

precedentes e à dogmática) e no encerramento do livro **Teoria dos direitos fundamentais**, onde fala, inclusive, da necessidade de uma decisão dotada de autoridade e da necessidade de um Tribunal Constitucional.

²²⁹ O autor Pablo Larrañaga, tradutor do livro de Robert Alexy, **Derecho y razón práctica**, editado no México, em 1993, pela Editora Fontamara, informa que a citação se encontra no artigo “*Sobre las relaciones necesarias entre Derecho y Moral*”, na p. 51, do livro supracitado e alerta (nota 305, p. 4, do texto constante das referências) que a força da afirmação deve ser atenuada levando em conta que a teoria da pretensão de correção afeta o Direito por uma dupla via: ao referir-se às normas jurídicas individuais, quando desempenha um papel exclusivamente qualificativo, ou seja, estabelece uma conexão puramente qualificativa entre o Direito (normas jurídicas) e a “justificabilidade” moral, no sentido de que as normas que não têm ou não satisfazem a pretensão de correção são consideradas juridicamente defeituosas. A respeito do sistema jurídico as coisas são diferentes pois, nesse caso, a conexão entre Direito e “justificabilidade” moral é definidora. Um sistema jurídico que não pretende ser correto e, neste sentido, justificável, não é Direito.

²³⁰ Robert Alexy aponta que, desde 1992, o Tribunal Supremo Federal alemão tem usado a Fórmula de Radbruch para justificar a condenação de guardas fronteiriços do Muro de Berlim e de seus superiores, pelo homicídio de fugitivos na fronteira interior alemã, declarando ineficaz a justificação da morte pelo direito então vigente na RDA (República Democrática Alemã), por causa da “agressão aberta e insuportável contra mandados elementares da justiça e contra os direitos humanos protegidos pelo Direito Internacional” (ALEXY, 2000, p. 205), e que, em 1996, o Tribunal Constitucional Federal alemão, que na década de 80 já se havia declarado partidário da Fórmula de Radbruch, julgou compatível com a Lei Fundamental a referida jurisprudência do Tribunal Supremo Federal, aplicando a referida fórmula pela primeira vez em direito penal (ALEXY, 2000, p. 197-230).

²³¹ Tradução nossa. No original: *La contradicción de la ley positiva con la justicia alcanza una medida de tal modo insoportable, que la ley, en tanto que “derecho injusto” (‘unrichtiges Recht’), ha de ceder ante la justicia.*

[...] por razões de segurança jurídica, o direito positivado e eficaz não deixa de ser direito ainda que tenha conteúdos desproporcionados ou injustos. A Fórmula introduz unicamente um limite excepcional no [conceito de] direito [...] quando se ultrapassa o umbral do direito extremamente injusto ²³² (ALEXY, 2000, p. 205).

Sobre como identificar a presença de um Direito extremamente injusto Alexy responde:

Só nos caso de extrema injustiça a fórmula outorga prioridade à justiça material sobre a segurança jurídica. Dessa maneira incorpora um limite externo ao direito. Este limite se define substancialmente pelo núcleo dos direitos humanos ²³³ (*apud* LAGOS, 2005, p. 248).

Desse modo, Alexy deixa bem clara sua posição: “o Direito é determinado não só pela positividade válida e formalmente estabelecida e pela eficácia social, mas também pelo seu conteúdo [de justiça material]” ²³⁴ (ALEXY, 2000, p. 204-205).

Pode-se então sintetizar: a justiça de que fala Robert Alexy é uma justiça institucionalizada, positivada e desenvolvida por órgãos e procedimentos legalmente estabelecidos; uma decisão jurídica é justa ou correta se justificada, material e formalmente, pela Constituição e, principalmente, pelos direitos fundamentais, os direitos humanos positivados.

Em suma, justiça é tornar real e dar a maior efetividade possível à Constituição e aos direitos fundamentais. Qualquer decisão que não consiga se justificar, formal e materialmente, nesses parâmetros vai ser uma decisão incorreta e, portanto, injusta.

²³² Tradução nossa. No original: *Así, por razones de seguridad jurídica, el derecho positivado y eficaz no deja de ser derecho aunque tenga contenido desproporcionados o injustos. La Fórmula introduce únicamente un límite excepcional en el [concepto de] derecho. [...] Tal es el caso cuando se traspasa el umbral del derecho extremadamente injusto.*

²³³ Tradução nossa. No original: *Sólo en los casos de extrema injusticia la fórmula otorga prioridad a la justicia material sobre la seguridad jurídica. De esa manera incorpora un límite externo al Derecho. Este límite se define substancialmente por el núcleo de los derechos humanos.*

²³⁴ Tradução nossa. No original: *[...] lo que sea el derecho viene determinado no sólo por la positividad válida y formalmente establecida y por la eficacia social, sino también por su contenido [de justicia material].*

5.1.2 O que é coisa julgada injusta?

Tendo em vista que já se tem uma idéia do que é coisa julgada e do que é injustiça, talvez seja hora de tentar definir o que se entende por *coisa julgada injusta*.

Alguns capítulos atrás, viu-se que o instituto da coisa julgada se caracteriza pela impugnabilidade e imutabilidade da sentença judicial e dos seus efeitos e que esse instituto se apresenta na ordem jurídica brasileira como um princípio, um direito-garantia fundamental, que põe a salvo da ação normativa do Estado uma situação jurídica resolvida definitivamente por uma sentença judicial não mais passível de impugnação pela via recursal. No tópico anterior, por seu turno, tomou-se como decisão injusta ou incorreta aquela que não é capaz de justificar-se material e formalmente em face da Constituição e dos direitos fundamentais.

A partir dessas noções, entende-se que ocorre a *coisa julgada injusta* quando a sentença judicial definitiva, não obstante, não possa mais ser impugnada pelos meios recursais, não consegue justificar a manutenção do seu *status* de intangibilidade e impugnabilidade em face da Constituição ou dos direitos fundamentais. Por outras palavras, surge quando a sentença judicial e os seus efeitos, imutáveis e intangíveis por força da coisa julgada material, se transformam em obstáculo à realização e concretização de outros bens ou direitos fundamentais, sem que tal postura encontre justificativa na ordem constitucional.

É comum chamar-se sentença injusta à sentença que, correta enquanto ato processual (formalmente correta), contém um erro de julgamento (*error in iudicando*), um juízo incorreto, como o que reputa existentes fatos inexistentes ou o que aplica aos fatos apurados a norma errada (TALAMINI, 2005, p. 296-297), dando lugar à “coisa julgada injusta” ao adquirir a imutabilidade e a intangibilidade da coisa julgada material. Não é esse o sentido que aqui se defende. Embora o conceito apresentado também abarque o erro de julgamento, vai além dele, abarca todas as situações em que, havendo colisão de princípios ou de direitos fundamentais, a solução adotada não for a que melhor se justifique para a respectiva situação concreta.

A ocorrência da coisa julgada injusta é possível devido à multiplicidade e diversidade de direitos e bens constitucionais, que no plano abstrato ou da validade convivem harmoniosamente e possuem o mesmo valor, mas podem entrar em choque quando, ao incidirem sobre uma mesma situação concreta, conduzirem a decisões incompatíveis e, necessariamente, opostas, dando origem ao que se definiu como *colisão de princípios* ou de *direitos fundamentais*. Nessas hipóteses, o que se verifica é um confronto de justificações, bens ou interesses, com igual *status* constitucional e que por isso possuem *in abstracto* o mesmo valor jurídico, aliás, condição indispensável para que possa ocorrer a ponderação.

Um exemplo, onde esse confronto de justificações e bens/direitos fundamentais é bem patente é narrado por Robert Alexy ao comentar a resolução ²³⁵ (*Beschluß*) do TC alemão (1996) resultante do julgamento de quatro *recursos de inconstitucionalidade* interpostos contra sentenças do Tribunal Supremo Federal que condenaram dois guardas fronteiriços e três membros do Conselho Nacional de Defesa da antiga RDA – República Democrática Alemã – por assassinatos ocorridos na fronteira interna entre 1971 e 1989.

Em traços rápidos, o caso foi o seguinte: em 1972, um alemão oriental foi morto por dois soldados de fronteira, quando, a nado, atravessava o rio *Spree* para chegar à parte ocidental de Berlim. Depois de o mandarem parar, sem fazerem pontaria, mas conscientes de que poderiam matá-lo e assumindo o risco de fazê-lo, os dois soldados descarregaram sobre ele (distância de quarenta metros) suas metralhadoras, cumprindo as instruções recebidas pelo regulamento de serviço 30/10 (1967) do Ministério para a Defesa Nacional, n. 89, que previa: “a patrulha [...] vigiará a fronteira estatal com a missão de não permitir que nada atravesse a linha de fronteira e de deter provisoriamente ou, se for o caso, abater, a quem atravessá-

²³⁵ Designa-se resolução (*Beschluß*) a decisão do TC alemão não precedida de audiência; se realizada a audiência assume a forma de sentença/acórdão (*Urteil*), como se pode ver do § 25, n. 2, da *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* (BVerfGG) (Lei do Tribunal Constitucional Federal alemão): (2) *Die Entscheidung auf Grund mündlicher Verhandlung ergeht als Urteil, die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung als Beschluß*, cuja tradução elaborada a partir da versão oficial francesa – *La décision prise sur la base d'une audience est rendue sous forme d'arrêt, la décision prise sans audience est rendue sous forme de décision judiciaire* – publicada em 11 de outubro de 1993 (Jornal Oficial da República Federal da Alemanha, I, p.1473), disponibilizada no site <<http://www.jura.uni-sb.de/BIJUS/bverfgg/bverfgg/>>, é a seguinte: “A decisão tomada com base numa audiência é devolvida sob a forma de acórdão, a decisão tomada sem audiência é devolvida sob a forma de resolução (decisão judicial)” (tradução nossa).

la ilegalmente, assim como garantir debaixo de qualquer circunstância a proteção da fronteira estatal” ²³⁶ (*apud* ALEXY, 2000, p. 199).

Alvejado, o fugitivo morreu. No dia seguinte os soldados receberam distinção por méritos de serviço e um prêmio de cento e cinquenta marcos. Quatro semanas depois, foi comunicado à família que o homem se havia suicidado e que o corpo já havia sido incinerado. Já depois da reunificação alemã, em 1992, os dois soldados foram condenados pelo homicídio e, em 1994, o Tribunal Supremo Federal negou o pedido de revisão, recusando vigência ao direito positivo vigente na RDA à época do crime, sob a invocação da Fórmula de Radbruch, ou seja, que “o direito extremamente injusto não é direito”.

Os três membros do Conselho Nacional de Defesa da antiga RDA, por sua vez, sob os mesmos fundamentos, foram condenados como autores mediatos (indução e cooperação) de sete homicídios, ocorridos entre 1971 e 1989 em vários pontos da fronteira interna, responsabilizados por emitirem as ordens fundamentais que regulavam o serviço de fronteira. Das decisões do Tribunal Supremo Federal resultaram os recursos citados ao início, fundamentados na alegação de vulneração aos direitos fundamentais dos condenados e ofensa ao princípio da proteção da confiança, salvaguardada pelo art. 103. 2 da Lei Fundamental, que proíbe a retroatividade da lei, ao prever que um fato só poderá ser apenado se a previsão legal de punibilidade for anterior à prática do ato.

A resolução do Tribunal Constitucional Federal manteve a condenação, julgando a interpretação do Tribunal Supremo Federal conforme à Lei Fundamental, sob o argumento de que o art. 103. 2 da Lei Fundamental é uma regra absoluta, mas é manifestação do princípio do Estado de Direito, aplicável onde impera a democracia, a divisão dos poderes e os direitos humanos e onde o direito penal deve satisfazer as exigências de justiça material, mas que não pode aplicar-se àquele caso específico, onde a punibilidade deveria ser julgada de acordo com um direito estatal extremamente injusto, que apesar de tipificar e punir gravemente os delitos penais,

²³⁶ Tradução nossa. No original: *la patrulla... vigilará la frontera con la misión de no permitir que nadie atraviese la línea fronteriza y de detener provisionalmente o, Ens. Caso, abatir, a quienes traspasen ilegalmente la frontera, así como de garantizar bajo cualquier circunstancia la protección de la frontera estatal.*

exclui a punibilidade mediante causas de justificação para âmbitos parciais, que favorecem a injustiça e a violação dos direitos humanos reconhecidos pela comunidade internacional.

Explica Robert Alexy, que, segundo a jurisprudência constante do Tribunal Constitucional, o princípio do Estado de Direito, engloba os princípios da segurança jurídica e da justiça material, exatamente os que no caso concreto colidem. Ao rejeitar a alegação de violação de direitos fundamentais dos condenados o Tribunal Constitucional afastou a aplicação da regra do art. 103. 2 da Lei Fundamental e o princípio da segurança jurídica, priorizando o princípio da justiça material, pois o contrário implicaria em reconhecer e aplicar um direito extremamente injusto e violador dos direitos humanos. (Alexy, 2000, p. 216).

No Brasil, o STF (Supremo Tribunal Federal) também já teve oportunidade de se manifestar sobre a colisão de direitos fundamentais. Uma das ações onde o assunto foi amplamente debatido e que serve de paradigma para muitas outras decisões foi o HC-QO n. 82.424/RS, em que se confrontam a liberdade de expressão com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade²³⁷, julgado pelo Pleno, em 17/03/2003, de cuja Ementa se transcrevem alguns trechos:

EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). [...] 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. [...] Ordem denegada. (STF, HC-QO 82424 / RS, rel. Min. MOREIRA ALVES, grifo nosso).

²³⁷ Vale a pena ler os votos dos Min. Gilmar Mendes e Marco Aurélio, verdadeiras aulas sobre colisão de princípios e o procedimento da ponderação de direitos.

O direito-garantia fundamental da coisa julgada, tal qual qualquer outro direito fundamental, possui caráter relativo (*prima facie*) e encontra seus limites nos demais direitos fundamentais, o que pode ensejar a colisão com outros direitos/bens fundamentais, dando origem a uma situação de conflituosidade, isto é, um confronto objetivo entre sujeitos distintos, titulares de direitos fundamentais diferentes, que precisa ser solucionado, a bem do equilíbrio da ordem jurídica e sob pena de se violarem outros princípios e direitos fundamentais, como o direito do acesso à justiça e da efetividade da prestação jurisdicional.

Nesse caso, como se trata de uma aparente desavença entre direitos fundamentais, portanto, ordens constitucionais que devem ser realizadas na maior medida possível (mandados de otimização), a solução do confronto tem de passar por um processo de ponderação, que, como já se viu, é o meio procedimental que, mediante a aplicação da máxima da proporcionalidade no seu triplo desdobramento (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), permite perquirir e sopesar de forma racional qual a decisão que deve ser tomada, por ser a mais correta para aquele caso específico, ou seja, por ser a que melhor se justifica naquele caso concreto.

Tratando-se da tensão entre, pelo menos, dois direitos/bens fundamentais que possuem o mesmo valor jurídico, não há como estabelecer abstratamente e *a priori* uma ordem de preferência ou de vantagem de um dos direitos sobre o outro, essa ordem de preferência precisa ser estabelecida e justificada em face das singularidades de cada caso concreto. Como se disse, é uma ordem de preferência precária que se altera e se adapta às circunstâncias fático-jurídicas peculiares de cada situação, sempre na busca da otimização maior possível de todos os direitos/bens envolvidos. Busca-se um resultado justo, a “concordância prática” (MIRANDA, 2003, p. 289) capaz de preservar e garantir, não só o equilíbrio entre direitos e obrigações dos sujeitos jurídicos envolvidos no confronto, mas também a integridade e a unidade da ordem constitucional.

Imagine-se, então, que um dos direitos fundamentais em tensão é o direito-garantia da coisa julgada. Se esgotado o procedimento de ponderação, depois de confrontados e balanceados os direitos em atrito, o direito-garantia da coisa julgada

for o que menos pese, deve ceder em face do(s) direito(s) fundamental(ais) oposto(s). Ter-se-á, no caso, a coisa julgada injusta, pois a opção pela imutabilidade e a intangibilidade da decisão judicial não é a decisão que melhor se justifica na unidade da ordem constitucional. Se, pelo contrário, o direito-garantia fundamental da coisa julgada for o princípio a que for atribuído mais “peso”, o mesmo deve ser preservado, preterindo-se o princípio oposto.

Adota-se, pois, postura completamente oposta à de Humberto Teodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, que de forma expressa declaram:

[...] o princípio da intangibilidade da coisa julgada, [...] não tem tratamento constitucional, mas é contemplado apenas na legislação ordinária. Isto significa [...] que é ele, no direito nacional, hierarquicamente inferior. Não se pode, assim, falar no Brasil, de conflito entre princípios constitucionais, evitando-se com isso a séria angústia de se definir aquele que prevalece sobre o outro [...] (THEODORO JÚNIOR & FARIA, 2005, p. 21; 2002, p. 141).

É bom lembrar que não se pode falar aqui de inconstitucionalidade, pois se trata de confronto de princípios constitucionais, ou seja, todos os direitos/bens fundamentais em cotejo estão previstos na Constituição. Logo, todos são constitucionais e igualmente válidos, dado que não se coaduna com a idéia da unidade da Constituição a existência de hierarquia entre as normas constitucionais²³⁸.

Rejeita-se, pois, a teoria da hierarquia estática das normas constitucionais e a idéia de que há normas constitucionais mais importantes do que outras, ou seja, a idéia de que existe hierarquia entre as normas constitucionais, de modo que, em caso de confronto, as normas superiores prevalecem sobre as inferiores. Uma teoria que se desenvolveu na Alemanha²³⁹ e se tornou conhecida a partir da obra *Verfassungsdrige verfassungsnormen?* (“Normas constitucionais inconstitucionais?”),

²³⁸ Duas teorias tratam da hierarquia das normas constitucionais: a da hierarquia dinâmica, que não admite a existência de diferentes níveis hierárquicos entre as normas constitucionais e, por consequência, defende que todas as normas têm igual valor, e a da hierarquia estática, que, pelo contrário, defende a idéia da estratificação das normas constitucionais e da superioridade de umas em relação às outras (SARMENTO, 2003, p 34 e ss.).

²³⁹ Na verdade, a teoria teve origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, que entre 1949 e 1951, por diversas vezes reconheceu a existência de direitos naturais fundamentais superiores e limitadores do Estado. Entretanto, só se difundiu a partir de 1951, quando veio a lume a obra de Otto Bachof, reprodução da aula inaugural que o mesmo proferiu na Universidade de Heidelberg (MENDES, 1999, p. 113-119; BACHOF, 1994, p. 3).

escrita por Otto Bachof, onde o autor defende a idéia de que acima da Constituição e das normas constitucionais existe um direito suprapositivo (valores pré-existentes, transcendentais e superiores) que limita o próprio Poder Constituinte Originário, o que possibilita a existência de normas constitucionais originárias inconstitucionais (nulas) e o controle das mesmas pelo TC. Segundo Otto Bachof,

[...] a Constituição não vale como um *acto* de um poder absoluto de decisão, despido de todas as vinculações jurídicas, mas se encontra, ela própria sujeita à procedência de normas que lhe estão supra-ordenadas. [...] toda e qualquer Constituição encontra uma barreira à sua eficácia em determinados princípios jurídicos intangíveis, que tanto justificam como limitam o acto constituinte (BACHOF, 1994, p. 30-31).

Pensamento similar transparece nas palavras de José Augusto Delgado, ao declarar:

Os valores absolutos de legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica [...]. Há de se ter como certo que a segurança jurídica deve ser imposta. Contudo, essa segurança jurídica cede quando princípios de maior hierarquia postos no ordenamento jurídico são violados pela sentença[...]. (DELGADO, 2002, p. 96-97).

Como se explicou acima, não é esse o entendimento adotado neste trabalho, que, ao contrário, se filia ao pensamento da inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais. Desse pressuposto resulta a idéia de que, ocorrendo um atrito entre princípios fundamentais, a questão tem de ser resolvida por meio da ponderação, procedimento pelo qual um princípio vai ceder ao outro, consoante o “peso” ou a “força” que for atribuída a cada um deles, sem que, no entanto, isso afete a validade e a vigência do princípio preterido, que apenas tem sua eficácia afetada no caso concreto em questão. Não há, portanto, como se falar aqui de coisa julgada inconstitucional ou de coisa julgada inválida, razão pela qual se optou pelo qualificativo de *coisa julgada injusta*.

Também Tércio Sampaio Ferraz Júnior discorda do uso da designação coisa julgada inconstitucional, diz ele:

Falar, nesse sentido, de coisa julgada inconstitucional, resultante da oposição desequilibrada entre as exigências de segurança e certeza, que conferem a autoridade da coisa julgada, e as exigências de justiça e legitimidade das decisões judiciais, é admitir uma hierarquia de direitos fundamentais, que, no limite, conduzem a uma perda do sentido funcional da ordem constitucional (FERRAZ JÚNIOR, 2005, p. 271).

A colisão aqui tratada, também não se refere a uma possível antinomia entre um direito fundamental e um valor, espécies que sequer podem entrar em colisão, haja vista que se tratam de classificações distintas, perspectivas distintas, mundos distintos: o direito/bem fundamental encarado na perspectiva deontológica ou do dever-ser (obrigatório, proibido, permitido, facultado, devido); o valor na perspectiva axiológica ou do que é melhor.

Cada qual, dentro do seu mundo, pode confrontar-se com os da sua espécie, isto é, um direito pode confrontar-se com outro direito, tal como um valor pode confrontar-se com outro valor e, nesse caso, admitem igualmente um procedimento de ponderação e uma satisfação gradual.

Porém, como estão em planos distintos (um no mundo do dever-ser outro no mundo do ser), não têm como colidir, pois não têm como sair do seu *habitat* sem perder as próprias características. Não se pretende com isso negar a proximidade e a vinculação que existe entre princípios e valores ²⁴⁰, nem tampouco que todo o princípio constitucional é a posituação de um ou mais valores. Mas, exatamente por essa posituação, o valor passa a ser expressão do dever-ser, um dos elementos do jurídico ²⁴¹.

Desse modo, não é aceitável contrapor segurança jurídica e justiça, como é comum fazer-se quando o assunto é a desconsideração da coisa julgada, tomando-se a justiça como um valor supremo e subordinante que deve, necessariamente, prevalecer sobre a segurança. Várias razões justificam esta afirmativa.

A primeira que se pode apontar é que, na ordem constitucional brasileira, a segurança é um direito fundamental inscrito expressamente no *caput*, do art. 5º da Lei Maior e que encontra expressão na formulação de outros direitos e garantias fundamentais, entre eles, o direito-garantia fundamental da coisa julgada. Enquanto a justiça, autonomamente considerada, não encontra essa estruturação, ou seja,

²⁴⁰ Para analisar com mais profundidade o assunto, Alexy (2002, p. 138 e ss).

²⁴¹ A teoria tridimensional do Direito de Reale explica essa relação: "Direito não é só norma, como quer Kelsen, direito não é só fato como rezam os marxistas ou os comunistas do direito, direito não é principalmente valor como pensam os adeptos do direito natural, porque o direito é ao mesmo tempo norma, é fato, é valor. O direito é uma integração normativa dos fatos, segundo valores" (REALE, 2001, p. [...]). Ver, também, Reale (1983, p. 100-104).

não existe enquanto instituto jurídico autônomo. Relevantes, a respeito, as palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Na verdade, falar da justiça como um valor eminente, ao qual a segurança se opõe como um outro valor, é entrar num jogo de contraposições de entidades supostamente diferentes. Afinal, justiça pode ser entendida como um valor, mas a segurança é um direito fundamental, como o é a liberdade, a vida, a propriedade, a igualdade. Em termos comparativos, se todos os direitos comportam valores, a justiça não é, em si, um direito fundamental. Nesse sentido, é um equívoco supor a justiça como uma entidade absoluta, em contraposição a direitos fundamentais (FERRAZ JÚNIOR, 2005, p. 270).

Não se pode negar, porém, que a justiça constitua um dos valores basilares e informadores da ordem constitucional brasileira. Tanto assim é, que figura entre os “valores supremos”, como também a segurança, enunciados no Preâmbulo da Constituição ²⁴², além de outras referências feitas ao longo do texto constitucional, entre elas: no inc. I, do art. 3º, que coloca entre os objetivos fundamentais “construir uma sociedade livre, *justa* e solidária” (grifo nosso); no inc. XXIV do art. 5º, que fala de “*justa* e prévia indenização” (grifo nosso); no art. 193 que coloca o “bem estar e a *justiça* sociais” (grifo nosso) como os objetivos da ordem social; além de todos os dispositivos constitucionais que se referem à justiça como órgãos institucionais encarregados de distribuir a “justiça”, como, “Justiça de Paz” (art. 98, II), “Justiça Federal” (art. 106), “Justiça do Trabalho” (arts. 111-114), “Justiça Eleitoral” (art. 118), “Justiça Militar” (art. 122-124) e “Justiça Desportiva” (art. 217).

Bem claro, portanto, que se trata de um valor que permeia toda a Constituição e impregna cada uma das normas constitucionais. Assim, enquanto pretensão de correção, a Justiça se encontra positivada em todos os princípios constitucionais, inclusive no princípio constitucional da segurança jurídica e no direito-garantia fundamental da coisa julgada, não se trata, pois de um valor transcendente e supremo que se lhes opõe. Novamente, as lições de Tércio Sampaio Ferraz Júnior servem de orientação:

Entende-se, assim, que a justiça não seja nem mesmo na Constituição Federal à luz do seu Preâmbulo, uma entidade à parte, eminente no sentido de *externamente* superior aos direitos. Com efeito, falar da justiça como uma aspiração constitucional não pode significar outra coisa que sua realização *enquanto realização dos direitos fundamentais*. Realização

²⁴² Ver nota 121, p. 106 deste trabalho.

processual, no sentido de que a justiça ocorre na concretização dos direitos” (FERRAZ JÚNIOR, 2005, p. 270).

Uma segunda razão está em que, se por um lado, não se pode negar que a coisa julgada preserva a segurança jurídica, por outro lado, não se pode afirmar que o faz em detrimento da justiça, pois, tal como aponta Hugo de Brito Machado, desconsiderada a coisa julgada, nada garante que a decisão posterior seja uma decisão mais justa (MACHADO, 1995, p. 20).

Portanto, é de se concordar quando o autor afirma que segurança e justiça são conceitos que se completam para garantir e viabilizar a convivência humana e que “Não é possível, sem um mínimo de segurança, equacionar o relacionamento humano de forma justa. Nem é possível, sem a prática de soluções justas para os conflitos, evitar a convulsão social e a desordem” (MACHADO, 1995, p. 24).

Ainda se pode pontuar que, mesmo que se abandone a perspectiva deontológica adotada até aqui, e se pense no plano puramente axiológico, não se pode dizer que a segurança e a justiça são valores antagônicos, pois o oposto de um valor é sempre um desvalor. Logo, à segurança se opõe a insegurança e à justiça se opõe a injustiça.

Mesmo os que na perspectiva axiológica defendem a idéia de uma escala de valores em que a justiça é superior à segurança, ressaltam que “o cumprimento do inferior fornece a possibilidade de levar a cabo, sobre esta base, o valor superior. Sem a realização do inferior não é possível que o valor superior se encarne”²⁴³ (SICHES *apud* HITTERS, 2001, p. 176). De forma mais detalhada, a partir das lições de Cossio e Hartmann, explica Juan Carlos Hitters (2001, p. 176, nota 582) que:

[...] analisando o plexo valorativo de baixo para cima passamos dos valores menos valiosos para os mais valiosos; indubitavelmente vale mais a justiça que a ordem, no sentido de que se confere maior dignidade e hierarquia espiritual à qualidade intrínseca da primeira do que à da segunda. Porém, procedendo de cima para baixo, passamos de valores fundados a valores fundantes, ou seja, que os valores de grau inferior, apesar disso, são mais fortes que os da escala superior, por isso, estes não podem dar-se se aqueles lhes fecharem o caminho: ‘um valor superior não pode ser realidade

²⁴³ Tradução nossa. No original: [...] *el cumplimiento del inferior suministra la posibilidad de llevar a cabo sobre esta base el valor superior. Sin la realización del inferior no cabe que se encarne el valor superior.*

contra o seu inferior, mas, inversamente, pode existir um valor superior negado pelo seu inferior' ²⁴⁴ (HITTERS, 2001, p. 176, nota 582)

De certa forma, há que se concordar com Juan Carlos Hitters e Hugo de Brito Machado, que afirmam que o antagonismo que a ciência jurídica estabelece entre a segurança e a justiça se deve principalmente à oposição que existe entre positivismo e jusnaturalismo, o primeiro que favorece a segurança, o segundo que supervaloriza a justiça (HITTERS, 2001, p. 177; MACHADO, 2005, p. 24).

Reafirma-se, então, que, no âmbito deste trabalho, se reserva a expressão coisa julgada injusta à decisão judicial transitada em julgada resultante de uma colisão de bens ou direitos fundamentais, em que a decisão tomada não é a que melhor se justifica em face do mandamento constitucional de que princípios devem ser cumpridos na maior medida possível.

Recusa-se o qualificativo inconstitucional, pois os bens ou direitos envolvidos, no mínimo dois, são todos constitucionais e de igual *status* jurídico, além de que comportam satisfação gradual, de acordo com as condições fático-jurídicas de cada caso concreto.

Assim, desde que atenda a razões constitucionais, isto é, desde que encontre justificação num dos princípios constitucionais em colisão, a decisão judicial não ofende a Constituição, por conseguinte, não pode ser qualificada de inconstitucional. Isso, no entanto, não significa que a decisão tomada tenha sido a mais correta, isto é, aquela que melhor se justifica para aquela situação específica, pois apesar de constitucional a decisão judicial pode ter lesionado, desnecessariamente, outros direitos ou bens constitucionais, resvalando para o terreno da injustiça. É o que aqui se chama de decisão injusta e que, ao adquirir a qualidade da coisa julgada, se transforma na coisa julgada injusta.

²⁴⁴ Tradução nossa. No original: *[...] analizando el plexo valorativo desde abajo hacia arriba pasamos de valores menos valiosos a los más valiosos; indudablemente vale más la justicia que el orden, en el sentido de que a la intrínseca calidad de la primera se le confiere mayor dignidad y jerarquía espiritual que a la intrínseca calidad del segundo. En cambio procediendo desde arriba hacia abajo, pasamos de valores fundados a valores fundantes, o sea que los valores de inferior rango son a pesar de ello más fuertes que los de la escala superior, por lo que éstos no pueden darse si aquéllos le cerraran el camino: 'un valor superior no puede ser realidad en contra de su inferior, pero, a la inversa, puede existir un valor superior negado por su inferior.*

Definido o que se entende por coisa julgada injusta, cabe perguntar: é possível, nesse caso, a desconsideração da coisa julgada? Essa questão se enfrentará em seguida.

5.1.3 Desconsideração da coisa julgada injusta

Viu-se que os direitos fundamentais, em geral, se apresentam como norma-princípio e, como tais, *mandados de otimização* ou normas que devem concretizar-se na maior medida possível, mas que comportam cumprimento gradual devido à coexistência e à necessidade de convivência e conformação com outras normas-princípio, por vezes antagônicas, presentes na unidade da diversificada e pluralística ordem constitucional. De onde deriva seu caráter relativo ou *prima-facie*, que se traduz na possibilidade das razões de um princípio serem afastadas, quando outro princípio lhe opõe razões com maior “peso” para a situação concreta em exame. Fixou-se, também, que a coisa julgada material se apresenta na ordem constitucional brasileira como um direito-garantia fundamental, portanto portadora do caráter *prima facie* de qualquer norma-princípio.

Nesta linha de pensamento, não tem como se defender a impossibilidade de desconsideração da coisa julgada, sem entrar em contradição com tudo o que foi dito até agora. Entender de outra forma seria atribuir ao direito-garantia fundamental da coisa julgada um caráter absoluto ou, nas palavras de Robert Alexy, estar-se-ia a estabelecer uma relação de precedência incondicionada que, indiretamente, colocaria tal direito-garantia fundamental num nível superior aos demais direitos e garantias fundamentais, uma postura que, como se viu, afronta a unidade da Constituição.

Assim, em caso de colisão de bens ou direitos, quando um dos princípios colidentes for o direito-garantia fundamental da coisa julgada, é possível desconsiderar-se tal direito-garantia quando, depois de ponderado (sopesado) o impacto da aplicação dos princípios no caso concreto, a imutabilidade e a intangibilidade da sentença/acórdão e dos seus efeitos não for a decisão que melhor se justifique na

ordem jurídica nacional, portanto quando for caso de coisa julgada injusta, tal como foi definida no item imediatamente anterior.

O que acaba de dizer-se de modo algum representa a apologia da desconsideração aberta e irrestrita do direito-garantia da coisa julgada material, nem tampouco que toda a coisa julgada injusta deve ser desconsiderada, haja vista que se está falando de um direito-garantia fundamental e, mais ainda, porque se trata de um direito-garantia fundamental cuja efetivação pressupõe o esgotamento de todo um processo decisional (lastreado num conjunto de outros direitos e garantias fundamentais), ao longo do qual, no mais das vezes, se apresentam várias oportunidades de impugnação da sentença ou do acórdão judicial proferido (basta lembrar a generosa quantidade de recursos previstos na ordem jurídica nacional, que, muitas vezes, protelam por anos a fio a concretização de diferentes direitos e garantias fundamentais).

Destarte, a desconsideração da coisa julgada injusta só pode efetivar-se depois de um procedimento de ponderação (balanceamento), onde, racional e justificadamente, se constate que manter a impugnabilidade e a intangibilidade da decisão judicial e dos seus efeitos provoca danos maiores do que os provocados pela sua manutenção e pelo sacrifício do princípio colidente (relação custo benefício).

O grande problema que se coloca é que nem sempre esse procedimento de ponderação (aplicação da regra da proporcionalidade), que, como se viu, tem uma estrutura racionalmente construída, pela aplicação subsequente e pré-definida de três sub-regras independentes – análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* – é colocado em prática na solução dos casos concretos levados aos tribunais.

Ao se estudar a distinção entre regras e princípios viu-se que uma das diferenças entre essas duas classes de normas se encontra no modo de aplicação, sendo a *subsunção* o critério adequado para a aplicação concreta de regras e a *ponderação* o critério para a aplicação concreta de princípios. Ocorre que, na perspectiva da teoria alexyana, o desenvolvimento de um procedimento racional de

ponderação, implica a aplicação subsuntiva das três regras específicas (por isso ele distingue máxima da proporcionalidade de princípio da proporcionalidade), respeitada a ordem pré-estabelecida de aplicação, sem a qual não há que se falar em ponderação.

O que se verifica, e é bem sinalizado por Luís Virgílio Afonso da Silva, é que “[...] a invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *tópos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático” (SILVA, I. V. A., 2002, p. 31), o que significa que não passa de uma invocação formalística, ou seja, um estratagema (artifício) persuasivo utilizado pelo órgão judiciário para afastar uma conduta considerada abusiva, sem nenhuma preocupação com a aplicação concreta da regra da proporcionalidade.

Em justificativa, o autor fornece um exemplo convincente da situação, a decisão do STF proferida no julgamento da liminar requerida no HC n.76.060-4/SC, em que, por unanimidade, foi concedida a medida pleiteada, seguindo a Corte o voto do relator, Ministro Sepúlveda Pertence, que invocou a proporcionalidade nos seguintes termos:

[...] O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade — de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais — é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular[...] (STF, HC n.76.060-4/SC, voto rel. Min. Sepúlveda Pertence, p. 8).

No caso, apesar de referir-se à importância fundamental da proporcionalidade na solução da colisão de direitos fundamentais, a passagem acima transcrita é a única referência à proporcionalidade, ou seja, não foi feita nenhuma “[...] referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados” (SILVA, I. V. A., 2002, p. 31).

Como explica o autor supracitado, o raciocínio aplicado pelo STF reduz-se ao uso da fórmula “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional”, elaborado a partir de um silogismo, que tem como premissa maior a previsão constitucional do princípio da proporcionalidade e como

premissa menor que o ato questionado não respeita a exigência da proporcionalidade e, como conclusão, a inconstitucionalidade do ato questionado. (SILVA, I. V. A., 2002, p. 31).

Como se vê, a aplicabilidade concreta da proporcionalidade está muito longe do processo de ponderação desenvolvido por Robert Alexy, onde a regra da proporcionalidade, na sua tríplice divisão, é a estrutura de um procedimento de decisão racional e fundamentada.

Por justiça, é necessário dizer que o levantamento jurisprudencial feito para a elaboração deste trabalho, no âmbito do STF, revela alterações de posicionamento (pelo menos, por parte de alguns Ministros), principalmente após o julgamento do HC 82.424/RS, em 17/09/2003, já apontado atrás, onde se destaca o Voto Vista do Ministro Marco Aurélio (voto vencido), mormente o item 2, denominado “A colisão entre os direitos fundamentais – princípio da proporcionalidade” (p. 39-41 do voto), no qual, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy, o Ministro procede a um juízo de ponderação que perpassa as três sub-regras da proporcionalidade. Ressalva-se, no entanto, a referência do Ministro a valores que não se coaduna com a perspectiva alexyana, legatária da Jurisprudência dos Conceitos.

Entre a jurisprudência do STJ (Superior Tribunal de Justiça) a situação não é diferente. O que se vê com maior constância é a referência ao “princípio” da proporcionalidade e, por vezes, a alusão aos fins e meios utilizados, mas sem grandes preocupações sistemáticas, a exemplo da decisão abaixo:

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE *MANDAMUS*. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS ONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA E INCENTIVO À CULTURA. ARTS. 170 E 216 DA CF/88. INTERPRETAÇÃO. PROPORCIONALIDADE. COISA JULGADA. IDENTIDADE DE AÇÕES. INEXISTÊNCIA.

[...]

3. A intervenção estatal na atuação econômica não pode ocorrer de forma ampla e descontrolada, visto que vivemos num sistema calcado na livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170 da Carta Magna). Destarte, tal ingerência somente é permitida em casos excepcionais, sendo condição para tanto a presença do *requisito da proporcionalidade, no qual existe uma razoabilidade entre os meios empregados e o fim objetivado*.

4. A norma estadual que determina que os estabelecimentos privados a cobre [sic] meia-entrada a estudantes devidamente identificados, não

incorre, em face do postulado da razoabilidade, em qualquer violação a princípios constitucionais, sobretudo diante do conteúdo dos preceitos da livre iniciativa e do incentivo à cultura. (STJ. RMS n.º 19.524 / RJ (2005/0017665-1), Rel. Min. João Otávio de Noronha, grifo nosso).

Especificamente em relação à possibilidade de desconsideração do direito-garantia fundamental da coisa julgada, quando colida com outros princípios constitucionais, não se verifica tratamento diferenciado. Nota-se, todavia, que, apesar de não se fazer referência direta ao “princípio” da proporcionalidade ou da razoabilidade, desde as primeiras manifestações interpretativas a propósito do direito-garantia fundamental da coisa julgada por parte do STF, que a interpretação é pautada pela idéia da proporcionalidade. A proporcionalidade, não como estrutura racional de decisão, mas como princípio, identificada com o princípio da razoabilidade. Veja-se, por exemplo, a Ementa do RE (AgRg) n. 87.366-0/SC, julgado a 21 de agosto de 1979:

EMENTA: - Coisa julgada. Seu conceito moderno. Doutrina de James Goldschmidt que restringe sua força material à situação jurídica no estado em que se achava no momento da decisão, não tendo, portanto, influência sobre os fatos que venham a ocorrer depois. Reajustamento das prestações vencidas após a sentença, embora não prevista nesta a atualização. Possibilidade em face do conceito de coisa julgada (STF, RE n. 87.366-0/SC, Rel. Min. Soares Muñoz, 1ª Turma, p. 67) .

Tal decisão resultou de uma sentença proferida em 1971, que garantiu a um funcionário do INSS o recebimento de um salário mensal de Cr\$ 800,00 (oitocentos cruzeiros), retroativo a 1969 (seu salário à época), e o direito ao aproveitamento de seus serviços no Estado do Rio de Janeiro. Por ocasião da liquidação (1972) surgiu o problema da atualização do salário com base nos aumentos e reajustes legais (à época sem previsão legal). Sob o fundamentado da ofensa à garantia fundamental da coisa julgada, depois de muitas idas e vindas, em 1979 o problema chegou ao STF (via recurso extraordinário), que finalmente homologou os cálculos que incluíam na atualização do salário os reajustes e aumentos concedidos ao funcionalismo após a prolação da sentença exequenda. Interessante a argumentação do Ministro Soares Muñoz que, ao redigir o Relatório, invoca o inconformismo do Agravante, ao dizer:

É necessário que se atente para o *absurdo da situação criada*, caso prevaleça o indeferimento ora recorrido: o Agravante ser aproveitado nos serviços do Agravado, com salário correspondente há dez anos passados,

ou seja, relativo ao ano de 1969! (STF, RE n. 87.366-0/SC, Voto Min. Soares Muñoz, p. 674, grifo nosso).

Depois, no corpo do Voto ensina:

Entretanto, da sentença, prolatada em 1971, para cá, decorreram mais de oito anos e não se acha nos afeitos da coisa julgada e, muito menos na índole da decisão exequenda, o congelamento, por tempo indefinido, ou para sempre, do salário de cr\$ 800,00 por mês, de sorte que a decisão recorrida, *a pretexto de respeitar a coisa julgada, vulnerou-a no seu sentido ontológico.*

[...]

O salário de Cr\$ 300,00, repito, foi fixado tendo em vista as condições contemporâneas à sentença e, por isso, essa fixação não a impede que tal remuneração venha a ser majorada em sintonia com os reajustamentos concedidos aos demais servidores (STF, RE n. 87.366-0/SC, Voto Min. Soares Muñoz, p. 676, grifo nosso).

Sem nenhuma referência a princípios, por detrás das razões apresentadas como justificativas da decisão tomada, vê-se, ainda que de forma implícita, o substrato do princípio da razoabilidade e uma análise da incongruência entre os fins alcançados pela decisão recorrida e os objetivos da garantia fundamental da coisa julgada.

A jurisprudência que especificamente fala de confronto (usando no mais das vezes o termo conflito) de princípios e direitos fundamentais é mais recente. A análise jurisprudencial, no entanto, revela algo muito importante: as situações em que hoje se admite, sem grandes controvérsias, a desconsideração do direito-garantia da coisa julgada — como, por exemplo, nos casos de desapropriação com altas indenizações contra o Estado —, se fundam em precedentes jurisprudenciais que “flexibilizaram” o direito-garantia fundamental da coisa julgada para proteger o cidadão em face do Estado, preservando e garantindo outros direitos e garantias fundamentais.

Veja-se, a título de exemplo, a ementa de uma decisão do extinto Tribunal Federal de Recursos, transcrita pelo Min. Rafael Mayer no Voto vista que proferiu no RE n. 93.412-0/SC:

Desapropriação. Indenização. Preço justo. Nova Avaliação. CF., art. 153. §§ 3º e 22.

I - Em tema de desapropriação, prevalece o preceito constitucional da justa indenização (CF, art. 153, § 22).

II – Conflito entre dois princípios constitucionais inscritos na tábua dos direitos e garantias individuais; prevalecimento daquele que, de forma

imediate, é garantidor de direito individual que a Constituição consagra e que, se não prevalecesse, tornaria inócua a liberdade pública.

III – No caso, dois princípios constitucionais estão em choque: de respeito à coisa julgada (art. 153, § 3º) e à justa indenização por expropriação de bem alheio (art. 153, § 2º), interferindo na questão, outrossim, como indicador de rumo para o intérprete, um outro princípio. O que não admite ao confisco, inscrito no § 11 do art. 153, da CF, a não ser nas hipóteses excepcionais ali mencionadas. Prevalcimento do princípio da justa indenização (CF. art. 153, § 2º) tendo-se em linha de conta, ademais, as peculiaridades do caso.

IV - Realização de nova avaliação, para obtenção do preço justo, porque a avaliação anterior data de mais de 25 (vinte e cinco) anos, pôr isso mesmo manifestamente irreal. Se a nova avaliação operará efeitos jurídicos-patrimoniais [sic] idênticos aos que poderiam ser obtidos numa ação de ressarcimento de prejuízos, impedir que, nos próprios autos da expropriatória, se obtenha o mínimo que, noutra ação, de tramitação penosa e lenta seria obtido, é prestar obséquio à regra formal, em detrimento do direito substantivo, com maus tratos, ademais, no princípio da economia processual, que domina todo o processo.

Embargos rejeitados (STF, RE n. 93.412-0/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Clóvis Ramalheira, Voto vista Min. Rafael Mayer, p. 349-350, grifo no original).

Foram decisões judiciais deste naipe que levaram à consolidação da jurisprudência nacional no sentido de se admitir, não obstante a ocorrência da coisa julgada material, nova avaliação e atualização de bens e valores em caso de procrastinação do pagamento de indenização, fazendo prevalecer o direito fundamental da justa indenização, que, nos casos concretos levados a julgamento, prepondera sobre o direito-garantia fundamental da coisa julgada, invocado, no mais das vezes, não pelo particular, mas pelo Estado, interessado mais em justificar sua própria ineficiência do que na preservação dos direitos e garantias fundamentais dos seus cidadãos.

Curiosamente, o mesmo Estado que no passado invocava a garantia da coisa julgada em seu favor, para se escusar ao cumprimento da Lei (Direito) e se livrar do pagamento de justas indenizações (cujo pagamento deveria ter ocorrido quando da expropriação e não vinte, trinta ou quarenta anos depois) e da justa remuneração de um funcionário, tem, agora, interesse na fragilização do direito-garantia fundamental da coisa julgada exatamente com os mesmos objetivos e, mais ainda, como instrumento de correção da falência do aparelho burocrático estatal e das deficiências da sua defesa judicial, que têm permitido a consolidação e execução de decisões judiciais verdadeiramente absurdas (GRECO, 2004, p. 148), usadas como

paradigmas e justificadoras da necessidade de acabar com o *caráter absoluto da coisa julgada*²⁴⁵.

O que se observou, na verdade, é que, ao longo do tempo, a presença do direito-garantia fundamental da coisa julgada não impediu que o Judiciário (principalmente o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores) se debruçasse sobre situações concretas, onde este direito-garantia fundamental colidia com outros direitos igualmente fundamentais.

Que o direito-garantia fundamental da coisa julgada tem caráter relativo não se questiona, o que não é de admitir-se é que *a priori* se fixem²⁴⁶ as hipóteses de descon sideração, a ponto de se afirmar perante uma dada situação concreta, se observada uma tensão entre dois princípios determinados, que a coisa julgada sempre deve ser descon siderada, como se se tratasse de um direito-garantia fundamental subalterno, inferior a outros direitos e garantias fundamentais, por isso mais “relativo” que os demais.

Falar de coisa julgada é falar de um direito-garantia fundamental e, como se viu, não existem direitos e garantias fundamentais absolutos. Todos os direitos e garantias fundamentais, sem exceção, são mandamentos constitucionais de otimização, todos devem ser realizados na maior medida possível, daí o caráter relativo ou *prima facie*

²⁴⁵ Como é o caso da falada Ação Declaratória de Nulidade cumulada com Repetição de Indébito, promovida pela Fazenda do Estado de São Paulo, para anular acordo judicial de parcelamento de débito, formalizado nos autos de uma Ação de Desapropriação Indireta já transitada em julgado e em sede de execução definitiva – em que se indenizava a área do Parque Estadual de Jacupiranga (1.800 alqueires paulistas ou 4.356 há, por R\$ 79.000.000,00 (valores de 1994) – e, depois de terem sido pagas treze prestações (faltavam dezessete para liquidar o débito), sob o argumento de que a área indenizada já lhe pertencia e não aos autores. Apesar do trânsito em julgado da decisão, o juiz, em sede de antecipação de tutela, concedeu liminar para suspender o pagamento do precatório expedido, liminar que foi cassada no Tribunal pela interposição de Agravo de Instrumento, cujo acórdão, por sua vez, deu azo à interposição de Recurso Especial – Resp n. 240.715/SP – de que foi Rel. o Min. José Delgado, julgado a 15 de fevereiro de 2000, cuja Ementa reza: “PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. EFEITOS. COISA JULGADA:1. Efeitos da tutela antecipada concedidos para que sejam suspensos pagamentos de parcelas acordados em cumprimento a precatório expedido. 2. Alegação, em sede de Ação Declaratória de Nulidade, de que a área reconhecida como desapropriada, por via de Ação Desapropriatória Indireta, pertence ao vencido, não obstante sentença trânsito em julgado. 3. Efeitos de tutela antecipada que devem permanecer até solução definitiva da controvérsia. Conceituação dos efeitos da coisa julgada em face dos princípios da moralidade pública. [...]” (STJ, Resp. n.º 240712/SP, p. 15).

²⁴⁶ Como faz o Min. José Augusto Delgado, elencando uma série de sentenças que, a seu ver, jamais terão força de coisa julgada, porque se tratam de “[...] sentenças injustas, ofensivas aos princípios da legalidade e da moralidade e atentatórias à Constituição.” (DELGADO, 2002, p. 101).

de todos eles. Uma relatividade imposta pela necessidade de convivência com outros direitos e garantias dotados do mesmo *status* de fundamentalidade.

Ora, se todos os direitos e garantias fundamentais detêm o mesmo grau de fundamentalidade, todos detêm igualmente o mesmo grau de relatividade. Essa relatividade, que surge do confronto com outros direitos e bens fundamentais, explica a relação de precedência condicionada que se desenvolve quando, no plano concreto, se dá uma colisão de direitos fundamentais; precedência condicionada pelas condições fático-jurídicas de cada caso concreto e que, portanto, só caso a caso pode ser determinada.

Ao se defender a solução pontual (caso a caso) da colisão concreta de direitos fundamentais, por outros caminhos e perspectivas distintas, se chegou à posição sustentada pelo professor Cândido Rangel Dinamarco, que também rejeita a idéia da existência de soluções prontas e definidas e defende a idéia da ponderação, não nos moldes aqui defendidos, pois se lastreia na doutrina e jurisprudência norte-americanas do princípio da razoabilidade, que destaca sobremaneira o aspecto substancial do devido processo legal. Por isso, a preocupação com um processo justo, um processo de resultados, “[...] no qual os conceitos, sem serem desvalorizados, encaram-se como meios capazes de produzir bons resultados práticos e não como centro fulcral das atenções” (DINAMARCO, 2003, p. 223).

Embora o ilustre professor se refira à proporcionalidade, toma-a como um princípio (tal como ocorre no campo da jurisprudência), invocado pela “[...] imperiosidade de equilibrar as exigências de segurança e de justiça [...]”, de onde deriva a necessidade de condicionar o efeito imunizante da coisa julgada com certos *valores* tão elevados quanto o da definitividade das decisões (DINAMARCO, 2002, p. 50 e p. 52 para a citação literal). Fala de *razoabilidade interpretativa* como critério que deve preponderar para evitar pronunciamentos judiciais absurdos, que violem a inteligência e os sentimentos do homem comum (DINAMARCO, 2002, p. 68). Em nenhum momento o autor desenvolve uma estrutura racional de ponderação, nos moldes da máxima da proporcionalidade, defendida por Robert Alexy.

O pensamento desenvolvido pelo ilustre processualista soa, pelo olhar aqui exposto, algo contraditório, quando, apesar de reconhecer a coisa julgada como uma garantia constitucional, fala da integridade física e da dignidade humana como “valores absolutos que a Constituição Federal cultiva (art. 1º, inc. III e art. 5º)” (DINAMARCO, 2002, p. 59; 2003, p. 249, grifo nosso).

Como se vê, ainda que de forma velada, sua postura expõe a admissibilidade de uma escala de valores constitucionais e a colisão de valores, não de bens ou direitos institucionalizados dotados do mesmo caráter de fundamentalidade. Nisso, não há como acolher suas idéias, que, ainda assim, se louvam pelo comedimento e temperança (que fez com que se apelidasse sua teoria de *moderada teoria da coisa julgada injusta*), que o levam a defender a relativização da coisa julgada como um

[...] trato extraordinário destinado a situações extraordinárias, com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição – com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes (DINAMARCO, 2002, p. 72).

Importa deixar claro que o se rejeita é a idéia de que existem direitos fundamentais absolutos ou hierarquicamente superiores a outros direitos fundamentais. Robert Alexy já demonstrou com seus exemplos que nem mesmo a integridade física e a dignidade da pessoa humana são direitos fundamentais absolutos, pois mesmo esses direitos podem, em algum grau, ser desconsiderados em prol da preservação e concretude de outro direito fundamental, que na situação concreta apresente peso maior.

A própria Constituição mostra essa realidade. Atente-se, por exemplo, para o preceito contido no art. 5º, XLVII, “a”, que proíbe a pena de morte, mas, ao final, abre uma exceção para os casos de guerra. Qual o princípio que lastreia esse preceito? Certamente que um deles é o da dignidade do ser humano, ou não? Se se pensar na declaração de guerra nos moldes previstos constitucionalmente e se se admitir a aplicação da pena capital, é de se perguntar: para onde vão os princípios da integridade física e da dignidade do ser humano?

O que o preceito mostra é que, mesmo aqueles princípios que muitas vezes se tomam como absolutos – porque na maioria dos casos eles são aplicados como

regras, explica Robert Alexy –, podem atritar-se com direitos fundamentais que, no caso específico, podem apresentar razões que os façam prevalecer.

Pelas razões expostas, a perspectiva aqui adotada não comporta posições que relembram a coisa julgada a um papel subalterno e hierarquicamente inferior a outros princípios, como faz o Min. José Augusto Delgado, que expressamente defende a existência dos “[...] valores absolutos de legalidade, moralidade e justiça [...]”, que “[...] estão acima do valor segurança jurídica” (DELGADO, 2002, p. 96), razão pela qual, a segurança imposta pela coisa julgada, só pode imperar “[...] quando o ato que a gerou, a expressão sentencial, não esteja contaminada por desvios graves que afrontem o *ideal de justiça*” (DELGADO, 2002, p. 95, grifo nosso).

É bom lembrar que não se fala aqui de valores, seres pertencentes ao mundo axiológico, e, muito menos, de meros ideais, algo que dificilmente sai do plano abstrato das idéias para se concretizar. Fala-se de bens e direitos positivados, institucionalizados e a serem efetivados na realidade concreta em toda a sua plenitude. Nesta proposta, a justiça não é só um valor (embora também seja um valor), muito menos um ideal, mas pertence ao mundo jurídico, um dever-ser presente em cada um dos direitos fundamentais, que clama por efetividade e concretização.

Reitera-se que, em caso de colisão entre o direito-garantia fundamental da coisa julgada e qualquer outro direito ou bem fundamental, pode sim, à luz da teoria geral dos direitos fundamentais, ser desconsiderado esse direito-garantia fundamental. Porém, para que tal ocorra, como em qualquer confronto de princípios, é imprescindível que se adote efetivamente um procedimento de ponderação ou balanceamento, racionalmente estruturado (máxima da proporcionalidade), que analise e sopesse as condições fático-jurídicas presentes e chegue a uma decisão plenamente justificada em face da unidade constitucional, independente de qual for o direito fundamental prevalecente e o direito fundamental sacrificado ou restringido.

Desse modo, a desconsideração do direito-garantia fundamental da coisa julgada, como a “quebra” de qualquer direito ou garantia fundamental, é decisão excepcional

que pressupõe a observância de um procedimento de justificação racional, que passa ordenada e sucessivamente pelos seguintes passos:

- 1) identificação dos direitos fundamentais em tensão ou colisão, no caso, o direito-garantia fundamental da coisa julgada e qualquer outro bem ou direito fundamental;
- 2) verificação da adequação ou da conformidade, que consiste em analisar se a desconsideração da coisa julgada é capaz de garantir os objetivos pretendidos, ou seja, o exercício ou a realização do direito fundamental oposto;
- 3) verificação da necessidade ou conformidade dos meios, que se traduz na verificação de que o afastamento do direito-garantia da imutabilidade e intangibilidade do provimento jurisdicional é imprescindível para a consecução dos objetivos almejados, ou seja, a verificação de que o sistema jurídico não dispõe de outro mecanismo jurídico igualmente hábil e eficaz e que cause menos gravame ao direito fundamental preterido;
- 4) verificação da proporcionalidade ou exame da “justa medida”, onde é necessário “pesar” as conseqüências da lesão ao direito-garantia da coisa julgada com os benefícios auferidos pela sua “quebra” e prevalência do direito fundamental oposto, ou seja, a análise das conseqüências jurídicas dos princípios em colisão, para a partir daí verificar, comparar e precisar qual o princípio que apresenta maior força e que deve prevalecer, por ser o que melhor solução oferece para o caso concreto e, conseqüentemente, por ser a decisão que racionalmente melhor se justifica em face do sistema, no sentido de que lesiona o menos possível a própria ordem jurídico-constitucional, cumprindo o mandamento de que todos os direitos fundamentais devem ser realizados na maior medida possível.

Patente, pois, que a idéia da desconsideração do direito-fundamental da coisa julgada no confronto com outros direitos fundamentais não pode ser um pré-juízo ou um “fundamento óbvio” (TALAMINI, 2005, p. 587), carregado de subjetivismo ou

puro decisionismo judicial, quando não meramente político (sem nada de jurídico), em que a idéia da proporcionalidade aparece como um princípio constitucional, invocado apenas para justificar a decisão tomada, mero argumento retórico, ao invés de se adotar a regra da proporcionalidade como estrutura de aplicação dos princípios fundamentais e procedimento de verificação e análise do impacto concreto da desconsideração de um princípio em favor de outro, não só para as partes envolvidas no confronto, mas para a totalidade da ordem jurídica, ou seja, uma real e concreta análise da relação “custo/benefício”, de modo a que seja tomada a decisão mais *justa*, por ser a mais adequada (por isso, a que melhor se justifica) para a situação específica, otimizando o mais possível o direito fundamental prevalecente com o menor sacrifício possível do direito rejeitado, ou seja, otimizando o máximo possível todos os princípios colidentes.

Significa então que, mesmo injusta, nem sempre a garantia constitucional da imutabilidade e da intangibilidade dos provimentos (sentenças e acórdãos) jurisdicionais pode ser desconsiderada, pois pode não se revelar a medida jurídica adequada, por não propiciar a obtenção dos objetivos pretendidos, caso em que deve ser afastada de imediato a idéia da desconsideração; pode não ser a medida jurídica necessária, por existirem na ordem jurídica outros mecanismos que permitem atingir igualmente os mesmos resultados, sem que o direito-garantia fundamental seja afetado, o que novamente impõe a sua permanência; e pode o exame das conseqüências jurídicas dos conflitos colidentes recomendar que se mantenha a intangibilidade da sentença ou do acórdão, por ser a solução que melhor se justifica para o caso específico em análise.

É imperativo, reforça-se, que, quando numa situação jurídica concreta se atritam direitos fundamentais, se rejeitem os *standarts* ou padrões estabelecidos e se busque a solução particular e individualizada do caso, se não a única resposta correta, pelo menos, a que melhor atende às particularidades da situação específica. O que implica jamais abrir mão do procedimento ponderativo, regrado pela máxima da proporcionalidade.

Um exemplo significativo do que acaba de ser dito é referendado por Eduardo Talamini, ao comentar a problemática da coisa julgada nas ações filiatórias,

reconhecidamente um dos ambientes jurídicos onde – sob o argumento de que a identificação precisa do pai ou mãe biológico se prende ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana – o fenômeno da desconsideração mais se faz sentir e, embora não diga respeito à desconsideração da coisa julgada, é usado pelo autor para demonstrar a impossibilidade de, mesmo nas ações de filiação, se desconsiderar a coisa julgada sem atentar para as particularidades do caso (TALAMINI, 2005, p. 589).

Trata-se de decisão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido no REsp. n. 119.346-GO, rel. Min. Barros Monteiro, em que, por unanimidade, o recurso especial não foi conhecido, mantido o acórdão do Tribunal de Justiça de Goiás que, ao reformar a sentença de primeiro grau, julgou improcedente uma Ação de Anulação ou Reforma de registros de nascimento, nas seguintes circunstâncias: pouco tempo após ter-se casado, o pai compareceu ao cartório de Registro Civil, declarou ter três filhos, todos com a sua esposa. Porém, na verdade, eram filhos dele com outras mulheres, fato conhecido de toda a sociedade da época. Mais de quarenta anos depois, à morte da mulher, o viúvo procedeu à abertura do inventário dos bens por ela deixados, declarando como herdeiros todos os seus treze filhos: dez havidos na constância do casamento e os três primeiros, que eram biologicamente apenas filhos dele. Os filhos biológicos do casal, então, ajuizaram ação sustentando que, por serem apenas filhos do pai, os três irmãos mais velhos não teriam direito à herança deixada pela mãe e, por isso, requeriam a anulação ou reforma dos registros de nascimento daqueles, para que dos assentos de nascimento fossem extraídos os nomes da mãe e dos avós maternos. Atendendo às particularidades do caso, o Tribunal de Justiça de Goiás, apesar de reconhecer a adoção simulada (pela falsidade ideológica do registro, pela impossibilidade de adoção antes de decorridos cinco anos do casamento e pela idade da esposa), reformou a decisão de primeiro grau, para julgar inteiramente improcedente a ação, reconhecendo que,

Se a mulher, há mais de trinta anos, registrou como seus filhos naturais de seu esposo e a eles dedicou amor maternal, é de se reconhecer a ocorrência de adoção simulada, reveladora de grandeza de gesto a atitude nobre. Filhos registrados que contam hoje com mais de 40 anos, já tendo adquirido a filiação materna como um patrimônio de vida é referencial de identidade. Registro civil que se mantém. [...] (STJ, Resp. n. 119.346-GO, p. 3-4).

Mais interessante, ainda, o procedimento ponderativo levado a cabo e que transparece nas razões de decidir, apontadas no acórdão recorrido:

...Ora, é verdade que D. Eunice sabia da existência dos registros e nunca tencionou anulá-los. A eventual submissão ao marido poderia tê-la impedido. Contudo, é verdade, também que ela dedicou carinho e atenção aos réus, o que já escapa à qualquer imposição marital. Era iniciativa sua. Aliás, antes mesmo de contrair matrimônio, ela já sabia que seu futuro esposo tinha três filhos, conforme atestam as testemunhas. Portanto, assumiu o enlace e as crianças.

De tal forma que D. Eunice casou-se com o Sr. Engênio Boel Júnior, assumindo os três filhos que ele já tinha. Para tanto, registrou-os (ou pelo menos permitiu que se registrasse) como seus e dispensou-lhes todos os cuidados inerentes ao amor materno. Isso no ano de 1957, quando a legislação a respeito era ainda tímida e cerceada por preconceitos vãos. Mais grandiosa que a lei, D. Eunice educou todos os filhos com igualdade de tratamento e, se assim o fez, no que tange ao seu amor de mãe, de valor inestimável, por que não o fazê-lo com relação aos bens materiais?

Por outro lado, os réus, crianças na época da adoção simulada, hoje contam com mais de 40 anos de idade, alguns já casados, com descendentes etc. Toda sua história de vida tem como referencial a filiação que se quer desfazer. São registros de diploma, certidões de casamento etc, que seriam vulnerados pela intenção dos autores.

Providência esta que a suposta mãe nunca diligenciou.

Num momento histórico em que as famílias se dilaceram, as relações entre pais e filhos se deterioram e o capital e não o amor, ocupa os altares da sociedade, é impossível não se sensibilizar com o comportamento de D. Eunice. Se ela assumiu as crianças – hoje adultos – e, principal, – dedicou-lhes o amor materno, seu gesto tem que ser absorvido pelo julgador (STJ, Resp. n. 119.346-GO, p. 5-6).

Imagine-se, agora, que a solução do caso tivesse sido outra. Se o TJ de Goiás não houvesse revertido a sentença de primeiro grau, ou se o STJ tivesse acolhido o fundamento da ilegalidade e da nulidade do ato de registro apontado pelos recorrentes. O que se teria no caso? Certamente, uma decisão judicial formalmente correta, constitucional e legalmente conforme à ordem jurídica e, ainda assim, extremamente injusta, mas que adquiriria a força da coisa julgada e, como a sentença e seus efeitos, extremamente injusta. Seria caso de desconsideração?

Como se trata de uma questão fictícia, a resposta não pode ser dada *a priori*. Vale, porém, pela reflexão que proporciona e é usada aqui com o único objetivo de, um pouco adiante (p. 211), se usar o resultado fictício dessa ponderação para divisar a coisa julgada injusta da coisa julgada inconstitucional.

Cumpre não perder de vista que, na perspectiva dogmática aqui adotada, justiça é a *pretensão de correção* do Direito, um bem jurídico institucionalizado e realizado

mediante órgãos e procedimentos pré-estabelecidos e normatizados. Se abstratamente isto é difícil de visualizar, no plano concreto, pelo menos o lado formal do procedimento que leva à formação da coisa julgada é bem visível, mais um fator que justifica os cuidados que se devem ter com a sua desconsideração. Tal como diz Tércio Sampaio Ferraz Júnior,

[...] simplesmente *desconsiderar* a autoridade da coisa julgada face a um juízo de justiça não é compatível com a segurança jurídica, direito fundamental reconhecido pela Constituição Federal. Nem mesmo em nome de uma suposta injustiça, por ferimento a um princípio de isonomia. Assim, pelo reconhecimento de que a coisa julgada não é a sentença transitada em julgado, nem é um efeito da sentença da sentença transitada em julgado, mas a imutabilidade e indiscutibilidade da sentença da qual não caiba mais recurso, desconsiderar a coisa julgada (imutabilidade e indiscutibilidade) pelo suposto motivo de que a sentença ou seus efeitos seriam injustos, é violar a garantia constitucional da coisa julgada, ignorando que a justiça da coisa julgada tem a ver com a segurança, da qual é inseparável (FERRAZ JÚNIOR, 2005, p. 276).

Também este autor adota um conceito de justiça que mescla elementos formais e substanciais, ou seja, defende que, sob os auspícios do Estado de Direito, a concretização da justiça pressupõe um proceder decisório (legislativo, administrativo ou judicial) que assegure não só um resultado materialmente justo (como o mais adequado para a situação), mas, ao mesmo tempo, a previsibilidade do proceder decisório, que é a segurança jurídica (FERRAZ JÚNIOR, 2005, p. 270-271).

Por tudo que foi dito, qualificar a coisa julgada de injusta não é tarefa fácil; desvendar e enumerar as situações concretas em que tal direito-garantia, ao se atritar com outro direito ou bem fundamental, deve ser desconsiderado é tarefa impossível e puro desperdício de tempo, devido ao universo de situações concretas possíveis e à própria historicidade do Direito, inclusive dos direitos fundamentais.

Mais importante do que delinear ou definir as hipóteses de desconsideração da coisa julgada injusta, importa ter consciência que, em se tratando de um confronto de princípios, a resposta correta tem que ser buscada caso a caso, de acordo com as peculiaridades de cada um. É importante, nas palavras do professor Donald Armelin, encarar o “[...] fenômeno da estabilidade das decisões judiciais de forma construtiva” (ARMELIN, 2003, p. 303). Encarado construtivamente é possível, sem afetar a relevância do direito-garantia fundamental da coisa julgada na ordem

constitucional brasileira, admitir que se afastem ou desconsiderem os seus efeitos, quando, pelas suas peculiaridades, afetem intensa e prejudicialmente a tessitura da ordem jurídico-político-social.

Ao iniciar este trabalho de pesquisa, partiu-se da premissa de que coisa julgada injusta e coisa julgada inconstitucional são coisas diferentes e o problema central do trabalho consiste exatamente em saber o que distingue a coisa julgada injusta da coisa julgada inconstitucional. Pois bem, antes de encerrar o tratamento da coisa julgada injusta, julga-se conveniente tentar sintetizar os elementos que, na perspectiva aqui adotada, caracterizam a coisa julgada injusta;

- 1) é resultado de uma colisão entre o direito-garantia fundamental da coisa julgada e outro bem ou direito fundamental;
- 2) não se trata de inconstitucionalidade, porque todos os princípios em colisão são constitucionais, portadores do mesmo *status* de fundamentalidade e igualmente válidos, sem que essa validade seja afetada pela decisão da colisão, que apenas afasta a eficácia do princípio preterido no caso concreto específico;
- 3) não se prende unicamente à sentença que contém erros de julgamento (*error in iudicando*) – no sentido comum que a doutrina processualista freqüentemente lhe atribui, denominando de sentença injusta aquela que contém um juízo incorreto –, mas compreende também os erros de procedimento (*error in procedendo*), já que abarca todas as situações de colisão de direitos fundamentais, independente da natureza material ou procedimental dos direitos colidentes;
- 4) surge quando a prevalência do direito-garantia fundamental da coisa julgada sobre o princípio ou princípios opostos não for a solução que melhor se justifique, revelando-se, por isso, incorreta ou injusta;
- 5) é constatável única e exclusivamente, por um procedimento racional de ponderação, estruturado na aplicação da máxima da proporcionalidade, no

seu triplo desdobramento: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito;

- 6) admite ser desconsiderada devido ao caráter *prima facie* do direito-garantia fundamental, mas somente depois do processo de ponderação ou balanceamento de todos os princípios colidentes;
- 7) a desconsideração é sempre uma decisão extraordinária e particularizada, para solucionar uma situação jurídica também excepcional.

Como última reflexão sobre a coisa julgada injusta, quer-se voltar ao exemplo fictício, imaginado a partir da inversão da decisão do STJ no caso da adoção simulada. Disse-se, então, que se os argumentos da ilegalidade e da nulidade dos registros de nascimento e da adoção simulada (contaminada por múltiplas ilegalidades), em algum momento do processo, houvessem sido acatados e se consolidassem numa decisão judicial, se teria uma decisão formalmente correta – já que não houve nenhum erro procedimental – constitucional e legalmente conforme à ordem jurídica – pois, comprovadas as ilegalidades apontadas, nada mais lógico que se cumprisse a lei e se reconhecesse a nulidade dos registros e os demais pleitos formulados – mas, ainda assim, extremamente injusta. Por quê injusta? Se se recorrer à máxima da proporcionalidade a resposta pode ser a seguinte:

- 1) no caso existe colisão de princípios, especialmente entre o direito fundamental à herança dos filhos biológicos e o princípio da dignidade humana (o direito ao nome, à família etc) dos filhos adotados pela mãe;
- 2) a ação anulatória de registro é o meio hábil a satisfazer o direito fundamental dos filhos biológicos;
- 3) a ação anulatória de registro é necessária (não existem outros meios jurídicos) para que os filhos biológicos possam exercer seu direito plenamente;
- 4) consideradas as condições fáticas e jurídicas presentes e comparadas as conseqüências jurídicas dos princípios colidentes, vê-se que a satisfação do

direito à herança dos filhos biológicos é desproporcional aos sacrifícios que impõe aos direitos fundamentais dos filhos adotados. Logo, uma decisão que optasse por satisfazer o direito à herança seria uma decisão injusta (no sentido de justificação) que, ao adquirir a força da coisa julgada, daria lugar a uma hipótese de coisa julgada injusta.

O objetivo deste exercício fictício de ponderação, como se disse atrás, é comprovar que, em sede de direito-garantia fundamental da coisa julgada, a injustiça e a inconstitucionalidade (ou a ilegalidade) são coisas distintas, o que significa que não se confunde a coisa julgada injusta com a coisa julgada ilegal ou com a coisa julgada inconstitucional. E, além disso, com o exemplo tentar mostrar que uma decisão judicial pode apresentar-se legal e constitucionalmente conforme à ordem jurídica e, apesar disso, ser uma decisão injusta.

À vista disso, uma vez que já se tratou da coisa julgada injusta, impõe-se enfrentar o último ponto desta pesquisa, a coisa julgada inconstitucional.

5.2 COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Um pouco atrás, deixou-se assente que as disposições constitucionais possuem natureza dúplice, por isso, além das normas-princípio, elas estatuem também normas-regra, a norma de estrutura fechada e que se aplica subsuntivamente a um rol determinado e específico de situações fáticas, exigindo cumprimento pleno, se satisfeitas as condições de validade e se observarem os pressupostos fáticos de incidência.

Fixou-se, também, que identificar um princípio ou uma regra só é possível pela interpretação e que todo o direito e garantia fundamental pode se apresentar quer como princípio, quer como regra. Apresenta-se como princípio, norma de caráter relativo, quando confrontado com outros direitos ou bens fundamentais. Apresenta-se como regra, norma de caráter absoluto, quando tomado isoladamente, quando o que interessa saber é se a regra vale ou não vale, se a regra foi ou não foi violada.

Essa é uma conclusão geral e aplicável a todos os direitos e garantias fundamentais, logicamente também ao direito-garantia fundamental da coisa julgada.

Viu-se, ainda, que tal como as normas-princípio podem atritar-se com outras normas-princípio ao incidirem sobre uma dada situação concreta, dando origem à *colisão de princípios*, também as normas-regra podem atritar-se com outras normas-regra, dando lugar aos *conflitos de regras*. Por conseqüência, também o direito-garantia fundamental da coisa julgada, na qualidade de regra, pode entrar em conflito com outras regras. Um conflito que pode ser de vários tipos, porque pode resultar de causas diversas.

Por questões metodológicas e de pertinência com o objeto da pesquisa, vai-se tratar de um único *conflito de regras*, o conflito entre a regra do direito-garantia fundamental da coisa julgada e outra regra constitucional, ou seja, o conflito da regra concreta da coisa julgada com a Constituição.

É aí, quando a regra do direito-garantia fundamental da coisa julgada vai de encontro à Constituição, que se pode falar de *coisa julgada inconstitucional*. Antes, porém, de falar especificamente da coisa julgada inconstitucional, impõe-se o entendimento de alguns conceitos básicos, a começar pelo de inconstitucionalidade. É por ele que se inicia.

5.2.1 A Inconstitucionalidade

O binômio constitucionalidade/ inconstitucionalidade só tem sentido por referência a um conceito de constituição e, como se sabe, o conceito de constituição pode ter conotações diversas. Sem entrar nesse campo de estudo, cumpre informar que se adota, para efeito desta pesquisa, o conceito jurídico-normativo de constituição, ou seja, a constituição é encarada como o conjunto de normas jurídicas (regras e princípios), que em um determinado momento histórico se apresenta como o fundamento positivo de validade de todas as demais normas jurídicas que integram o sistema jurídico (KELSEN, 2003, p. 247) e que, por isso mesmo, são dotadas da

condição de supremacia em relação às demais normas do sistema (CANOTILHO, 2003, p. 245-246), ocupando, no dizer de Hans Kelsen, “[...] o escalão de Direito positivo mais elevado” (KELSEN, 2003, p. 247).

É lógico que, ao adotar esta postura, se reconhece a teoria kelseniana da ordem jurídica, no sentido de que se trata de um sistema de normas jurídicas estruturado hierarquicamente, portanto, “[...] uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas” (KELSEN, 2003, p. 247), em que a constituição ocupa o píncaro da ordem jurídica positiva²⁴⁷.

Conseqüência dessa hierarquia, diz o professor Paulo Bonavides, “[...] é o reconhecimento da ‘superlegalidade constitucional’, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania” (BONAVIDES, 2005, p. 298).

No cume dessa conformação escalonada (hierarquizada) de normas jurídicas positivas, a Constituição é a *fonte* da unidade de todo o sistema jurídico, “[...] o fundamento da ordem estatal” (KELSEN, 2003a, p. 131), por isso, não raras vezes é denominada de Lei Fundamental.

Exprime bem essa idéia a noção de Constituição que, em 1928, o próprio Hans Kelsen apresentou ao escrever:

Através de múltiplas transformações, a noção de *Constituição* conservou um núcleo permanente: *a idéia de um princípio supremo que determina a ordem estatal na sua totalidade e a essência da comunidade constituída por esta ordem [...]*” (KELSEN, 2001, p. 11, grifo nosso).

Lei Fundamental, Lei Suprema, Lei Maior (e tantas outras expressões usadas para designá-la), no sentido de que todas as normas jurídicas infraconstitucionais devem conformar-se com ela, ou seja, devem curvar-se às suas prescrições. Uma lição exaustivamente repetida por toda a doutrina, sintetizada por Zeno Veloso nos seguintes termos:

²⁴⁷ Frisa-se o qualificativo positivo no sentido de que se refere ao Direito posto, instituído positivamente na ordem jurídica. Ocorre que, na estrutura kelseniana, acima da Constituição encontra-se a norma fundamental, norma pressuposta ou hipotética, fundamento de validade da própria Constituição.

As normas constitucionais são dotadas de preeminência, supremacia em relação às demais leis e atos normativos que integram o ordenamento jurídico estatal. Todas as normas devem se adequar, têm de ser pertinentes, precisam se conformar com a Constituição, que é o parâmetro, o valor supremo, o nível mais elevado do direito positivo, a *lex legum* (a Leis das leis) (ZENO VELOSO, 2000, p. 17)

Tal pensamento nada mais é do que a expressão do *princípio da supremacia da Constituição*, ou seja, a exigência de que todos os atos ²⁴⁸ do Estado se compatibilizem com a Constituição. A idéia da compatibilidade entre a Norma Maior e os demais atos estatais leva à noção de constitucionalidade. São constitucionais todos os atos estatais que respeitem essa relação de compatibilidade. Restringindo a idéia aos atos normativos, são constitucionais todos os atos normativos infraconstitucionais que se coadunam com a Constituição.

Numa interpretação a *contrario sensu* chega-se à noção de *inconstitucionalidade*, isto é, se da conformidade dos atos normativos com a Constituição resulta a constitucionalidade desses atos normativos, ao reverso, a *inconstitucionalidade* resulta da desconformidade dos atos normativos infraconstitucionais com a Constituição. Noutras palavras, a *inconstitucionalidade* é qualidade do que afronta a Constituição, daquilo que vai de encontro às suas prescrições.

Não sem motivo, Jorge Miranda define a inconstitucionalidade como a relação que se estabelece entre a Constituição e um comportamento com ela incompatível. Segundo suas palavras,

Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não em seu sentido, que tem nela ou não a sua base (MIRANDA, 2001, p. 7-8).

A inconstitucionalidade, então, resulta da ofensa ou contrariedade à Constituição, mas não à Constituição como um todo (o que seria anticonstitucionalidade e não inconstitucionalidade). Quer dizer, a inconstitucionalidade se refere sempre à

²⁴⁸ Intencionalmente, usam-se as expressões *atos do Estado* e *atos estatais*, ao invés das costumeiras “atos normativos do Estado” ou “atos normativos estatais”, o motivo está em que, seguindo José Joaquim Gomes Canotilho, se entende que a exigência de conformidade com a Constituição não se aplica só aos atos normativos, mas a todos os atos do Estado. Qual a implicância? A idéia que o princípio da conformidade dos atos do Estado com a Constituição é muito mais amplo que o princípio da constitucionalidade dos atos normativos (CANOTILHO, 2003, p. 246).

relação de contrariedade de um ato normativo infraconstitucional com uma norma constitucional certa e determinada, independente da expressão verbal desta, ou seja, pode referir-se a um artigo único ou a um grupo determinado de artigos, como pode referir-se, exclusivamente, a um parágrafo, a um número ou a uma alínea de um artigo (MIRANDA, 2001, p. 9). Envolve, portanto, sempre um conflito entre regras de duas diferentes hierarquias: uma constitucional e uma infraconstitucional.

Entretanto, nem toda a contrariedade à Constituição é tida como inconstitucionalidade. Para receber tal qualificação, a relação de desconformidade tem de ser uma relação direta, quer dizer, é necessário que o ato estatal ofensivo viole diretamente e imediatamente a norma constitucional. Tal exigência é plenamente justificável pela estrutura estratificada da ordem jurídica, que, pela dinâmica e complexidade do sistema, admite vários centros de posituação, mas exige que cada ato jurídico estatal se alicerce, material e formalmente, num ato normativo superior, numa escalada ascendente de fundamentação, que culmina na Constituição – o fundamento positivo último de validade.

Hans Kelsen explica bem o que representa cada um dos estratos jurídicos nessa estrutura encadeada de fundamentação: “cada degrau da ordem jurídica constitui, portanto, um conjunto e uma produção de direito relativamente ao degrau inferior, e uma reprodução do direito relativamente ao degrau superior” (KELSEN, 2001, p. 10).

Desse modo, há normas que só indiretamente se fundamentam na Constituição, tendo como fundamento direto, a norma imediatamente superior. Nestes casos, havendo incompatibilidade entre as normas trata-se de *conflito de legalidade*, pois as normas fundante e fundada são normas infraconstitucionais. Por isso, se fala de ilegalidade ou inconstitucionalidade indireta²⁴⁹. Bem claras, a respeito, as palavras de Marcelo Neves,

[...] o problema da inconstitucionalidade das leis resulta de uma relação imediata de incompatibilidade com a constituição. a denominada “inconstitucionalidade mediata”, também, chamada “indireta”, é antes um problema de ilegalidade, ou de relação de incompatibilidade internormativa infralegal, inconfundíveis com a noção rigorosa de inconstitucionalidade [...] (NEVES, 1988, p. 124 e p. 72-73)

²⁴⁹ Nesse sentido, Miranda (2001, p. 22).

Mais direto, José Joaquim Gomes Canotilho explica simplesmente: “[...] inconstitucional é toda a norma legal que viole os preceitos constitucionais; ilegal é todo o acto normativo que contrarie o direito plasmado em leis; [...]” (CANOTILHO, 2003, p. 927). Já Jorge Miranda explica que, mesmo se referindo ao mesmo fenômeno – a violação de normas jurídicas por atos estatais – a inconstitucionalidade e a ilegalidade “[...] divergem pela qualidade dos preceitos ofendidos [...]” (MIRANDA, 2001, p. 22).

Em suma, a inconstitucionalidade resulta da ofensa ou contrariedade direta à Constituição e pode efetivar-se tanto por ação – inconstitucionalidade comissiva –, como por omissão – inconstitucionalidade omissiva. Inconstitucionalidade por ação é a que advém da prática de um ato incompatível com a Constituição; inconstitucionalidade por omissão é a que resulta da inércia de qualquer órgão do Poder, ou seja, a que ocorre quando o ato exigido pela Constituição deixa de ser praticado.

A afronta deliberada ou acidental à Constituição é sempre uma inconstitucionalidade, mas, quando se trata de inconstitucionalidade por ação, permite distinguir dois tipos de inconstitucionalidade: a formal e a material²⁵⁰.

Atente-se que existe controvérsia doutrinária acerca desta classificação, ou melhor, esta classificação é usada em duas perspectivas distintas: uma²⁵¹ que leva em conta a natureza da norma constitucional e que se prende aos conceitos de constituição material²⁵² e de constituição formal²⁵³; outra que considera o conteúdo da norma constitucional, que é a mais comumente utilizada.

²⁵⁰ A doutrina clássica lusitana, distingue três tipos de inconstitucionalidade: a *material*, que se refere à desconformidade de conteúdo; a *formal*, a relativa aos vícios de procedimento e a orgânica, referente à violação das normas de competência. Entre os autores mais jovens, entretanto, já predomina a classificação binária, com a inconstitucionalidade formal compreendendo os vícios de procedimento e de competência. Sobre o assunto, entre outros, Canotilho (2003, p. 959), Miranda (2001, p. 34-35). Entre os autores brasileiros, esta classificação é adotada por Barroso (2006, p. 26) e Clève (2000, p. 39-47).

²⁵¹ Denota preferência por esta classificação Jevaux (2003, p. 91).

²⁵² Considera o conteúdo essencial presente em toda e qualquer Constituição, principalmente o que diz respeito à organização do poder, distribuição de competências e aos direitos e garantias fundamentais. (BONAVIDES, 2005, p. 80)

Sem nenhum tipo de avaliação teórica, opta-se aqui pela segunda posição, simplesmente porque ela destaca a especificidade da conduta ofensiva. Assim, considera-se inconstitucionalidade formal a que está ligada ao processo de elaboração do ato normativo, diz respeito à inobservância das exigências contidas no processo legislativo indicado no próprio texto constitucional, por exemplo, vício de iniciativa ou ausência de quorum especial. Portanto, é um vício extrínseco ao ato, já que ocorre na fase da produção da norma, um processo que vai da iniciativa até à sua inserção no ordenamento jurídico. A inconstitucionalidade material, também chamada substancial, refere-se ao conteúdo do ato normativo, ocorre quando este se choca com as regras ou princípios constitucionais ²⁵⁴.

Relevante a esta pesquisa é ainda a distinção entre inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente. Inconstitucionalidade originária é o defeito congênito do ato normativo (BARROSO, 2006, p. 40), ou seja, o ato normativo ingressa no mundo jurídico já desconforme com a Constituição vigente. Por sua vez, a inconstitucionalidade superveniente é a que se manifesta num momento posterior à edição da norma, provocada pelo surgimento de uma nova norma constitucional – que pode ser uma nova Constituição, uma norma de revisão ou uma emenda constitucional –, que estabeleça tratamento normativo contrário a normas anteriores ²⁵⁵ (CANOTILHO, 2003, p. 1013).

A questão da inconstitucionalidade superveniente exige que se conjugue a supremacia constitucional e a continuidade da ordem jurídica, na verdade, lembra a tese da recepção das normas jurídicas infraconstitucionais, isto é, as normas jurídicas anteriores que são acolhidas por uma nova Constituição, com o que adquirem um novo fundamento de validade. Sua permanência no novo ordenamento jurídico vai depender da conformidade com o novo fundamento de validade, a nova Constituição.

²⁵³ Considera o conteúdo que, embora não diga respeito à organização política, foi introduzido no corpo da Constituição, passando a gozar da garantia e superioridade das normas constitucionais (BONAVIDES, 2005, p. 81).

²⁵⁴ Nesse sentido, entre outros, Clève (2000, p. 39 e ss.), Neves (1988, p. 110 e ss) e Barroso (2006, p. 26-30).

²⁵⁵ Para aprofundamento do tema, entre outros, Neves (1988, p. 85 e ss), Clève (2000, p. 54-55), Barroso (2006, p. 40-41), Canotilho (2003, p. 1013) e Miranda (2001, p. 35 e ss).

A respeito do assunto, se dividem os autores entre os que advogam a revogação pura e simples das normas incompatíveis com o novo texto constitucional e os que defendem a inconstitucionalidade superveniente. Como lembra Alexandre Bernardina, não se trata simplesmente de uma discussão acadêmica ou teórica, mas de um problema prático, pois apenas o reconhecimento da inconstitucionalidade superveniente torna possível o controle concentrado de constitucionalidade pela Corte Constitucional (BERNARDINA, 2006, p. 39).

Na esteira do entendimento do STF ²⁵⁶, a maior parte da doutrina nacional não reconhece a possibilidade da inconstitucionalidade superveniente e defende a revogação automática, sob a alegação de que a *lei posterior revoga a anterior*. Assim se manifesta Marcelo Neves:

[...] a lei incompatível com a norma inconstitucional superveniente submete-se também, apesar de sua inferioridade hierárquica, à aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*, sendo, portanto, lei revogada e, por essa razão, juridicamente “inexistente”, ou melhor, não mais pertencente ao ordenamento jurídico [...] (NEVES, 1988, p. 96).

Entretanto, considerando que, para evitar o vazio legislativo, as normas jurídicas anteriores são automaticamente recepcionadas e que a inconstitucionalidade só surge quando reconhecida a incompatibilidade da norma com seu novo fundamento de validade, parece claro que as normas jurídicas permanecem no sistema enquanto dele não forem retiradas por um dos procedimentos previstos (revogação; pronúncia de inconstitucionalidade) na norma superior e pela ação do órgão competente.

Além disso, por princípio, o critério cronológico ligado à fórmula *lex posterior derogat priori* só se aplica à antinomia de preceitos do mesmo nível hierárquico, motivo

²⁵⁶ O STF manifestou-se sobre o assunto quando do julgamento da ADIN n. 2/DF, cuja ementa dispõe: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes, revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. Ação direta de que não se conhece por impossibilidade jurídica do pedido. (STF, ADIn nº 2/DF. Relator: Ministro Paulo Brossard. DJ, 21 nov. 1997).

porque Hans Kelsen o considera incluído entre as atribuições de competência (KELSEN, 2003, p. 230), o que não se verifica na relação que se estabelece entre a Constituição vigente e as normas anteriores, que é regida pelo princípio da supremacia constitucional. Sem falar que a análise da “[...] compatibilização entre as normas jurídicas pode ser considerada segundos diferentes pontos de vista” (COELHO, 2001, p. 43) e levar a juízos divergentes, sendo necessário que o órgão competente (mediante procedimento específico) diga, definitivamente, se há ou não incompatibilidade. Por tudo isso, a tese da inconstitucionalidade superveniente parece ter mais consistência.

Sinaliza Alexandre Bernardina, que a postura do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto tem apresentado progressão considerável, principalmente após a edição da Lei nº 9.882/99, que expressamente prevê a possibilidade de inconstitucionalidade dos atos normativos pré-constitucionais, já tendo sido admitido o processamento de ADPF’s ajuizadas por esse fundamento (BERNARDINA, 2006, p. 44).

Identificada a inconstitucionalidade e alguns dos principais tipos, impõe-se pensar nas suas conseqüências jurídicas. No fundo, o que se quer saber é: que fim leva a norma inconstitucional? Ou, em termos jurídico, qual a natureza jurídica da inconstitucionalidade?

5.2.2 A natureza jurídica da inconstitucionalidade

Admitida a inconstitucionalidade como a desconformidade de um ato normativo infraconstitucional com uma norma constitucional, fica fácil compreender que se trata de um conflito de regras, nos moldes definidos por Robert Alexy e já analisados anteriormente. Um conflito que envolve duas regras hierarquicamente distintas: uma regra constitucional (superior) e uma regra inferior.

Retomando, para encadeamento do raciocínio, um pouco da construção teórica de Robert Alexy, viu-se que regras são normas que se apresentam com caráter

absoluto, portanto, como direitos definitivos, que ao incidirem estabelecem uma relação de precedência incondicionada, a ser resolvida positiva ou negativamente pelos critérios jurídicos da validade, ou seja, atendidas as condições de validade e verificando-se as condições fáticas de incidência a regra vai incidir, salvo se anteriormente se houver estabelecido alguma cláusula de exceção.

Em termos práticos, significa dizer que, “chova ou faça sol”, a regra ou vai incidir ou não vai incidir: não existe meio termo. Em função disso, verificando-se um conflito de regras, portanto um conflito concreto de direitos definitivos, só existe uma solução: a eliminação do sistema de uma das regras conflitantes. Mas essa eliminação não pode ser arbitrária, pelo contrário, a bem da segurança e da ordem jurídica há de ser justificada racionalmente. Por isso, o próprio sistema jurídico se dota de critérios racionais – os critérios de validade: cronológico, especialidade e hierarquia –, para, por seu intermédio, resolver o problema das possíveis antinomias jurídicas.

Tudo fica mais claro se se pensar no sistema “supra-infra-ordenado” Kelseniano descrito na imagem do degrau, já transcrita acima, especificamente em relação à afirmação de que cada degrau reproduz diretamente o direito do degrau superior. Nessa imagem surge a idéia da subsunção da norma inferior. Subsunção é critério de aplicação típico das regras.

Voltando, agora, à inconstitucionalidade como a desconformidade da norma infra com a norma superior, ela se apresenta sempre como um conflito de regras jurídicas: a aplicação da regra inferior pressupõe ser ela uma subsunção da regra superior. Por conseguinte, a decisão do conflito só comporta uma solução, que se aplique o princípio da hierarquia, ou seja, o princípio de que em caso de conflito a *lei superior derroga a inferior*.

Desse modo, a inconstitucionalidade resolve-se sempre a favor da norma constitucional. Essa é a razão de Marcelo Neves dizer que a inconstitucionalidade é sempre “[...] um problema de relação intra-sistemática de normas pertencentes a um determinado ordenamento jurídico estatal, abordado do ponto de vista interno, conforme os critérios de validade contidos nas normas constitucionais” (NEVES, 1988, p. 69-70).

Por esse prisma, uma inconstitucionalidade gera sempre uma invalidade, ou seja, a invalidade surge como a consequência jurídica de um juízo de inconstitucionalidade. Mas o que significa efetivamente essa invalidade?

Para se falar de invalidade há de recorrer-se à Teoria Geral do Direito, na parte em que cuida do ingresso dos atos jurídicos na ordem jurídica, que, de modo geral ²⁵⁷, reconhece serem três ²⁵⁸ os planos de averiguação – a existência, a validade e a eficácia –, todos distintos e que se sucedem no tempo, embora possam não coexistir.

A existência/inexistência do ato jurídico é o primeiro plano a ser verificado. Considera-se ato inexistente aquele ao qual falta algum dos elementos constitutivos essenciais, de modo que sua ausência torna impossível a própria formação e, conseqüentemente, a produção de qualquer efeito. A inexistência é definida pela doutrina mais atual como o *valor negativo máximo* que um ato jurídico pode atingir, que gera, portanto, a improdutividade absoluta de efeitos (funciona como se o ato nunca tivesse existido) e resulta

[...] no imperativo de eliminação rigorosa de todos os efeitos que *facticamente* o *acto* aparente tenha gerado, o qual implica que [...] se proceda a uma reconstituição completa da situação existente não momento anterior da prática do mesmo (MORAIS C. B., 2002, p. 206).

Por isso, no dizer de Caio Mário da Silva Pereira, o ato “[...] não passa de uma mera aparência de ato” (PEREIRA, 2004, p. 631). A importância do reconhecimento da inexistência é a desnecessidade de lançar mão de qualquer provimento judicial para obter o seu reconhecimento.

Em segundo plano aparece a validade/invalidade, que se liga à conformidade do ato com o ordenamento jurídico. Ato válido é o ato que observa/cumpe todas as

²⁵⁷ Entre outros, Amaral, (2003, p. 521) e Pereira (2004, vol. I, p. 631). A Jurisprudência, também reconhece a inexistência: no STF, veja-se RE n. 396828/MS; no STJ a Súmula n. 115, expressamente dispõe: “Na instância especial é *inexistente* recurso interposto por advogado sem procuração nos autos” (destaque nosso).

²⁵⁸ Saliente-se que a classificação não é pacífica, há autores que não reconhecem ou discutem o plano da existência. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a partir de Hans Kelsen, é um dos autores que questiona a consistência dessa separação, considerando uma forma especial de invalidade (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 216).

exigências legais. Por isso, a validade é interpretada como o *valor positivo* do ato, no sentido da perfeição jurídica do ato e da conseqüente habilitação para gerar todas as conseqüências jurídicas que a ordem jurídica lhe reserva. Nessa ótica, diz Carlos Blanco de Moraes,

Considera-se que um *acto* jurídico-público que se encontre conforme as normas de direito que o parametrizam esta, em razão dessa sua situação perfectiva, *abstractamente* apto para produzir validamente as conseqüências jurídicas que o ordenamento lhe assina (MORAIS C. B., 2002, p. 123).

Na perspectiva Kelseniana, à qual já se fez referência em vários pontos deste texto, a validade se inscreve no que Hans Kelsen denomina de *estática jurídica*, ou seja, a recondução à norma fundante (KELSEN, 2003, p. 217), e diz respeito à forma do ato, que compreende a criação pela autoridade competente e o respeito aos procedimentos de elaboração prescritos pela norma imediatamente superior²⁵⁹. Nessa feição, ensina Geovany Cardoso Jevaux, a validade pertence ao mundo do dever-ser e “[...] diz respeito à simples existência objetiva da norma” (JEVEAUX, 2003, p. 165).

Se a validade é o *valor positivo* do ato normativo, *a contrario sensu*, a invalidade surge como um *valor negativo médio* (máximo é a inexistência), que recai necessariamente sobre atos jurídicos existentes e traduz a idéia da existência de vícios no aspecto objetivo. Tradicionalmente²⁶⁰⁻²⁶¹, a invalidade abrange os conceitos de *nulidade* e de *anulabilidade*, como a sanção pela inobservância das prescrições legais. A *nulidade*, mais grave do que *anulabilidade*, prende-se à idéia de vícios insanáveis ligados normalmente ao interesse público. Por isso, é conhecida também como nulidade absoluta. Suas características básicas são a exigência de pronunciamento jurisdicional para o seu reconhecimento, que pode ocorrer de ofício ou a pedido das partes, e sua decretação atinge todo o ato jurídico, independentemente de quem a alegou, subtraindo os efeitos jurídicos do ato desde

²⁵⁹ Além de um mínimo de eficácia (KELSEN, 2003, p. 235-236).

²⁶⁰ Há autores que na classe da invalidade, além da nulidade e da anulabilidade, acrescentam uma terceira categoria, a *irregularidade*, vício irrelevante, que não prejudica a eficácia do ato. Nesse sentido, Miranda (2001, p. 86-89).

²⁶¹ Uma clara distinção, embora referida a atos jurídicos processuais, se encontra em Lacerda (1990, p. 68-75).

a sua formação, ou seja, *ex tunc*. Já a *anulabilidade* é um vício menos grave que se relaciona, em geral, com interesses privados (das partes), compreendendo os vícios sanáveis, razão pela qual o seu reconhecimento depende da reação do interessado (o questionamento do vício está na livre disposição da parte), o que explica a denominação de *nulidade relativa* que recebe de alguns autores, e os efeitos do seu reconhecimento atingem apenas quem a alegou (salvo, nas hipóteses de solidariedade e indivisibilidade da obrigação), com a cessação dos efeitos do ato viciado a partir do momento do seu reconhecimento (mantendo-se a validade dos efeitos anteriores), ou seja, a cessação *ex nunc* dos efeitos do ato jurídico anulado.

Como último plano de verificação surge a *eficácia*. A *eficácia* se verifica no mundo dos fatos, é a efetiva realização dos efeitos almejados pelo ato jurídico. Sua verificação pressupõe um ato jurídico existente e válido, mas a satisfação desses dois planos não significa que o ato não possa ser ineficaz, ou que não venha a perder a sua eficácia.

O que se expôs nas linhas acima foi magistralmente definido por Pontes de Miranda, em 1946, que ao se referir aos três planos de verificação explica: “[...] o 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* (= é nulo ou anulável); e o da *eficácia*, que é a irradiação do fato jurídico” (MIRANDA, P., Tomo VI, 1960, p. 418).

A partir da visão dos planos de verificação de ingresso dos atos jurídicos na ordem jurídica, pensa-se ter os elementos necessários para se voltar a enfrentar a questão da invalidade, como consequência jurídica do reconhecimento da inconstitucionalidade e das sanções a serem aplicadas em razão desse vício.

Aparentemente sem maiores complicações, identificar a natureza jurídica da inconstitucionalidade parece ser uma das tarefas mais árduas dentro da dogmática constitucional, tarefa dificultada pela ausência de sanção específica expressa – que levou o surgimento de idéias dispares e conflituosas sobre essa mesma questão, que vão da inexistência à revogação, passando pelos diversos graus da invalidade – e agravada, mais ainda, pela necessidade de transpor e adaptar ao Direito

Constitucional institutos jurídicos típicos de relações jurídicas completamente diversas.

A idéia da disparidade de posições defendidas pode extrair-se de parte da decisão monocrática do Min. Celso de Mello, proferido na ADIn n. 2.215-PE (Medida Cautelar), onde ele esclarece:

Essa posição de eminência da Lei Fundamental - que tem o condão de desqualificar, no plano jurídico, o ato em situação de conflito hierárquico com o texto da Constituição - estimula reflexões teóricas em torno da natureza do ato inconstitucional, daí decorrendo a **possibilidade de reconhecimento, ou da inexistência, ou da nulidade, ou da anulabilidade** (com eficácia ex nunc ou eficácia ex tunc), ou, ainda, **da ineficácia do comportamento estatal** incompatível com a Constituição.

Tal diversidade de opiniões nada mais reflete senão visões doutrinárias que identificam, no desvalor do ato inconstitucional, "vários graus de invalidade" (MARCELO REBELO DE SOUSA, "O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional", vol. I/77, 1988, Lisboa).

As várias concepções teóricas existentes sobre o tema - como destaca autorizado magistério doutrinário (CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO, "Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos", in Revista Forense, vol. 335/17-44; MARCELO NEVES, "Teoria da Inconstitucionalidade das Leis", p. 68/85, 1988, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Curso de Direito Constitucional Positivo", p. 54-58, item n. 15, 15ª ed., 1998, Malheiros) - **permitem a formulação de teses que buscam definir a real natureza dos atos incompatíveis com o texto da Constituição, qualificando-os, em função de abordagens diferenciadas**, como manifestações estatais tipificadas pela nota da **inexistência** (FRANCISCO CAMPOS, "Direito Constitucional", vol. I/430, 1956, Freitas Bastos), ou pelo **vício da nulidade** (ALEXANDRE DE MORAES, "Direito Constitucional", p. 599-602, 9ª ed., 2001, Atlas; OSWALDO LUIZ PALÚ, "Controle de Constitucionalidade", p. 75/76, 1999, RT), ou, ainda, pelo **defeito da anulabilidade** (REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI, "Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade", p. 181/183, 2ª ed., 1990, RT; JOÃO LEITÃO DE ABREU, "A Validade da Ordem Jurídica", p. 156/165, item n. 11, 1964, Globo). (Informativo do STF, 2001, n. 224, Transcrições – ADIn e Efeito Repristinatório. Grifo nosso).

Passando a *latere* destas controvérsias, por não estarem entre os objetivos do trabalho, pode-se dizer que, em relação à invalidade da norma inconstitucional, se estruturaram duas tendências principais: a *teoria da nulidade* que, como já se adiantou, é até hoje a teoria dominante, e a *teoria da anulabilidade*. A primeira proveniente do Direito norte-americano; a segunda de origem européia.

Em relação à postura dominante no cenário nacional, não são necessárias grandes incursões doutrinárias ²⁶² ou jurisprudenciais para descobrir ser entendimento tradicional (e dominante) a tese de que o ato normativo inconstitucional é um ato nulo, como aliás já se havia adiantado. A afirmação feita é facilmente comprovada, bastando acessar o *site* do STF e digitar na “pesquisa jurisprudencial” as expressões “declaração de inconstitucionalidade” ou “efeitos *ex tunc*”, para se ter um retrato fiel da postura jurisprudencial a respeito. A título exemplificativo, usa-se a mesma decisão supracitada, num outro ponto em que o Min. Celso de Mello informa:

Cumprе enfatizar, por necessário, que, não obstante essa pluralidade de visões teóricas, **a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal** - apoiando-se na doutrina clássica [...] - **ainda considera revestir-se de nulidade a manifestação do Poder Público em situação de conflito com a Carta Política** (RTJ 87/758 - RTJ 89/367 - RTJ 146/461 - RTJ 164/506, 509). (Informativo do STF, 2001, n. 224, Transcrições – ADIn e Efeito Repristinatório. Grifo nosso).

Tal postura, que se formou a partir da Constituição Republicana de 1891 e que ,fez Gilmar Ferreira Mendes, seguido de perto por Clèmerson Merlin Clève, afirmar que “o dogma da nulidade da lei inconstitucional é uma verdadeira tradição do Direito Brasileiro”, configurando um verdadeiro princípio constitucional implícito (MENDES, 1990, p. 275; CLÈVE, 2000, p. 246), é nitidamente embasada nos conceitos civis de nulidade e anulabilidade, que devido à natureza diferente dos vícios não comporta um simples traslado da esfera civil para a constitucional e mais dificulta do que facilita a compreensão da natureza jurídica da inconstitucionalidade.

O certo é que debaixo desse pensamento, se estabeleceu a idéia de que o ato reconhecido como inconstitucional é intrinsecamente viciado e incapaz de produzir efeitos e, por conseqüência, a sentença que reconhece a inconstitucionalidade seria meramente declaratória e produziria efeitos *ex tunc*. Como se verá, se isto soa plausível no controle concreto, onde a questão constitucional é uma questão incidental, torna-se contraditório no controle concentrado, onde o objetivo, mais do que o reconhecimento da inconstitucionalidade, é o de eliminar a norma viciada retirando-a do ordenamento jurídico.

²⁶² Entre os que sustentam a nulidade do ato normativo inconstitucional se encontram, entre outros, Buzaid (1958, p. 128), Clève (2000, p. 240 e ss.), Barroso (2006, p. 15-16) e Mendes (1990, p. 277-278).

É tomando por base cada um dos tipos de controle que se vai analisar a natureza jurídica da inconstitucionalidade, ou seja, o destino do ato inconstitucional. Começa-se pelo controle concreto, e avança-se depois para o controle concentrado de constitucionalidade.

5.2.2.1 O controle de constitucionalidade

Antes de tudo, é preciso lembrar, como faz Geovany Cardoso Jevaux, que a inconstitucionalidade não se confunde com o controle de constitucionalidade, porque, enquanto a primeira traduz a desconformidade intencional ou acidental do ato normativo infra com a norma constitucional, o segundo refere-se à forma deliberada e provocada (por quem tem legitimidade) de livrar o ordenamento dessa inconstitucionalidade, restabelecendo a supremacia constitucional quebrada (JEVEAUX, 2003a, p. 82).

Esta distinção é imprescindível para compreender que a inconstitucionalidade não é auto-evidente, ou seja, para que um ato jurídico seja considerado inconstitucional é necessário que essa inconstitucionalidade seja reconhecida e proclamada por órgão(s) competente(s), mediante um procedimento específico, motivo pelo qual cada sistema jurídico necessita dispor de instrumentos de controle de constitucionalidade.

Como diz Clèmerson Merlin Clève, parafraseando Jorge Miranda, os mecanismos de controle de constitucionalidade só surgem quando, perdido o otimismo liberal acerca da Constituição, se adquire a consciência de que para servir de garantia, a própria Constituição necessita ser garantida (CLÈVE, 2000, p. 34). O que se torna óbvio, quando se constata o absoluto silêncio das primeiras constituições escritas acerca do assunto.

Portanto, a necessidade de garantir a supremacia da Constituição fez com que surgissem os sistemas de controle de constitucionalidade, que na verdade são

formas de fiscalizar a conformidade da ordem jurídica com a Constituição, Lei Maior de um país. Nesse sentido, esclarece Zeno Veloso:

O controle de constitucionalidade é o principal mecanismo, o meio de reação mais eficiente, [...], para garantir a unidade intra-sistemática, eliminando os fatores de desagregação e ruptura, que são as leis e atos normativos que se opõem ao Texto Fundamental, conflitando com os seus princípios e comandos (VELOSO, 2000, p. 18).

Instituir mecanismos de controle constitucional implica “[...] a existência de órgãos com a competência para decretar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos e para retirá-los do cenário jurídico” (JEVEAUX, 2003a, p. 82).

Os mecanismos de fiscalização da constitucionalidade variam substancialmente de um ordenamento jurídico para outro: enquanto uns optam por um controle político, normalmente a cargo do Poder Legislativo ou de um órgão especial, outros atribuem ao Poder Judiciário essa competência, privilegiando, portanto, o controle jurisdicional, seja por meio dos órgãos judiciários comuns (EUA, por exemplo), seja através de órgão específico, em regra, os Tribunais Constitucionais (Alemanha, Espanha, Itália e Portugal, por exemplo); enquanto uns optam pelo controle preventivo ou *a priori*, que antecede a “[...] introdução das normas na ordem jurídica” (CANOTILHO, 1993, p. 974) – como é o caso da França, onde o controle é atribuição do *Conseil Constitutionnel* (Conselho Constitucional), um órgão político (embora cada vez mais assuma funções jurisdicionais) que atua junto ao Poder Legislativo –, outros dão primazia ao controle repressivo ou *a posteriori*, que ocorre depois que o ato normativo já adentrou na ordem jurídica, atribuição, em geral, do Poder Judiciário.

A esta pesquisa interessa unicamente o controle jurídico, que, em geral, é um controle exercido de forma repressiva ou *a posteriori* e que, como se verá, poderá ser efetivado pelo exercício do direito de ação ou pela via da exceção, como mecanismo de defesa. Nesse aspecto, o Brasil adota um complexo sistema de controle, um sistema híbrido ou misto, que comporta tanto a forma abstrata e concentrada de controle, via ação direta de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, como a forma concreta e incidental, a mais antiga, levada a efeito “[...] no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura

‘antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica’” (MENDES, 1998, p. 354) e cujo exercício é reconhecido a todos os órgãos judiciais, razão pela qual é conhecido, também, como controle difuso e aberto. Começa-se, então, pelo sistema mais antigo, o controle concreto-difuso.

5.2.2.2 O controle concreto-difuso de constitucionalidade e a nulidade como sanção da inconstitucionalidade

O controle concreto-difuso de constitucionalidade é fruto de construção jurisprudencial norte-americana (por isso, também é conhecido por sistema americano) e tem como marco oficial ²⁶³ de sua institucionalização, a decisão da Suprema Corte americana proferida pelo juiz John Marshall, no celeberrimo caso “*Marbury vs. Madison*”, que reconheceu aos tribunais a faculdade de fiscalizarem a constitucionalidade das leis (*judicial review of legislation*), argumentando que:

[...] A constituição ou é uma lei superior e primordial, imodificável por meios ordinários, ou está no nível dos atos legislativos ordinários, e, como eles, é alterável quando o legislador desejar.

Se a primeira parte da anterior alternativa foi verdadeira, então, um ato legislativo contrário à constituição *não é lei* [...].

É enfaticamente o domínio e o dever do departamento judicial dizer o que é a lei. Aqueles que aplicam as regras aos casos particulares, devem necessariamente expor e interpretar essa lei. *Se duas leis estão em conflito uma com a outra, os tribunais devem decidir-se sobre a aplicação de cada*

²⁶³ Fala-se em marco oficial, porque a doutrina reconhece atualmente que a idéia do controle de constitucionalidade germinou muito antes e aponta como ponto germinal a decisão de Edward Coke no *Bonham’s case*, julgado na Inglaterra pelo *Common Pleas* (Reclamações Comuns) em 1609. Trata-se de decisão proferida na demanda de um médico inglês, *Dr. Thomas Bonham*, em face do *Royal College of Doctors*, por encarceramento ilegítimo. A detenção resultou da recusa de Bonham em obedecer à proibição do exercício da medicina, enquanto não admitido pela dita associação; os demandados justificaram a decisão invocando uma lei (*statute*) de Henrique VII que lhes permitia exercer poderes de polícia sobre a profissão. Nos seus argumentos, *Coke* considerou que o estatuto real era nulo por afrontar o *Common Law*, ao transformar o *Colégio* num juiz em causa própria. Por três votos contra um o *Common Pleas* deu razão ao médico, com fundamento em que, acima das leis do Parlamento, existem regras de Direito (*rules of law*) que pertencem à essência do *Common Law*, que não podem ser desrespeitadas, por consequência, o *statute* (lei) que contrarie os princípios da *Common Law* é nula (ROLO, 2003, p. 14 e ss.). Com o triunfo da Revolução Gloriosa a tese foi soterrada pela doutrina da soberania do Parlamento. Entretanto, como se vê, o pensamento de Edward Coke será retomado quase dois séculos depois pelas colônias inglesas do América do Norte, onde a idéia de atribuir ao Judiciário a incumbência de garantir a supremacia da *Common Law* contra os arbítrios do Rei e do Parlamento é plenamente recepcionado.

uma. Assim, se uma lei se opuser à constituição: se a lei e a constituição se aplicarem ao mesmo caso particular, de modo que o tribunal precise optar entre decidir conforme a lei, sem fazer caso da constituição; ou conforme a constituição, sem fazer caso da lei: *O tribunal deve determinar qual das regras em conflito governa o caso*. Isto é a verdadeira essência do dever judicial. Se os tribunais devem considerar a constituição, e a constituição é superior a todo o ato ordinário da legislatura; a constituição, e não tal ato ordinário, deve governar o caso a que ambos se aplicam. [...] Assim, a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e consolida o princípio, suposto para ser essencial a todos as constituições escritas, que uma *lei contrária à constituição é vazia* [nula], e que os tribunais, assim como outros departamentos, estão limitados por esse instrumento [a constituição]²⁶⁴ (MADISON, 1803, grifo nosso).

Nesta decisão, a partir da afirmação concreta do princípio da constitucionalidade, com o reconhecimento expresso da supremacia e da prevalência da Constituição sobre o conjunto das demais normas jurídicas do sistema, se conclui pela invalidade total dos atos normativos decretados inconstitucionais, aplicando-se, portanto, a sanção da *nulidade ipso jure* (absoluta) ao ato normativo que se confrontar com a Constituição.

No Brasil, a tese da nulidade absoluta teve em Ruy Barbosa um dos primeiros defensores, que com suas lições a disseminou no pensamento jurídico brasileiro e, nos finais do séc. XIX, escrevia:

O acto praticado contra declarações constitucionaes, venha do executivo, ou do legislativo é nenhum. E, quando “por sentença judiciária” recebe esse stygma, “considera-se como si nunca tivesse existido. A sombra delle não se podem erigir direitos; os contractos, cuja procedência delle pender, são írritos; não escusa o procedimento de ninguém, que obre sob sua direcção nem os que lhe recusarem obediência, *ainda antes da sentença*, incorrerão em pena. Entende-se que *nunca, desde seu começo, lhe assistiu a mínima auctoridade legal*”. É o principio commum: *Actus, a principio nullus, nullum*

²⁶⁴ Tradução nossa. No original: [...] *The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable. [...] It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So if a law be in opposition to the constitution: if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law: the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If then the courts are to regard the constitution; and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature; the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply. [...] Thus, the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void, and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument.*

producit effectum. Actus, ipso jure nullus, convallescere non potest.
(BARBOSA, 1893, p. 220-221, redação original).

Tão fortes foram as suas influências que, proclamada a República (15/11/1889) e promulgada (24/02/1891) a nova Carta Constitucional – a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil –, entre as competências do órgão máximo do Poder Judiciário (art. 55) – o Supremo Tribunal Federal (STF) – discriminadas no art. 59 e seus parágrafos, além das atribuições originárias e recursais típicas, aparece a de julgar em grau de recurso as sentenças de última instância das justiças dos Estados, “quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas” (art. 59, § 1º, “b”).

Ao permitir o reexame, pelo Supremo Tribunal Federal, das sentenças que envolvem questões de (in)constitucionalidade de leis ou atos normativos, proferidas pelos demais juízes e tribunais, admitiu, por um lado, que qualquer órgão jurisdicional pode manifestar-se sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma norma (controle difuso), deixando de aplicá-la ao caso *sub-judice* (controle concreto) em caso de desconformidade e, por outro lado, ao dar ao Supremo a última palavra sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, instituiu-o no papel, que exerce até hoje (art. 102, caput, CF/88), de Corte Suprema e guarda-mor da Constituição.

Estava implantado, ainda que de forma indireta ²⁶⁵, o *controle difuso-concreto de constitucionalidade* no Brasil, um sistema que se caracteriza por investir todos os juízes e tribunais no poder/dever de analisar, quer por impugnação das partes, quer *ex officio*, a conformidade/desconformidade das normas jurídicas

²⁶⁵ De forma direta o reconhecimento ocorreu em 1894, por conta da Lei que completou a organização da Justiça Federal da República (Lei n. 221), que no art. 13, § 10, previa caber aos juízes e tribunais a apreciação da validade das normas (leis e regulamentos), deixando de aplicá-las aos casos concretos quando manifestamente inconstitucionais, e no art. 24 estabelecia: “O Supremo Tribunal Federal julgará os recursos extraordinarios das sentenças dos tribunaes dos Estados ou do Districto Federal nos casos expressos nos arts. 59 § 1º e 61 da Constituição e no art. 9º paragrapho unico, letra (c) do decreto n. 848 de 1890, pelo modo estabelecido nos arts. 99 a 102 do seu regimento interno, mas em todo caso a sentença do tribunal, quer confirme, quer reforme a decisão recorrida, será restricta á questão federal controvertida no recurso sem estender-se a qualquer outra, por ventura, comprehendida no julgado. A simples interpretação ou applicação do direito civil, commercial ou penal, embora obrigue em toda a Republica como leis geraes do Congresso Nacional, não basta para legitimar a interposição do recurso, que é limitado aos casos taxativamente determinados no art. 9º paragrapho unico, letra (c) do citado decreto n. 848” (redação original).

infraconstitucionais, aplicáveis ao caso concreto submetido à decisão judicial, com a Constituição. Neste sistema, como, já dizia João Magalhães Collaço: “o juiz limita-se a declarar que, tendo reconhecido a inconstitucionalidade da lei, a não cumprirá naquele caso que lhe foi submetido a juízo.[...] O juiz apenas decide que a lei não é aplicável à hipótese de lhe foi proposta” (COLLAÇO, 1915, p. 123).

Este tipo de controle tem como objetivo afastar os efeitos de uma lei ou ato normativo inconstitucional, como forma de garantir o direito subjetivo do indivíduo. A alegação de constitucionalidade não é a demanda principal, mas constitui *questão prejudicial* (VELOSO, 2000, p. 41). Significa que o intuito não é atacar a lei dita inconstitucional em si mesma, mas atacar os efeitos dessa lei no caso concreto. O que se quer é que o Poder Judiciário, no caso específico, deixe de aplicar a lei ou o ato normativo considerado inconstitucional, liberando alguém do cumprimento da norma.

Por isso, explica José Joaquim Gomes Canotilho que o controle concreto se trata de um processo incidental de inconstitucionalidade que

[...] tem por *objecto* a apreciação de uma questão de inconstitucionalidade, levantada a título de incidente, nos feitos submetidos a julgamento perante qualquer tribunal. Trata-se de uma fiscalização concreta, pois ela *efectua-se* quando, num processo a decorrer em tribunal, se coloca a questão da inconstitucionalidade de uma norma com pertinência na causa (CANOTILHO, 2003, p. 981).

A lei ou ato normativo que tiver reconhecida a sua inconstitucionalidade em sede de controle difuso tem, naquele caso, afastada sua incidência, mas permanece válido para as demais situações. Entretanto, a manifestação sobre a inconstitucionalidade pela via da exceção só se legitima quando indispensável ao exame do mérito da causa, razão porque a declaração de inconstitucionalidade não é o objeto principal do processo, mas a apreciação do incidente é essencial para que o pedido seja apreciado. Por isso se diz que o procedimento é *incidenter tantum* (e também é conhecido por controle incidental de constitucionalidade), ou seja, a exceção de inconstitucionalidade é resolvida para que o juiz ou tribunal possa apreciar o pedido principal.

A princípio ²⁶⁶, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade atingem apenas os litigantes, a norma continua válida e eficaz para as demais situações jurídicas. Por isso,

Se houver a declaração de inconstitucionalidade, argüida como questão prejudicial, a consequência é a não-aplicação da norma impugnada na relação jurídica sob exame. Não há invalidação da lei, de modo geral, perante todos. A decisão afasta, apenas, a sua incidência *no caso, para o caso e entre as partes*. A eficácia da sentença é restrita, particular, refere-se, somente, à lide, subtrai a utilização da lei questionada ao caso sob julgamento, não opera *erga omnes*. (VELOSO, 2003, p. 41).

Analisado, em linhas bem gerais, o sistema difuso-concreto de constitucionalidade, volta-se à consequência jurídica da inconstitucionalidade: *a nulidade dos atos e dos seus efeitos*.

Parte-se da idéia esposada por Ruy Barbosa para refletir sobre a questão. Diz ele: “toda a medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, *nulla*. Atos nulos da legislatura não podem conferir poderes válidos ao executivo” (BARBOSA, 1893, p. 47).

Em primeiro lugar, Ruy Barbosa reafirma o princípio da constitucionalidade e a necessidade de preservar a supremacia e a integralidade das normas constitucionais. Já na segunda parte, o autor faz referência aos efeitos da nulidade de pleno direito e, de forma indireta, alude à impossibilidade de se reconhecerem apenas efeitos desconstitutivos, ou seja, ao dizer que “atos normativos nulos não

²⁶⁶ Fala-se a princípio, porque os efeitos subjetivos da declaração de inconstitucionalidade podem, posteriormente, adquirir eficácia *erga omnes* (contra todos), no regime norte-americano pela força vinculante dos precedentes (*stare decisis*), no regime brasileiro se confirmada a decisão pelo STF e o Senado vier a suspender a execução da lei ou ato normativo inconstitucional, exercendo a prerrogativa de “*suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário*”, que lhe foi confiada pelo art., 91, IV, da Constituição de 1934 e se mantém até à atualidade elencada entre as competências do Senado Federal, localizada precisamente no art. 52, inc. X da CF/88, cujo texto dita: “*suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”. É verdade, que o instituto da suspensão pelo Senado Federal não tem na ordem jurídica brasileira grande utilidade. Pesquisa realizada pela autora desta dissertação, intitulada “Suspensão, pelo Senado, de leis proclamadas inconstitucionais pelo STF”, aprovada pelo Núcleo de Pesquisas da FDV e realizada sob orientação do Prof. Dr. Geovany Cardoso Jeveaux., levada a cabo entre novembro de 2004 e junho de 2005 e considerando a participação do Senado no controle concreto de constitucionalidade nos últimos dez anos (1995-2005), permitiu constatar a absoluta carência de resultados práticos, de onde resulta a pouca utilidade do instituto da suspensão da execução da lei inconstitucional, via resolução do Senado, a inoperatividade do sistema e a inefetividade da norma constitucional que o prevê (art. 52, X, CF).

podem conferir poderes válidos ao executivo”, se refere à necessidade da decisão da inconstitucionalidade retroagir seus efeitos ao nascimento do ato normativo (entrada no mundo jurídico). Por conseqüência, a decisão judicial que reconhece a inconstitucionalidade é meramente declaratória, pois não provoca alteração jurídica nenhuma, apenas reconhece um estado pré-existente de nulidade, garantindo a segurança jurídica.

Em suma, a disseminação do dogma da *nulidade ipso jure* do ato inconstitucional deu origem a duas outras conseqüências: a *natureza meramente declaratória do provimento jurisdicional* – no fundo, a decisão limita-se a dizer que a lei ou o ato normativo nasceu morto – e a *retroatividade dos efeitos dessa decisão* (efeitos *ex tunc*) ao nascimento do ato inconstitucional, ou seja, a eliminação *ab initio* do ato e dos seus efeitos. Configura-se, assim, o que Manoel Gonçalves Ferreira Filho chama de *tripé* da inconstitucionalidade, exatamente: a idéia da nulidade, o caráter declaratório da decisão e a eficácia *ex tunc* (FERREIRA FILHO, 2002a, p. 220).

Aponta a doutrina que o fundamento lógico deste posicionamento assenta na idéia de que conferir validade aos efeitos de um ato normativo inconstitucional é negar o princípio da supremacia e da unidade constitucional, ao permitir que durante algum tempo uma norma inconstitucional se sobreponha à Constituição²⁶⁷.

Entretanto, há de se pensar que a base desse pensamento é o sistema difuso-concreto de constitucionalidade (na época o único existente), que se baseia numa declaração incidental de inconstitucionalidade, com o objetivo de garantir o direito material objeto da lide principal e que não interfere com a validade da norma em si, apenas permite o afastamento da sua eficácia (se acatada a alegação da inconstitucionalidade) no caso concreto. Explica-se.

No domínio de um conflito concreto (aplicação) de regras de diferente hierarquia, o sistema já dá solução: resolve-se o conflito pela prevalência da regra hierarquicamente superior (esta uma regra de proteção da própria constituição). Porém, o modo como o controle de constitucionalidade se realiza exige que se

²⁶⁷ Nesse sentido, por todos, Barroso (2006, p. 16).

satisfaçam algumas outras exigências, que derivam de suas próprias características. Desse modo, levar a cabo este tipo de fiscalização de constitucionalidade exige:

- 1) a existência concreta de uma ação em curso (caso concreto), fio condutor de uma demanda que quer ver solucionado um conflito intersubjetivo de interesses, desenvolvido num espaço-tempo anterior ao ajuizamento da ação e que coloca o bem de vida pretendido num tempo anterior à prolação da sentença, exigindo que os efeitos desta retroajam à data da constituição/desconstituição do direito. Ora, se o direito pretendido se localiza num momento anterior à decisão judicial, é lógico que, para garantir a efetividade do direito em questão, os efeitos da sentença têm de retroagir à data do surgimento do direito. O efeito retroativo (*ex tunc*) da sentença é, no caso, um imperativo, ou seja, uma exigência da natureza concreta do direito almejado²⁶⁸;
- 2) o caráter incidental da questão constitucional no âmbito do caso concreto, a questão constitucional só pode ser alegada como prejudicial de mérito por quem é parte na controvérsia. A exigência, portanto, é que da posição do juiz sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativa, dependa a decisão do pleito principal. Como se vê, o incidente levantado não tem como pretensão a anulação do ato jurídico-normativo, mas apenas negar a aplicação da norma questionada ao caso concreto. Também aqui, a eficácia *ex tunc* da decisão incidental se impõe, não pela natureza da decisão em si, mas pela conexão com o direito material discutido, cuja configuração se encontra num momento passado;
- 3) o caráter declarativo do pronunciamento da inconstitucionalidade algo muito lógico também, pois se o incidente levantado não pretende a anulação do ato normativo inconstitucional, mas apenas o afastamento da sua eficácia sobre a situação concreta, com o reconhecimento de uma realidade pré-existente, da qual depende a análise da demanda principal. Por isso, a decisão do incidente é meramente declaratória. A declaração de

²⁶⁸ A respeito, Jevaux (2003a, p. 117-118).

reconhecimento retroativo de uma nulidade, ou seja, dos atos e fatos anteriores à demanda, para garantir a certeza da relação jurídica discutida;

- 4) os efeitos *ex tunc* da inconstitucionalidade a eficácia retroativa (*ex tunc*) é típica das ações declaratórias, por um aspecto muito simples, elas não alteram o estado jurídico de ninguém (por isso são imprescritíveis), como se disse acima, servem apenas para garantir a certeza da existência ou inexistência de uma dada situação jurídica, com o objetivo de pôr fim ao estado de incerteza, fator gerador de insegurança jurídica. Apesar disso, em sede de controle concreto, a eficácia *ex tunc* da declaração incidental de inconstitucionalidade não retrocede automaticamente à origem da norma viciada, pois os efeitos retroativos, exigência do direito material discutido (que se formou num momento anterior à decisão), são delimitados pelos limites do pedido formulado, pelo interesse de agir e, mesmo, pelos marcos prescricionais (JEVEAUX, 2003a, p. 118)²⁶⁹.
- 5) os efeitos *inter partes* da decisão – decorrência lógica de uma ação concreta que envolve partes específicas e determinadas.

Por tudo que foi dito, é forçoso concluir que em sede de controle concreto de constitucionalidade a nulidade e os efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade (aqui, efetivamente, um provimento de natureza declaratória) não derivam exclusivamente da natureza declaratória do provimento judicial, mas são exigências da natureza concreta do direito material, cuja efetividade está na dependência do reconhecimento ou não da invalidade. Exigências até de ordem técnica, haja vista que, desde a idéia primária da nulidade do *statute* em defesa da

²⁶⁹ Geovany Cardoso Jevaux explica bem esta modulação de efeitos, usando o seguinte exemplo: uma demanda em que um comerciante, instalado há seis anos, pretende deixar de pagar um tributo, sob a alegação de inconstitucionalidade da lei que o criou dez anos antes. Vários limites surgem no caso: 1) o *interesse de agir* – o interesse de agir do autor se restringe ao tempo em que goza da qualidade de comerciante. Logo a pretensão da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade não pode ultrapassar os seis anos, pois em relação aos quatro primeiros anos de vigência da lei, falta-lhe interesse de agir, por não reunir a qualidade de comerciante; 2) A *prescrição* – pronunciada *ex officio* ou argüida pela Fazenda Pública a prescrição quinquenal, mesmo que reconhecida a inconstitucionalidade, a retroatividade só vai alcançar o período não prescrito, apesar do interesse de agir acobertar o período de seis anos; 3) os *limites do pedido* – se o autor, por sua vez, formular um pedido certo e determinado relativo a um período mais curto, mesmo fazendo jus a um período maior, está o juiz restrito aquilo que houver sido objeto do pedido (JEVEAUX, 2003a, p. 118).

Common Law, formulada pelo juiz Eduard Coke no *Bonham's case* (1609), à institucionalização do controle de constitucionalidade na América do Norte (1803), sempre se objetivou, mais do que a declaração de inconstitucionalidade, o reconhecimento da invalidade preexistente e a não aplicação do ato normativo contrário à Constituição, como garantia e efetivação de um direito material do cidadão.

A essas idéias se poderia opor a eficácia *erga omnes* (contra todos) obtida posteriormente. Ocorre que a posterior eficácia *erga omnes* não é efeito direto da decisão proferida na ação concreta, mas decorre indiretamente de outros mecanismos adotados para a operacionalização do sistema jurídico. Especificamente, a força vinculante dos precedentes (*stare decisis*) no Direito americano e a suspensão da execução do ato normativo inconstitucional pelo Senado Federal (CF/88, art. 58, X) no Direito brasileiro.

Tanto assim é que, no Brasil, da implantação do sistema difuso-concreto de constitucionalidade, que se deu com a Primeira Constituição republicana (1891), à Constituição de 1934, quando foi atribuída ao Senado Federal a competência para suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade gerava efeitos somente *inter partes*, isto é, entre os sujeitos integrantes do litígio, devido à incompatibilidade do *stare decisis* com a origem romano-germânica da ordem jurídica brasileira, que mais valoriza a força da lei e da livre convicção do juiz do que a força da jurisprudência (BARROS, 2003, p. 234).

Pode-se dizer, então, que os efeitos da decisão proferida em controle concreto de constitucionalidade são sempre efeitos *inter partes*. Porém, este estado de coisas pode vir a ser alterado: nos *Estados Unidos*, pela incidência do princípio do *stare decisis*, que dita a regra de que os tribunais devem seguir os próprios precedentes jurisprudenciais, além de se encontrarem vinculados pela jurisprudência dos órgãos jurisdicionais superiores; no *Brasil*, pela edição de resolução do Senado da República, que suspende “[...] para todos a eficácia que o Supremo já suspendera entre partes” (BARROS, 2003. p. 243).

A eficácia *erga omnes*, portanto, não surge da declaração incidental de inconstitucionalidade, mas, respectivamente, da força normativa dos precedentes jurisprudenciais (Direito americano) e da atuação do Senado Federal (Direito brasileiro).

Sobre o sistema americano são claras as palavras de Mauro Cappelletti,

[...] mediante o instrumento do *stare decisis*, aquela 'mera não aplicação', limitada ao caso concreto e não vinculatória para os outros juizes e para os outros casos, acaba, ao contrário, por agigantar os próprios efeitos, tornando-se, em síntese, uma verdadeira *eliminação*, final e definitiva, válida para sempre e para quaisquer outros casos, da lei inconstitucional (CAPPELLETTI, 1984, p. 82).

No Brasil, por sua vez, a doutrina faz coro ao dizer que a eficácia contra todos da decisão de inconstitucionalidade no modelo difuso, depende de manifestação de vontade do Senado Federal, “[...] com o Senado emitindo resolução suspensiva [...]” (STRECK, 2004, p. 470). Um ato que Gilmar Ferreira Mendes define como o “[...] ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto” (MENDES, 1998, p. 376) e que Lenio Luiz Streck afirma expressamente que só serve “[...] para que a decisão emanada do controle difuso tenha efeitos *erga omnes*” (STRECK, 2004, p. 471).

Resta lembrar que a Constituição fala em “suspender a execução”, logo, se refere ao plano da eficácia, não à existência ou à validade da norma. Disso resulta que, em sede de controle difuso, Supremo Tribunal Federal e Senado Federal mexem, única e exclusivamente, com os efeitos da lei ou ato normativo: o Supremo, ao reconhecer a inconstitucionalidade, elimina-os para as partes que promoveram a ação concreta; o Senado (quando atua), ao generalizar a decisão, elimina-os para todos ²⁷⁰.

Por isso, André Ramos Tavares explica que a resolução do Senado incide no plano da eficácia da lei, não se prestando a reconhecer a invalidade, que não pode ser confundida com a revogação (competência própria do mesmo órgão que ditou a lei), já que sua finalidade é a de suspender a eficácia, é fazer com que deixe de ter

²⁷⁰ Por isso, se diz que no controle difuso brasileiro “o Supremo Tribunal Federal é senhor da constitucionalidade e o Senado Federal é senhor da generalidade” (BARROS, 2003, p. 234).

incidência, de modo que não mais pode ser aplicada (TAVARES, 2004, p. 59-60), ou seja, “a lei continua existindo, ainda que ineficaz” (BARROS, 2003, p. 234).

Em suma, a norma incidentalmente declarada inconstitucional existe, é válida e eficaz; enquanto o Senado não lhe retirar a força obrigatória ela produz validamente seus efeitos. Por conseguinte, a resolução senatorial, um ato normativo, tem natureza *constitutiva negativa* e sua eficácia só pode ser *ex nunc*, ou seja, a partir do momento da sua publicação²⁷¹.

Ao encerrar o estudo do controle difuso, quer-se salientar a compatibilidade da aplicação da nulidade *ipso jure* à inconstitucionalidade reconhecida incidentalmente, pois acatar que o ato normativo viciado gere efeitos válidos para aquela situação concreta sacrificaria o bem de vida pretendido. Note-se que a nulidade da norma vale apenas para o caso concreto que está sendo julgado, para os direitos ali invocados e entre as partes litigantes. Fora disso, quem a pretender ver reconhecida terá de promover nova demanda, porque a norma continua válida e eficaz; também a eficácia *ex tunc* é exigência do direito material, que se formou em momento anterior à prolação da sentença; a natureza declaratória da decisão declaratória da inconstitucionalidade, que apenas reconhece uma situação jurídica preexistente, afasta a aplicação (eficácia) do ato normativo inconstitucional no caso concreto, sem alterar a situação jurídica de ninguém.

Mas, se ajustados ao sistema difuso-concreto de controle de constitucionalidade, essa compatibilidade apresenta alguns problemas quando se trata do controle concentrado e abstrato. É o que se verá a seguir.

²⁷¹ Este o entendimento dominante. A respeito, entre outros, Ferrari (1992, p. 116), Barros (2003, p. 239), Tavares (2004, p. 60), Palu (2001, p. 151) Moraes (2004, p. 614) e Streck (2004, p. 481) que defende a eficácia *ex nunc*, mas com explicação diferente. Em sentido contrário, defendendo a eficácia *ex tunc*, Mendes (1998, p. 373) e Zavaschi (2001, p. 32-33).

5.2.2.3 O controle concentrado/abstrato de constitucionalidade e a anulabilidade como sanção da inconstitucionalidade

No Brasil, a par do controle difuso-concreto de constitucionalidade, existe o controle concentrado/abstrato, instituído pela Emenda Constitucional n. 19/65, que alargou a competência originária do Supremo Tribunal Federal, atribuindo-lhe competência para processar e julgar “a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República” (BONAVIDES, 2002, p. 298; VELOSO, 2000, p. 33).

Em termos gerais, o controle concentrado centra-se numa ação objetiva (sem partes), cuja finalidade é verificar, de forma abstrata (ou em tese) – isto é, independente de um caso concreto –, a conformidade ou desconformidade das normas jurídicas com a Constituição, de competência originária do STF (ou TJ do Estado, no caso de previsão na Constituição Estadual) e a ser promovida por legitimados específicos, designados constitucionalmente.

De imediato se notam profundas discrepâncias entre os dois sistemas, a começar pelo objeto, que aqui versa direta e imediatamente sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo, ou seja, o que se pretende é um pronunciamento acerca da validade ou invalidade da lei ou ato normativo e, em caso de inconstitucionalidade, a eliminação da norma jurídica. O mesmo é dizer que o processo instaurado em ação direta não se presta à tutela de direitos subjetivos (relações jurídicas concretas e determinadas). A manifestação sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade não é apenas uma das razões (fundamentação) da decisão, como ocorre no controle concreto, mas é a própria decisão (*decisum*).

Ao contrário do controle concreto, que é um poder/dever de todo o órgão judiciário (por isso se chama difuso), o controle pela via da ação é de titularidade exclusiva (concentrado) do STF, o que significa que nenhum outro órgão está habilitado a

manifestar-se direta e abstratamente sobre a validade ou invalidade da lei ou ato normativo.

Também diferem os dois sistemas quanto aos legitimados: no controle concreto são legitimados os sujeitos que têm interesse de agir para promover a ação principal, via de regra os titulares da relação jurídica de direito material discutida; no controle concentrado, a ação só pode ser proposta por pessoas específicas, enumeradas na Constituição, hoje no art. 103, inc. I a X.

O controle abstrato é realizado no Brasil por intermédio de um conjunto de ações próprias. A nível federal, especificamente: a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn – (CF/88, art. 102, I, a; Lei n. 9.868/99); Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC; ADECON – (CF/88, art. 102, I, a; Lei n. 9.868/99); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (CF/88, art. 103, § 2º); Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (CF/88, art. 36, III); Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (CF/88, art. 102, § 1º; Lei n. 9.882/99).

Cada uma dessas ações tem um objetivo distinto e, como não poderia deixar de ser, gera efeitos distintos, que deixam de ser aqui analisados, por não fazerem parte dos objetivos do estudo. No entanto, como ponte para se chegar à coisa julgada inconstitucional, é necessário conhecer os efeitos da decisão judicial proferida em sede de ADIn, a mais antiga das ações diretas de verificação da constitucionalidade.

Como se adiantou anteriormente, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, segundo a doutrina dominante e a jurisprudência majoritária do STF, “[...] são de que lei *declarada* inconstitucional em ação direta, é nula de pleno direito, tendo a sentença eficácia *ex tunc*, invalidando-se, conseqüentemente, todos os atos praticados com base na lei inconstitucional” (VELOSO, 2000, p. 184, grifo nosso).

Na pena de Gilmar Mendes,

A disposição declarada inconstitucional no controle abstrato de normas não mais pode ser aplicada, seja no âmbito do comércio jurídico privado, seja na esfera estatal. Consoante essa orientação, admite-se que todos os atos praticados com base na lei inconstitucional estão igualmente eivados de

iliceidade. Essa orientação, que já era dominante antes da adoção do controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro, adquiriu, posteriormente, quase o significado de uma verdade axiomática. (MENDES, 1999, p.. 261).

Predominam, portanto, as mesmas características apontadas para o controle concreto: nulidade *ab initio* da lei ou ato normativo viciado, que é considerado nulo desde o seu nascimento; natureza declaratória da decisão da inconstitucionalidade e eficácia retroativa (*ex tunc*) dos efeitos da decisão, sem esquecer os efeitos vinculantes e *erga omnes*. O entendimento, portanto, é de que o STF não modifica o estado da lei ou ato normativo, transformando o válido em nulo, simplesmente declara a nulidade presente desde o nascimento do ato normativo.

Os três primeiros elementos, como se viu, são exigências do modo como se desenvolve o controle concreto, mas ao serem trazidos para ao controle abstrato, no entanto, podem apresentar uma série de inconvenientes, nem sempre muito fáceis de explicar e incompatíveis até com princípios constitucionais, como o princípio da isonomia, da segurança jurídica, da proteção da confiança do cidadão e da boa-fé.

Basta pensar que, enquanto não proclamada inconstitucional, a norma jurídica, depois de passar pelo crivo do controle preventivo de constitucionalidade, ingressa na ordem jurídica com presunção de constitucionalidade/validade, além de dotada de força geral e obrigatória, o que, na hipótese de descumprimento, permite a execução forçada. Como explicar ao cidadão comum que foi obrigado a cumprir a lei que não precisava tê-lo feito, porque o ato normativo era um “nada” jurídico? Como explicar àquele que adotou uma ou outra conduta, confiando nas instituições e na lei, que o não deveria ter feito porque a lei era lei de brincadeira, de faz de conta? Como explicar ao cidadão titular de uma situação jurídica já resolvida e integrada definitivamente no seu patrimônio (muitas vezes depois de anos de labuta judicial) que tudo não passou de uma miragem, porque a lei era uma “fraude”?

Talvez ficasse mais fácil de compreender e explicar, se ao invés de considerar a norma nula, ela fosse considerada inválida; se ao invés da eficácia retroativa a decisão da inconstitucionalidade tivesse eficácia prospectiva, preservando os efeitos jurídicos produzidos pela norma até à data da invalidação; se ao invés de se dizer que se trata de uma simples declaração, mais do que reconhecer uma nulidade pré-

existente (no plano abstrato), se reconhecer que há alterações jurídicas que invadem o mundo concreto, afetando não só o estado jurídico da norma, mas, por vezes, a situação jurídica de um universo de pessoas.

As idéias acima não são novas, mas a evolução da jurisdição constitucional mostra, a cada dia que passa, que elas são atuais e necessárias. Entendê-las torna imprescindível voltar às origens do controle concentrado e às idéias do seu idealizador, Hans Kelsen.

Hans Kelsen cuida do problema da invalidade originária das normas ao tratar do conflito entre normas de nível diverso. Diz ele,

Como a ordem jurídica apresenta uma construção escalonada de normas supra e infra-ordenadas umas às outras, e como uma norma só pertence a uma determinada ordem jurídica porque e na medida em que se harmoniza com a norma superior que define a sua criação, surge o problema de um possível conflito entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, isto é, a questão: *quid júris*, se a norma não está em harmonia com a norma que determina a sua produção especialmente se não corresponde à norma que preestabelece o seu conteúdo? (KELSEN, 2003, p. 295-296).

A resposta de Hans Kelsen à indagação é extremamente lógica e muito simples: normas originariamente inválidas são normas inexistentes²⁷², não são normas jurídicas, portanto, não pertencem ao Direito. Logo, não tem sentido falar de leis nulas, uma vez que, qualquer pessoa pode declarar a irregularidade do ato nulo, considerá-lo inválido e, por conseqüência, não obrigatório. Significa dizer que “[...] ninguém é obrigado a obedecer-lhe” (FERRARI, 2004, p. 158), nem tampouco é possível exigir a declaração por órgão credenciado da sua invalidade, que corresponderia à emissão de um juízo jurídico sobre um “nada jurídico”. Nas palavras do autor, “[...] o ato nulo carece de antemão de todo e qualquer caráter

²⁷² A inexistência para Kelsen não tem o sentido que lhe é dado pela doutrina do Direito Privado, significa que, se a norma não respeitou os preceitos previstos para a sua criação, a norma não é norma jurídica, não integra a ordem jurídica. A respeito, aponta Geovany Cardoso Jevaux que, possivelmente devido a um defeito técnico de tradução, na Teoria Pura do Direito as expressões validade e vigência aparecem como sinônimas (KELSEN, 2003, p. 11-12). Todavia, “a eficácia não é a única condição da validade das normas, porque deve estar acompanhada de sua “fixação positiva” (p. 230). Sendo a validade um misto de competência e procedimento para a edição das normas, a “fixação positiva” assume o significado de um ato que põe a norma no ordenamento (no sentido de “posta” ou “positiva”). Esse ato conclusivo do procedimento de edição coincide com a publicação. Somente com a publicação é que a norma se torna vigente, no sentido de entrar em vigor, sendo apenas um aspecto, embora conclusivo, da validade, mas não a mesma coisa que ela” (JEVEAUX, 2003, nota 396, p. 166).

jurídico, de sorte que não é necessário, para lhe retirar sua qualidade usurpada de ato jurídico, um outro ato jurídico [...]” (KELSEN, 2003a, p. 140-141).

Nesta perspectiva, uma norma jurídica que pertence ao sistema é uma norma que existe e é válida. Por isso, Hans Kelsen ensina: “[...] dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade [inexistência], que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser *nula* mas apenas *anulável*” (KELSEN, 2003, p. 306, grifo nosso).

Mas, então, é de se perguntar: o que é a anulabilidade? E, o que justifica essa anulabilidade?

Já se viu que a unidade da ordem jurídica se constitui no fato de que a criação de uma norma se encontra determinada por outra mais alta, que, por sua vez, é determinada por outra mais alta ainda, num regresso que termina, em termos positivos, na Constituição, fundamento último de validade de toda a ordem jurídica. Essa é a perspectiva estática da ordem jurídica.

Entretanto, a ordem jurídica de Hans Kelsen é, também, uma ordem jurídica dinâmica, que conta com um conjunto de órgãos jurídicos que simultaneamente aplicam e criam Direito ²⁷³, ou seja, nessa mesma estrutura hierarquizada que é a ordem jurídica se desenvolve um

[...] processo ao longo do qual o direito regula a sua própria criação e o Estado se cria e recria sem cessar através o direito. Constituição, lei, regulamento, *acto* administrativo, julgamento e *acto* de execução são simplesmente fases típicas da formação da vontade *colectiva* num Estado moderno [...] (KELSEN, 2001, p. 9).

Devido a essas multiplicidade e diversidade (que o próprio autor diz ser meramente exemplificativa) de centros positivadores, a regularidade da produção normativa, ou seja, “[...] a relação de correspondência de um degrau inferior com um degrau superior da ordem jurídica [...]” (KELSEN, 2001, p. 10) não pode ser garantida de maneira absoluta, isto é,

²⁷³ Sobre criação e execução do Direito, Kelsen (2003, p. 263 e ss.; 2003a, p.123 e ss. ; 2001, p. 9 e ss.).

[...] podem incontestavelmente existir *actos* que só são lei na aparência. Mas não podemos definir por meio de uma fórmula teórica geral o limite que separa o *acto* nulo *a priori* que é uma pseudo-lei, de um *acto* legislativo viciado mas válido, de uma lei inconstitucional [...] (KELSEN, 2001, p. 16).

Em face disso, o Direito cria mecanismos de proteção da Constituição. Essas garantias podem ter caráter *preventivo*, quando tentam “[...] evitar a concretização de *actos* irregulares” (KELSEN, 2001, p. 15) – a exemplo da separação dos poderes e a criação de um tribunal constitucional, com poder para controlar leis e atos normativos – , ou *repressivo*, quando atacam o ato irregular já praticado, ou seja, tentam “[...] impedir a sua recorrência, a reparar os danos que este causou, a fazê-lo desaparecer e, eventualmente, a substituí-lo por um ato regular” (KELSEN, 2001, p. 15).

A *anulabilidade* é uma dessas garantias. É a garantia de poder privar um ato jurídico irregular da sua validade, ou seja, é a sanção pela invalidade da norma. Assim, “a anulabilidade do *acto* irregular significa a possibilidade de o fazer desaparecer com todas as suas conseqüências jurídicas” (KELSEN, 2001, p. 16). Todavia, como a norma existe e é válida, a anulabilidade só pode ser decretada depois de um processo de fiscalização (um processo especial) fixado pela ordem jurídica, onde se verifica a conformidade/desconformidade do ato normativo com a Constituição, e a sentença que pronuncia a nulidade é *sempre* constitutiva da sua invalidade.

Assim, na percepção kelseniana, um ato normativo é objetivamente válido enquanto não for reconhecida sua invalidade pela autoridade competente. Essa invalidade brota sempre de um provimento constitutivo negativo, mas seus efeitos podem equivaler aos da anulabilidade, de regra, ou aos da nulidade, por exceção. Daí se dizer que a anulabilidade comporta graus, tanto em relação ao alcance (*inter partes* , *erga omnes*) como em relação aos efeitos no tempo. Em relação a estes últimos, pode apresentar-se como *anulabilidade* (propriamente dita), quando é “[...] anulada com efeitos para futuro [*ex nunc*], por forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permaneçam intocados [...]”, ou como *nulidade*, quando é “[...] anulada com efeito retroativo [*ex tunc*], por forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou para trás sejam destruídos” (KELSEN, 2003, p. 306). Por isso, Hans Kelsen, lançando mão da metáfora do rei Midas, diz que tudo quanto o Direito toca se transforma em jurídico, logo,

[...] a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional (KELSEN, 2003, p. 300).

Por conseqüência, a *nulidade* é apenas uma espécie da *anulabilidade* e, num caso ou noutro, a sentença que a decretar produzirá sempre efeitos constitutivos negativos, porque sempre transforma uma norma válida em uma norma inválida. Nas palavras do autor,

[...] como esta verificação tem caráter constitutivo, como a nulidade da norma em questão é efeito desta verificação, como não pode ser juridicamente afirmada antes de realizada tal verificação, esta verificação significa, mesmo quando se opere na forma de uma declaração de nulidade, anulação, com efeito retroativo, de uma norma até aí considerada válida [...] (KELSEN, 2003, p. 308).

Entre os autores brasileiros atuais, Regina Maria Macedo Nery Ferrari é um dos poucos que seguem as idéias do Mestre de Viena. Leciona,

[...] a norma constitucional é anulável, e que os atos praticados sob o império dessa lei devem ser considerados válidos, até e enquanto não haja a decisão que a fulmine com tal vício, operando eficaz e normalmente como qualquer outra disposição válida, já que o é até a decretação de inconstitucionalidade (FERRARI, 2004, p. 172).

Foi com base nas idéias acabadas de expor que Hans Kelsen desenhou o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade (sistema austríaco-kelseniano ou europeu), originalmente implantado pela Constituição austríaca de 1920²⁷⁴, de onde se difundiu por toda a Europa, principalmente no período do pós-guerra.

Um controle a ser exercido apenas por um único e especial órgão constitucional – na ordem jurídica austríaca o Tribunal Constitucional; no sistema brasileiro o Supremo Tribunal Federal – que, na perspectiva kelseniana, apesar de organizado na forma de um Tribunal (com independência dos seus membros etc), não exerce propriamente uma função jurisdicional, mas legislativa, no sentido de que, ao anular

²⁷⁴ Em 1929, a reforma constitucional levada a cabo rompeu formalmente com o monopólio do controle concentrado.

o ato normativo, o Tribunal cria uma norma geral e obrigatória para todos, “abrogativa” de outra norma geral (legislador negativo). Registre-se, que nos sistemas mistos atuais, o mais comum é a cumulação das duas funções, como acontece no Brasil.

É um controle levado a cabo pela via direta ou principal (tendo como objeto a própria inconstitucionalidade e a retirada da norma do mundo jurídico), de eficácia geral (*erga omnes*), vinculante e de natureza constitutiva (o pronunciamento vale para o futuro, preservando os efeitos da norma inválida que se operaram até aquele momento).

De salientar que os inconvenientes da nulidade *ipso iuris* e dos efeitos retroativos da decretação da inconstitucionalidade em situações específicas têm sofrido algumas atenuações. No Brasil, antes mesmo da Lei n. 9.886/99, que no art. 27 permite ao STF a manipulação dos efeitos, o STF já havia flexibilizado os efeitos *ex tunc* em algumas situações²⁷⁵.

Curiosamente, parece que esse movimento de atenuação começou pelo Supremo Tribunal americano (controle concreto), em 1965, com a Sentença *Linkletter*, que apesar de rejeitar a pretensão formulada, deixou assente que a

[...] ‘a Constituição não proíbe nem exige o efeito retroativo’ [...]; que para decidir a aplicação retroativa devem **ponderar-se as vantagens e os inconvenientes de cada caso**, e em particular desde a perspectiva da eficácia mesma da doutrina estabelecida pela declaração de inconstitucionalidade [...] (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1989, p. 6, grifo no original)²⁷⁶.

²⁷⁵ Confira-se o RE 78.533/SP, j. 13.11.1981, Rel. p/ acórdão Min. Décio Miranda, que decidiu: “Administrativo. Funcionário de fato. Investidura baseada em norma posteriormente declarada inconstitucional. A nulidade não envolve uma das fases do ato complexo, de mera execução de ordem legítima, com a sua consequência normal e rotineira. Aparência de legalidade e inexistência de prejuízo. Recurso extraordinário pela letra c do art. 119, III, da Constituição, não conhecido” (RTJ 100/1086). Outros casos: RE n. 86.056 (1977); Rc. n. 148 (1983); RE n. 122.202/MG (1982).

²⁷⁶ Tradução nossa. No original: [...] ‘la Constitución ni prohíbe ni exige el efecto retroactivo’ [...]; que para decidir la aplicación retroactiva deben **ponderarse las ventajas y los inconvenientes de cada caso**, y en particular desde la perspectiva de la eficacia misma de la doctrina establecida por la declaración de inconstitucionalidad [...].

Essa decisão permitiu a elaboração de critérios para aplicação da doutrina prospectiva, que se acham resumidos na Sentença *Stowall*, proferida em 1967, enumerados da seguinte forma:

‘a) a finalidade de que se estabeleçam novos critérios normativos; b) a extensão da confiança nos anteriores critérios interpretativos por parte das autoridades que aplicam o Direito; e c) o efeito sobre a Administração da justiça que poderia produzir uma aplicação retroativa dos novos critérios normativos’ (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1989, p. 6)²⁷⁷.

Uma tendência que se observa, também, entre o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Sentença *Markx*, 1979). No Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, a primeira sentença (Sentença *Defrenne*) a tratar do assunto, e que serviu de referência para a as demais, data de 1976 e concluiu que:

‘[...] convém constatar que, na ignorância do nível global em que as retribuições tivessem tido que ser estabelecidas, **conseqüências imperiosas de segurança jurídica que se referem ao conjunto dos interesses em jogo, tanto públicos como privados, impedem em princípio de pôr em questão as remunerações relativas a períodos passados**’. Tudo conduz, ‘por conseqüência’, a declarar que ‘**o efeito direto do artigo 119 não pode ser invocado ao apoio de reivindicações que se referem a períodos de remuneração precedentes à data da presente Sentença**, exceto no que se refere a trabalhadores que houvessem formalizado um pedido judicial ou suscitado uma reclamação de efeito equivalente’ (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1989, p. 6, grifo no original)²⁷⁸.

²⁷⁷ Tradução nossa. No original: [...] ‘a) la finalidad de que se establezcan nuevos criterios normativos; b) la extensión de la confianza en los anteriores criterios interpretativos por parte de las autoridades que aplican el Derecho; y c) El efecto sobre la Administración de justicia que podría producir una aplicación retroactiva de los nuevos criterios normativos’.

²⁷⁸ Tradução nossa. No original: ‘*conviene constatar que, en la ignorancia del nivel global en el que las retribuciones hubieses tenido que ser establecidas, **consecuencias imperiosas de seguridad jurídica que se refieren al conjunto de los intereses en juego, tanto públicos como privados, impiden en principio poner en cuestión las remuneraciones referentes a períodos pasados***’. *Todo lo conduce, ‘en consecuencia’, a declarar que ‘**el efecto directo del artículo 119 no puede ser invocado en apoyo de reivindicaciones que se refieran a períodos de remuneración anteriores a la fecha de la presente Sentencia, salvo en lo que se refiera a trabajadores que hubiesen formalizado una demanda judicial o suscitado una reclamación de efecto equivalente***’.

Essa modulação/manipulação²⁷⁹ de efeitos da decisão de inconstitucionalidade (que parece novidade), na verdade, já era prevista por Hans Kelsen, dentro da sua teoria da anulabilidade. Nas palavras do mestre de Viena,

Quanto ao seu alcance no tempo, a anulação *pode limitar-se para o futuro* ou, pelo contrário, *estender-se também ao passado*, isto significa ter lugar com ou sem efeito retroactivo. Esta diferença só faz sentido para os actos que têm conseqüências jurídicas duráveis; interessa, acima de tudo, à anulação de normas gerais. O ideal de segurança jurídica exige que só seja atribuída em geral efeito à anulação de uma norma irregular pro futuro, isto é, a partir da data da anulação. É mesmo necessário *perspectivar a possibilidade da anulação actuar apenas a partir do decurso de um certo prazo [...]* (KELSEN, 2001, p. 17, grifo nosso).

No Brasil, é de destacar a resistência aos efeitos *ex tunc* da decretação de inconstitucionalidade do Ministro Leitão de Abreu, que no seu voto preferido no julgamento do RE n. 79.343-BA, reproduzido incansavelmente pela doutrina, defendeu a tese da anulabilidade. Mas, como o próprio Ministro reconhece num outro julgamento, não foi suficiente para alterar o entendimento da nulidade *ipso jure*, defendido pelo STF:

[...] Sustentei, então, longamente que a declaração de inconstitucionalidade da lei comporta quanto aos efeitos *ex tunc* que se lhe atribuem, certos temperamentos. Asseverei, então, como afirma o recorrente: 'Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o Corpus Juris Secundum, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entra o particular e poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo. tenho mantido essa opinião, a de que a regra da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade comporta temperamentos. Mantive-a, expressamente, perante o Tribunal Pleno, no julgamento de processo, proveniente de Goiás, onde se cuidava de saber se a declaração de inconstitucionalidade da lei, sob a qual certos funcionários haviam concorrido a determinados cargos e neles sido providos, privava de efeito a investidura, obtida de boa-fé, dos nomeados. Entretanto, fiquei vencido, porque, por maioria, o Plenário da Corte entendeu que a retroatividade, proveniente da declaração de inconstitucionalidade, em tese, da lei de que se então cuidava, se operava integralmente., não respeitando as mencionadas situações jurídicas' (RE 93.356/MT, Rel. Min. Leitão de Abreu).

²⁷⁹ Embora hoje a idéia da modulação/manipulação se relacione com a discricionariedade dos juízos constitucionais em estipular os efeitos de suas decisões de controle, que não é a abordagem de Kelsen.

Estudado o controle concentrado, quer-se realçar:

- 1) sustentar a validade da lei ou ato normativo enquanto não for proclamada a contrariedade à Constituição, pelo órgão competente, soa muito mais lógico e condizente com presunção de validade/constitucionalidade e a força executiva de que gozam as normas infraconstitucionais, enquanto integrantes da ordem jurídica;
- 2) pelas características e efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, destacam-se o caráter geral e abstrato, a força vinculante e a eficácia *erga omnes*, sem falar no efeito repristinatório e da possibilidade de manipulação dos efeitos temporais (além da possibilidade de decisões interpretativas), de modo que a atuação do Supremo há muito deixou de ser a de “legislador negativo”, para se transformar, se não num legislador propriamente dito, pelo menos, num ativo e *inovador* interprete da Constituição. Suas sentenças de inconstitucionalidade, dotadas de efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* mais se assemelham a uma lei (em sentido material) do que à regra concreta, que é a sentença típica do Judiciário;
- 3) o caráter normativo da pronúncia de inconstitucionalidade é acentuado pelo fato de que, conjuntamente com a anulação, podem voltar a entrar em vigor as disposições legais que tiverem sido derogadas pela lei proclamada inconstitucional (efeito repristinatório);
- 4) como *ato normativo*, a sentença do Supremo que decreta a inconstitucionalidade deve sujeitar-se aos mesmos limites constitucionais impostos ao legislador, especificamente o respeito pelas situações jurídicas definitivamente constituídas e estabilizadas, como são o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (pensar o contrário é valorizar mais o Judiciário do que o Legislativo, representante direto dos cidadãos);
- 5) o efeito prospectivo da pronúncia de inconstitucionalidade, atende melhor aos princípios da estabilidade e da segurança jurídica, sem falar na boa-fé, na proteção da confiança do cidadão no ordenamento, na dignidade humana e

no respeito aos direitos individuais e sociais dos cidadãos, atendendo efetivamente aos objetivos para que foi criado o controle de constitucionalidade, a defesa da Constituição e dos direitos e garantias fundamentais. Nesse aspecto, valem as palavras de Leonardo Greco,

O controle da constitucionalidade das leis serve aos direitos fundamentais. [...] por isso, das decisões sobre a constitucionalidade das leis não podem decorrer violações a direitos fundamentais, pois isso representaria o desvirtuamento da função primordial do próprio controle [...] (GRECO, 2004, p. 153).

Assim, tudo o que foi estudado, parece apontar a conveniência de se adotar em sede de controle de constitucionalidade a teoria da validade/invalidade, ao invés da da tese da nulidade ou da anulabilidade isoladamente, visto que a mesma serve aos diferentes sistemas de controle (concreto, abstrato e mistos) sem entrar em contradições. Como um juízo valorativo negativo da constitucionalidade, a invalidade admite vários graus de sanção que permitem explicar, desde a desaplicação da norma inválida ao caso específico no controle concreto, à anulabilidade em seus diferentes níveis (*ex nunc, ex tunc, ad futuro*) no controle concentrado.

É de recordar-se, depois de tudo quanto foi dito acerca do controle de constitucionalidade, que nos moldes em que está estruturado, o mesmo se destina à verificação do exame da conformidade/desconformidade dos atos tipicamente legislativos com a Constituição. Os atos judiciais sempre ficaram à margem desse processo. Segundo Paulo Otero, esse alheamento se deve principalmente à persistência do mito liberal da figura do juiz autômato, “a boca que pronuncia as palavras da lei” (OTERO, 1993, p. 9).

Até Hans Kelsen excluiu do controle direto de constitucionalidade os atos dos tribunais, afirmando expressamente:

A questão não se aplica aos *actos* dos tribunais. Verificamos, *efectivamente*, no simples *facto* de um *acto* jurídico ser executado pelo tribunal, uma garantia da sua regularidade. Que esta regularidade consista, *directa* ou *indirectamente*, numa constitucionalidade, tal não é – de uma forma geral – motivo suficiente para subtrair esses *actos* às jurisdições de direito comum e atribuir o seu conhecimento a um tribunal constitucional especial (KELSEN, 2001, p. 23).

No entanto, a doutrina, na sua quase unanimidade, aceita que os atos jurisdicionais na qualidade de atos emanados do Poder Público se encontram submetidos ao princípio da constitucionalidade e podem, como os atos legislativos e executivos, apresentar-se desconformes com a Constituição.

Chegou-se, enfim, ao problema dos atos jurisdicionais inconstitucionais e, principalmente, da *coisa julgada inconstitucional*.

5.2.3 Os atos jurisdicionais inconstitucionais e coisa julgada inconstitucional

Estudado o conceito de inconstitucionalidade, a natureza jurídica desta e os sistemas judiciais de fiscalização, está na hora de analisar a inconstitucionalidade dos atos jurisdicionais, especificamente a coisa julgada inconstitucional.

Em relação aos conflitos dos atos normativos do Legislativo e do Executivo, viu-se que dispõe a ordem jurídica brasileira de um sistema de controle de constitucionalidade misto, que permite que esses atos tenham controlada sua constitucionalidade em sede concreta (no âmbito de qualquer ação judicial), na salvaguarda de um direito material, e abstratamente via ação objetiva na defesa da própria Constituição.

Querer fazer dos atos jurisdicionais objeto de controle concentrado não parece mesmo ser a melhor idéia, pois, além de inconstitucional, devido à restrição intencional do texto constitucional que, em relação à ADIn, fala especificamente em “*lei ou ato normativo federal ou estadual*” (CF/88, art. 102, I, a), fixou-se o entendimento de que o controle abstrato só é possível em caso de inconstitucionalidade direta. No âmbito do STF, são às dezenas as decisões a respeito, que, em regra, têm a seguinte redação:

E M E N T A: [...] CONTENCIOSO DE MERA LEGALIDADE - RECURSO IMPROVIDO.
[...]

— Situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição não viabilizam o acesso à via recursal extraordinária, cuja utilização supõe a necessária ocorrência de conflito imediato com o ordenamento constitucional. Precedentes. [...] (Ag Reg. no Agravo de Instrumento 480.496-2 PE).

Desse modo, os atos normativos que não sejam lei (sentido formal) só podem ser objeto de ADIn se forem atos normativos primários (aqueles que regulam diretamente a Constituição), a exemplo dos Decretos-lei, das Medidas Provisórias e de outros atos que o STF considera lei em sentido material, como o caso do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF); atos normativos secundários como as sentenças judiciais, regulamentos, contratos etc, não comportam controle concentrado de constitucionalidade. A razão dessa restrição, conforme Rui Medeiros,

[...] decisivas para a concentração, são as características próprias das normas jurídicas. A competência do Tribunal constitucional deve, pois, abranger a fiscalização da constitucionalidade de uma regra abstractamente enunciada para uma aplicação genérica e não simplesmente o controlo da concreta decisão de um caso jurídico [...] (MEDEIROS, 1999, p. 339).

Em relação ao controle dos atos jurisdicionais, optou o Constituinte por manter um sistema recursal amplo, que permite (em termos teóricos, pelo menos) a discussão da questão constitucional pelas várias instâncias judiciais, até chegar ao STF, que é quem dá a última palavra. Além disso, dispõe, ainda, de outros instrumentos, como a ação rescisória no processo civil e a ação de revisão no processo penal. Instrumentos, pelo olhar aqui exposto, suficientes para prevenir e reprimir uma decisão judicial inconstitucional e, por conseqüência, a coisa julgada inconstitucional.

É lógico (e até salutar) que sempre se poderá pensar numa ação que garanta o acesso direto dos cidadãos ao Supremo Tribunal Federal, nos moldes do “recurso de amparo” do Direito espanhol e de alguns países da América do Sul, ou da “queixa constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*) do Direito alemão. Uma ação que, adaptando as palavras de Peter Häberle, transforme o Supremo Tribunal Federal de “Guardião da Constituição” em “tribunal de cidadãos”, “[...] uma vez que o seu primeiro e último ‘guardião’ são todos os cidadãos no seu conjunto [...]” (HÄBERLE, 2001, p. 33), garantindo a todos o acesso amplo, “[...] gratuitamente e sem intervenção obrigatória de advogado” (HÄBERLE, 2001, p. 33).

Oh! Isso? É democrático demais para um jovem país com menos de vinte anos de democracia (pelo menos política, porque nos demais aspectos é questionável que ela exista), é caro demais e inviabilizaria (por sobrecarga de trabalho) o Supremo, sem trazer lá aqueles resultados! Afinal, o Tribunal Constitucional Federal alemão, que é o Tribunal Constitucional Federal alemão, apresenta uma percentagem de êxito tão pequena, em termos numéricos, apenas 1,11% – que em número de processos dá 400 (quatrocentos) triunfos num universo de 36.000 (trinta e seis mil) pedidos – muito pouco, sem contar, é lógico, “[...] como é grande o efeito didático, em termos do Estado, e democrático, em termos do cidadão [...]” (HÄBERLE, 2001, p. 33), porque isso talvez não se consiga demonstrar em termos estatísticos.

Como isso não passa de uma excentricidade de algum sonhador, até porque o STF tem coisas muito mais importantes para cuidar do que, apenas, garantir os direitos fundamentais dos seus cidadãos, a solução é pensar em alargar (*ad infinitum*, de preferência) o prazo da rescisória, é permitir a qualquer tempo uma ação declaratória (imprescritível por natureza), ou mesmo a arguição num simples incidente processual e, por que não, permitir que a coisa julgada inconstitucional seja reconhecida e desconsiderada *de ofício* por qualquer juiz no desempenho das suas funções?

De volta ao mundo sensível, há que enfrentar a figura jurídica da coisa julgada inconstitucional ou, como se disse anteriormente, o *conflito de regras* entre a regra concreta da coisa julgada e a Constituição, que, apesar de tudo, pode vir a ocorrer.

Cumprе informar que se rejeita, para fins deste trabalho, a classificação processual de sentença e coisa julgada inexistentes, hipóteses em que, na esteira de Hans Kelsen, não há que se falar nem em coisa julgada, quanto mais em coisa julgada inconstitucional.

Como lembra Eduardo Talaminini, falar de *coisa julgada inconstitucional* implica dizer que a inconstitucionalidade se encontra na própria sentença, já que coisa julgada não se confunde com o conteúdo desta, correspondendo apenas à imutabilidade e à intangibilidade da decisão e dos seus efeitos (TALAMINI, 2005, p.

405). Assim, a coisa julgada inconstitucional pressupõe uma sentença inconstitucional que transitou em julgado.

Atrás, ao se relacionar a *coisa julgada injusta* com as *colisões de princípios*, se defendeu a desconsideração do direito-garantia fundamental da coisa julgada, mediante aplicação da máxima da proporcionalidade, portanto, mediante um processo de ponderação, sempre que a permanência da coisa julgada não for a decisão que melhor se justifique.

Poder-se-á dizer o mesmo em relação à coisa julgada inconstitucional? Poder-se-á, aplicar o processo de ponderação (máxima da proporcionalidade) para resolver um *conflitos de regras*? A resposta, face ao estudo levado a cabo, tem de ser negativa, pois, como se viu, o *conflito de regas* se resolve pelas regras da validade. Especificamente, no caso de conflito entre regras de escalão hierárquico distinto, o conflito se resolve pela prevalência da regra hierarquicamente mais elevada. Significa dizer, que o processo de ponderação, adequado para a colisão de princípios constitucionais que apresentam carácter relativo, não serve para ligar com o direito definitivo que se encontra nas regras. É dizer, a ponderação não serve para fazer controle de constitucionalidade, onde só existe uma questão a ser respondida: a decisão viola a Constituição?

As duas respostas possíveis são antagônicas e auto-excludentes: sim viola, sinal de que a decisão é inválida e, por isso, deve ser afastada; não viola, a decisão é válida e deve ser aplicada em toda a sua extensão, sendo válidas todas as suas conseqüências. Em caso de controle de constitucionalidade, a resposta jamais poderá ser: talvez!... mais ou menos!... um pouquinho!...

Adiantada a conclusão, calha analisar as modalidades de inconstitucionalidade do caso julgado apontadas pela doutrina. Logo no ponto 2.3.3, foi resumido o estudo objetivo que Paulo Otero fez sobre o caso julgado, e se constatou que o autor identificou três distintas situações em que pode vir a ocorrer a coisa julgada inconstitucional. Volta-se então a essa análise, acrescentando a classificação de Eduardo Talamini.

Na classificação dos referidos autores a coisa julgada inconstitucional pode ocorrer, então, em virtude de:

- 1) *Decisão judicial que viola de forma direta e imediata a Constituição* (OTERO, 1993, p. 65 e ss), ou, na classificação de Eduardo Talamini, *sentença cujo dispositivo viola diretamente normas constitucionais* (TALAMINI, 2005, p. 410 e ss).

O caso mais provável de ocorrência seriam as hipóteses em que a sentença nega um direito garantido por uma norma constitucional auto-aplicável. Entretanto, lembra Eduardo Talamini, tal situação só é absolutamente clara nas hipóteses em que apenas a Constituição regula a situação jurídica. Havendo a mediação de normas infraconstitucionais, adentra-se no campo da “ofensa reflexa”, em que há de determinar-se quando se trata de uma inconstitucionalidade (afronta direta à Constituição) ou de uma ilegalidade.

Como salienta o autor, não é a existência pura e simples de legislação infraconstitucional que afasta a priori a ofensa constitucional direta, pois ainda nesses casos há de se verificar se o núcleo essencial do direito constitucional foi atingido. Em se verificando tal hipótese, caracteriza-se a violação direta (TALAMINI, 2005, p. 413).

É a postura que o STF adota em relação ao próprio direito-garantia fundamental da coisa julgada, confira-se:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. COISA JULGADA. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. I. - O recurso de revista, na execução de sentença, somente pode ser admitido no caso de ofensa direta à Constituição (Lei 7.701/88, art. 12, § 4º), o que, de resto, ocorre relativamente ao recurso extraordinário, somente cabível na hipótese de ofensa direta à Constituição. II. - Decisão contrária ao interesse da parte não configura negativa de prestação jurisdicional. C.F., art. 5º, XXXV. III. - **Coisa julgada: a ofensa ocorre no caso de ocorrer erro conspícuo quanto ao conteúdo e à autoridade, em tese, da coisa julgada. Se o reconhecimento da ofensa ao art. 5º, XXXV, C.F., depender do exame in concreto, dos limites da coisa julgada, não se tem questão constitucional que autorizaria a admissão do recurso extraordinário:** Ag 143.712, Pertence, RTJ 159/682. [...]. (RE-AgR 226887/PE, Ag. Reg. no Recurso Extraordinário, Rel. Min. Carlos Velloso, J. 03/11/1998, Segunda Turma, DJ 11-12-1998, p. 00008, EMENT VOL-01935-07, p. 01254, grifo nosso).

Dentro deste tipo, Paulo Otero aponta um déficit processual no controle de constitucionalidade de atos jurídico-públicos na ordem jurídica portuguesa, em virtude de que nem as decisões individuais – sejam do TC, especialmente as preferidas em controle difuso de constitucionalidade, sejam as decisões desconformes de todos os restantes tribunais – nem as decisões normativas do TC que proclamam a inconstitucionalidade com força obrigatória geral podem ser impugnadas (OTERO, 1993, p. 65-69).

No sistema jurídico brasileiro, apenas as decisões do STF que proclamam a inconstitucionalidade em sede de ação direta não são impugnáveis, por força do art. 26 da Lei 9.868/99, cuja redação dispõe:

A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

Esta situação será objeto de análise um pouco adiante. Quanto às demais decisões judiciais, todas comportam recurso para o STF, o recurso extraordinário (CF/88, art. 102, III, “a” a “d”). Portanto, nem mesmo esse argumento existe para defender a possibilidade de rediscutir a inconstitucionalidade da decisão judicial acobertada pela coisa julgada, que é um direito-garantia fundamental.

Deste modo, as sentenças são passíveis de impugnação pelas vias recursais previstas, que chegam até ao STF, órgão máximo da jurisdição nacional, e depois de transitadas em julgado ainda podem ser objeto de ação rescisória (e, hoje, impugnação ao cumprimento da sentença e embargos à execução em execução contra a Fazenda Pública, no caso de ação de natureza condenatória), observado o prazo decadencial de dois anos, desde que se enquadrem em alguma das hipóteses previstas no do art. 485 do CPC, ou objeto de revisão penal a qualquer momento, se se tratar de condenação penal. Por opção constitucional, não há que se falar em desconsideração da coisa julgada, o que seria, aí sim, uma ofensa frontal a um direito-garantia fundamental e, portanto, à Constituição.

- 2) *Decisão judicial que aplica uma norma inconstitucional* (OTERO, 1993, p. 69-72) ou *sentença amparada em norma inconstitucional* (TALAMINI, 2005, p. 406-407 e 415-418).

Estas são as hipóteses em que a inconstitucionalidade deriva do fato de se terem aplicado normas inconstitucionais, seja porque a norma foi anteriormente proclamada inconstitucional pelo STF em sede de controle concentrado, seja porque a norma foi suspensa por Resolução do Senado Federal depois de declarada a sua inconstitucionalidade, em sede de controle difuso pelo STF. Eduardo Talamini acrescenta uma outra situação:

uma norma cuja inconstitucionalidade, embora existente, não é averiguada em controle direto – seja porque ele não cabe, seja porque nenhum dos legitimados pleiteou-o – e, portanto, não é declarada (e tampouco a norma é retirada do ordenamento pelo Senado) (TALAMINI, 2005, p. 406).

Discorda-se deste ponto, eis que não existe inconstitucionalidade auto-evidente. Pela postura aqui assumida, para que uma norma seja inconstitucional é necessário que o órgão constitucional autorizado, mediante o procedimento adequado, proclame essa inconstitucionalidade. Enquanto não reconhecido esse vício, a norma é válida e obrigatória e a decisão judicial que nela se fundamentar é uma decisão constitucional. Mesmo que se admita a tese da nulidade *ipso juris* do ato normativo inconstitucional no plano abstrato (aqueles que defendem que haveria a suspensão temporária da Constituição), não há como transferir automaticamente esses efeitos para o plano concreto da decisão judicial. É a paridade de forma: assim como não se admite controle abstrato sobre sentenças em casos concretos, tais sentenças, após o trânsito em julgado, não deveriam sofrer os efeitos de um controle abstrato futuro.

Com relação às duas primeiras situações, há, na espécie, que se concordar com Paulo Otero, ou seja, é necessário verificar-se:

- a) se, ao tempo da formação da coisa julgada, a norma aplicada já havia sido proclamada inconstitucional pelo STF em sede de controle concentrado ou se o Senado Federal já havia suspenso a sua execução – hipótese em que foi aplicada uma ex-norma (quando deveria ter sido aplicada a norma ripristinada, se existisse) e comporta o uso dos meios recursais e rescisórios

disponíveis na ordem jurídica, tal qual as decisões que violam direta e imediatamente a Constituição;

- b) se a pronúncia de inconstitucionalidade é superveniente (posterior) à formação da coisa julgada, hipótese em a norma era válida, pois ainda não havia sido proclamada a sua inconstitucionalidade, hipótese em que nenhuma irregularidade existe na decisão judicial, deve prevalecer o direito-fundamental da coisa julgada (OTERO, 1993, p. 69-72).

Nas duas situações, operada a coisa soberanamente julgada (esgotado o prazo decadencial da ação rescisória), igualmente não há que se falar em desconsideração da coisa julgada.

- 3) *Decisão judicial desaplicadora de uma norma constitucional* (OTERO, 1993, p. 73-75) ou *sentença amparada na indevida afirmação de inconstitucionalidade de uma norma* (TALAMINI, 2005, p. 408-410 e 418-419).

Trata-se da hipótese da recusa em aplicar uma norma sob a alegação da sua inconstitucionalidade, sem que a mesma apresente qualquer desconformidade com a Constituição. No caso, convergem os autores no sentido de que não se trata de um caso autônomo de coisa julgada inconstitucional, eis que pode subsumir-se no caso de aplicação de norma inconstitucional (já analisado), se a norma aplicada em substituição da norma afastada for uma norma inconstitucional; e pode caracterizar um simples caso de ilegalidade, quando a norma aplicada é uma norma constitucional.

Eduardo Talamini acrescenta um quarto tipo:

- 4) *Sentença amparada em interpretação incompatível com a Constituição* (TALAMINI, 2005, p. 407).

A partir da distinção entre norma e texto de norma (dispositivo), o autor aponta que a inconstitucionalidade pode resultar da adoção de uma interpretação desconforme com a Constituição, hipótese em que novamente há que considerar: a) se ao tempo da formação da coisa julgada, o Supremo já se havia manifestado indicando qual a

“interpretação conforme” (hipótese de violação da norma constitucional que confere força vinculante a essa decisão); b) se o pronunciamento do Supremo é posterior à sentença ou c) se houve interpretação desconforme do juiz, sem pronunciamento do STF nem antes nem depois da sentença (TALAMINI, 2005, p. 407-408).

Como o próprio autor reconhece, a situação pode subsumir-se na coisa julgada inconstitucional por aplicação de norma inconstitucional, ou na coisa julgada inconstitucional por violação direta de norma Constitucional, quando a interpretação desconforme é diretamente de dispositivo constitucional. Qualquer que seja a situação, comporta impugnação por variados meios, como já se viu.

Até aqui, todas as situações analisadas comportam o exame da questão constitucional, em vários momentos do processo e em vários graus de jurisdição, antes e depois do trânsito em julgado. Efetivado esse controle, impõe-se o respeito ao direito-garantia fundamental da coisa julgada. Inviável, portanto, a desconsideração do mesmo, se válida a regra que prevê tal direito-garantia fundamental.

Nesse aspecto, se assume postura completa oposta à de Paulo Otero, para quem, como se viu, as decisões judiciais inconstitucionais “[...] podem sempre ser destruídas, nunca se consolidando plenamente na ordem jurídica [...]” (OTERO, 1993, p. 122). A postura do autor parte de uma premissa contrária à adotada nesta dissertação, a nulidade *ipso juris* da inconstitucionalidade.

Em suma, quando se tratar de conflito de regras, sendo válida (formal e materialmente) a regra da coisa julgada, não há que se falar na possibilidade de desconsideração da mesma.

Resta, ao final, analisar os reflexos da pronúncia de inconstitucionalidade sobre o direito-garantia fundamental da coisa julgada.

5.2.4 A pronúncia de inconstitucionalidade e seus reflexos sobre o direito-garantia fundamental da coisa julgada

Não é novidade que a decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo proclamada pelo STF em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível e impugnável, isto é, não admite recurso (salvo de embargos de declaração) e nem a desconstituição pela via da ação rescisória.

Isto, que ao primeiro olhar pode parecer uma afronta à própria Constituição (para quem crê no princípio do duplo grau de jurisdição), soa perfeitamente natural e compreensível quando se pensa nas características da ação direta e nos efeitos produzidos pela decisão jurisdicional: uma ação abstrata, sem partes (apenas legitimados formais), em que o objeto é uma lei ou um ato normativo (primário) discutido em tese (sem estar afeito a um caso concreto), dotada de “[...] *eficácia contra todos e efeito vinculante* ²⁸⁰ [normativo], *relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*” (CF, art. 102, § 2º) e decidida pela autoridade máxima em matéria de constitucionalidade, o STF. Como se vê, não há interesse em recorrer do exercício de uma competência voltada exclusivamente para o interesse público e objetivo, “sem partes em contraditório” (MEDEIROS, 1999, p. 793).

As ações diretas, no entanto, não deixam de provocar decisões judiciais e, como tais, adquirem o *status* da coisa julgada formal e material as que reconhecem a inconstitucionalidade; apenas formal as que decidem pela constitucionalidade da norma, pois a alteração das circunstâncias fáticas pode autorizar uma nova compreensão da matéria e o seu reexame pelo STF. Por isso, Clèmerson Merlin Clève diz que “a coisa julgada [...] não ‘congela’ (‘engessa’) de modo definitivo a jurisprudência do Supremo [...]” e nem é “[...] capaz de impedir que o órgão

²⁸⁰ Outros países usam expressões como “força de lei” (Alemanha) e “força obrigatória geral” (Portugal) para designar esse *plus* de que são dotadas as decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade.

legislativo volte a praticar inconstitucionalidade editando um mesmo ato com o mesmo conteúdo do anterior”²⁸¹ (CLÈVE, 2000, p. 240 e 241).

Apesar de extremamente interessante, o que verdadeiramente importa a esta pesquisa não é a coisa julgada das ações diretas, mas os reflexos destas sobre o direito-garantia fundamental da coisa julgada, pois se o que o que é decidido (inconstitucionalidade e expurgação da norma do ordenamento jurídico ou constitucionalidade) pelo Tribunal obriga direta e automaticamente todo o Poder Público, inclusive os restantes tribunais, sem necessidade de intermediação de qualquer outro ato jurídico, algum reflexo isso vai ter na realidade concreta.

Nesse aspecto, uma questão não pára de apoquentar: a pronúncia de inconstitucionalidade pelo STF afeta o direito-garantia fundamental da coisa julgada?

Tal pergunta, que até poucos anos atrás não teria nenhuma razão de ser, hoje tem toda a pertinência, face à nova hipótese de embargos à execução, que no ano 2000 foi criada e mantida à força de Medidas Provisórias, a última das quais (MP n. 2.180-35 de 24.8.2001) em vigor, por conta do art. 2º da EC n. 32/2001 –, que acresceu o parágrafo único ao art. 741 do CPC e o parágrafo 5º ao art. 884 da CLT, de redação absolutamente idêntica, e que dizem ser “[...] *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*”.

Integrada num pacote de medidas adotadas para ampliar as prerrogativas da Fazenda Pública em juízo, tal figura jurídica cria uma hipótese específica de inexigibilidade de título executivo judicial, estruturada única e simplesmente na “declaração” de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo que serviu de fundamento à sentença, criando um novo tipo “rescisório” até então desconhecido na ordem jurídica brasileira.

Sem esclarecer nada a respeito da coisa julgada, o preceito dá azo a que se entenda que a “declaração” de inconstitucionalidade teria adquirido a capacidade de

²⁸¹ Não se pense que a matéria está livre de controvérsias, pois há quem defenda a existência de uma proibição de reprodução dirigida ao legislador. Para aprofundamento da matéria Medeiros (1999, p. 777 e ss).

“nulificar” a sentença judicial transitada em julgado, criando um fenômeno que Luiz Guilherme Marinoni chama de “controle da constitucionalidade da sentença transitada em julgado” (MARINONI, 2004, p. 164).

Questionada a constitucionalidade formal e material da medida, os novos preceitos legais foram objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn n. 2.418-3), de autoria do Conselho Federal da OAB, pendente de julgamento e cujos autos desde 8/10/2004²⁸² se encontram conclusos ao relator (atualmente o Min. Cezar Peluso), depois do Advogado-Geral da União haver requerido a preferência no julgamento e o Procurador-Geral da República oferecer parecer pela procedência do pedido de inconstitucionalidade do art. 10 da referida MP, na parte que acrescentou o parágrafo único ao art. 741 do CPC e o parágrafo 5º ao art. 884 da CLT.

Apesar de aguardar julgamento, pelo menos em relação aos dispositivos integrados ao CPC, a mencionada ADIn teve prejudicado o seu objeto, pela superveniência da Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que, ao alterar o CPC, deu nova redação ao parágrafo único do art. 741, que agora se aplica apenas aos embargos à execução contra a Fazenda Pública, e repetiu o mesmo texto no parágrafo 1º do art. 475-L, II, acrescido ao Diploma processual civil na mesma oportunidade, substituindo os embargos à execução pela impugnação ao “cumprimento da sentença” (CPC, Livro I, título VIII, capítulo X), dispondo:

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

[...]

II – inexigibilidade do título;

[...]

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

Sem grandes alterações textuais (e com as mesmas imprecisões), a repaginação do instituto, se foi capaz de acabar com a discussão sobre a inconstitucionalidade formal do novo instituto, não produziu o mesmo resultado em relação à inconstitucionalidade material, pois os novos dispositivos legais já tiveram a sua

²⁸² Informação obtida na ficha de acompanhamento do processo disponibilizada no site do STF, precisamente em: <http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=2418&CLASSE=ADI&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M>. Acesso em: 29 jun. 2006.

constitucionalidade questionada e são objeto da ADIn n. 3.740-DF – ajuizada em 30 de maio último, pelo Conselho Federal da OAB e distribuída por prevenção ao Min. Cézar Peluso (relator da ADIn anterior) –, cujo pedido é formulado nos seguintes termos,

[...] Por todo o exposto, pede o autor seja suspensa liminarmente a íntegra do § 1º do artigo 475 – L e do § único do artigo 741 do Código de Processo Civil, nas redações conferidas pela Lei federal 11.232; bem como do § único do artigo 741 do Código de Processo Civil, na redação conferida pela Medida Provisória 2.180-3 5.

Pede, ao final, seja declarada a inconstitucionalidade da íntegra do § 1º do artigo 475 – L e do § único do artigo 741 do Código de Processo Civil, nas redações conferidas pela Lei federal 11.232; bem como do § único do artigo 741 do Código de Processo Civil, na redação conferida pela Medida Provisória 2.180-35 [...] (ADIn n. 3.740-DF, Petição Inicial, p. 9).

Enquanto dita ação não for julgada pelo Supremo e não se conheça o desfecho de toda esta discussão, o instituto está em vigor, é válido e eficaz. Com tudo isso, a pergunta formulada ao início continua a amofinar: desaparece o direito-garantia fundamental da coisa julgada face à pronúncia de inconstitucionalidade pelo STF?

Antes da comentada alteração, a jurisprudência do STF, pacífica e maciçamente, entendia que o efeito *ex tunc* da pronúncia de inconstitucionalidade não afetava a norma concreta e nem desconstituía automaticamente a coisa julgada. Pode-se constatar que se trata de jurisprudência a longo tempo sedimentada.

Em 1968 o STF decidia:

EMENTA

A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo impróprio o mandado de segurança. Aplicação da súmula 430. Recurso desprovido. (STF, RMS 17976 / SP, Rel. Min. Amaral Santos, J. 13/09/1968, Terceira Turma, DJ 26-09-1969 p. 04397 Ement. Vol. 00777-01, p. 00142; RTJ Vol. 00055-03, p. 00744).

Especificamente em relação à alegação de pronúncia de inconstitucionalidade em sede de embargos à execução, decidiu o Supremo,

EMENTA: - Recurso Extraordinário. – Embargos à execução de sentença porque baseada a decisão transitada em julgado, em lei posteriormente declarada inconstitucional. a declaração da nulidade da sentença somente é possível via da **ação rescisória**. precedentes do Supremo Tribunal Federal

- Recurso extraordinário não conhecido (STF, RE 86056 / SP, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, J. 31/05/1977, Primeira Turma, DJ 01-07-1977, grifo nosso).

Já em 2004, na decisão monocrática proferida na Ação Cautelar n. 189-7/SP, diz o Min. Gilmar Mendes,

DECISÃO:

[...]

Acentue-se, desde logo, que, **no direito brasileiro, jamais se aceitou a idéia de que a nulidade da lei importaria na eventual nulidade de todos os atos que com base nela viessem a ser praticados.** Embora a ordem jurídica brasileira não disponha de preceitos semelhantes aos constantes do § 79 da Lei do Bundesverfassungsgericht, que prescreve a intangibilidade dos atos não mais suscetíveis de impugnação, **não se deve supor que a declaração de nulidade afete, entre nós, todos os atos praticados com fundamento na lei inconstitucional.** É verdade que o nosso ordenamento não contém regra expressa sobre o assunto, aceitando-se, genericamente, a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de ilicitude (Cf., a propósito, RMS 17.976, Rel. Min. Amaral Santos, RTJ 55, p. 744). **Concede-se, porém, proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (*Normebene*) e no plano do ato singular (*Einzelaktebene*) mediante a utilização das chamadas fórmulas de preclusão [...]** (STF, AÇÃO CAUTELAR N. 189-7, j. 6.4.2004, DJ 15.4.2004, grifo nosso).

Idêntica postura o Ministro já havia assumido em sede doutrinária, ao escrever:

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro parece contemplar uma ressalva expressa a essa rigorosa doutrina retroatividade: a coisa julgada. Embora a doutrina não se refira a essa peculiaridade, tem-se por certo que a pronúncia da inconstitucionalidade não faz tábula rasa da coisa julgada, erigida pelo constituinte em garantia constitucional (CF, art. 153, § 3º). Ainda que se não possa cogitar de direito adquirido ou de ato jurídico perfeito, fundado em lei inconstitucional, afigura-se evidente que a nulidade *ex tunc* não afeta a norma concreta contida na sentença ou acórdão (MENDES, 1986, p. 279-280).

Entretanto, parece o Min. Gilmar Mendes ter mudado de idéia, pois num outro ponto da decisão acima escreve,

[...] **No modelo consagrado pelo § 79, (3), da Lei do Bundesverfassungsgericht, admite-se a possibilidade de que a execução de sentença calcada em lei inconstitucional seja impugnada mediante embargos à execução** (CPC alemão, § 767). Inicialmente, a impugnação de sentença transita em julgado, no sistema brasileiro, somente haveria de se verificar por via de ação rescisória. [...] **A Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001**, introduziu regra segundo a qual, para os fins de execução judicial, "considera-se 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". (art. 741, parágrafo único do CPC; art. 836,

parágrafo único, CLT). Assim sendo, **ressalvada a hipótese de uma declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos (art. 27, Lei nº 9.868, de 1999), a declaração de inconstitucionalidade (com eficácia *ex tunc*) em relação a sentenças já transitadas em julgado poderá ser invocada, eficazmente, tanto em ação rescisória, como nos embargos à execução [...]** (STF, AÇÃO CAUTELAR N. 189-7, j. 6.4.2004, DJ 15.4.2004, grifo nosso).

Como se constata, em dois pontos da decisão o Ministro se refere ao § 79 (3), da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, primeiro para dizer que a ordem jurídica brasileira não dispõe de preceitos semelhantes, ou seja, não prevê expressamente a intangibilidade dos atos não mais suscetíveis de impugnação, segundo para dizer que o referido dispositivo admite a possibilidade de se impugnar a execução de sentença calcada em lei inconstitucional, mediante embargos à execução. Não diz, entretanto, ser esse o preceito inspirador das alterações legislativas nacionais, subscritas à época pelo atual Ministro, então Advogado-Geral da União, que “[...] importou a regra pela metade, ou seja, permitiu o bloqueio da execução, mas não garantiu a manutenção intacta dos efeitos pretéritos da coisa julgada” (GRECO, 2004, p. 157).

De fato, prevê o dispositivo tedesco:

§ 79 (1) É admissível retomar o procedimento, em conformidade com as disposições do Código de procedimento penal, contra um julgamento penal executório que se fundamenta numa norma incompatível com a Lei fundamental ou declarada nula em conformidade com o artigo 78 acima ou fundamentada na interpretação de uma norma declarada como incompatível com a Lei fundamental pelo Tribunal Constitucional.

(2) Para o resto, as decisões não mais atacáveis e fundamentadas numa norma declarada nula em conformidade com o artigo 78 acima, sob reserva da disposição do artigo 95, parágrafo 2, ou de uma regulamentação legal específica, não são afetadas. Se se deve proceder à execução forçada conforme as disposições do Código de procedimento civil, a disposição do artigo 767 do Código de procedimento civil é aplicável *mutatis mutandis*. Qualquer pretensão que emane de um enriquecimento ilícito está excluída.

²⁸³

²⁸³ Tradução nossa. No original: § 79 – (1) *Gegen ein rechtskräftiges Strafurteil, das auf einer mit dem Grundgesetz für unvereinbar oder nach § 78 für nichtig erklärten Norm oder auf der Auslegung einer Norm beruht, die vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist, ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung zulässig. (2) Im übrigen bleiben vorbehaltlich der Vorschrift des § 95 Abs. 2 oder einer besonderen gesetzlichen Regelung die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen, die auf einer gemäß § 78 für nichtig erklärten Norm beruhen, unberührt. Die Vollstreckung aus einer solchen Entscheidung ist unzulässig. Soweit die Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung durchzuführen ist, gilt die Vorschrift des § 767 der Zivilprozeßordnung entsprechend. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung sind ausgeschlossen.* Tradução elaborada a partir da versão oficial francesa – (1) *Il est recevable de reprendre la procédure conformément aux dispositions du Code de procédure pénale à l'encontre d'un jugement pénal exécutoire reposant sur une norme incompatible avec la Loi*

O § 79. (2) (não o número “3” como informado na decisão acima) da Lei do Bundesverfassungsgericht garante inicialmente a não afetação das decisões firmes, que tiveram como base de sustentação a norma proclamada inconstitucional, e só depois prevê a possibilidade de, nos casos “[...] em que a decisão impugnável tenha conteúdo executivo e não haja sido ainda executada” (MEDEIROS, 1999, p. 568), impedir a execução.

Um dispositivo que, mesmo na Alemanha, suscita problemas, a ponto de se dizer que “[...] suscita mais questões do que aquelas que resolve [...]” (MEDEIROS, 1999, p. 621). Provoca tantos inconvenientes que o Tribunal Constitucional, apesar do seu “Regimento Interno” (Lei do *Bundesverfassungsgericht*) prever de forma expressa, no “§ 78”²⁸⁴, que a inconstitucionalidade corresponde à nulidade, evita ao máximo essa “declaração”, sendo um dos Tribunais mais inovadores em termos de matéria de controle de constitucionalidade, criando mecanismos como as “decisões apelativas”²⁸⁵, ou seja, aquelas em que o Tribunal se recusa a formular um juízo atual de inconstitucionalidade e informa a possibilidade de a lei vir a ser considerada

fondamentale ou ayant été déclarée nulle conformément à l'article 78 ci-dessus ou reposant sur l'interprétation d'une norme ayant été déclarée comme étant incompatible avec la Loi fondamentale par la Cour constitutionnelle. (2) Pour le reste, les décisions n'étant plus attaquables et reposant sur une norme déclarée nulle conformément à l'article 78 ci-dessus sous réserve de la disposition de l'article 95, alinéa 2, ou d'une réglementation légale particulière ne sont pas affectées. S'il doit être procédé à l'exécution forcée conformément aux dispositions du Code de procédure civile, la disposition de l'article 767 du Code de procédure civile s'applique mutatis mutandis. Toute prétention émanant d'un enrichissement illicite est exclue – publicada em 11 de outubro de 1993 (Jornal Oficial da República Federal da Alemanha, I, p.1473), disponibilizada no site <<http://www.jura.uni-sb.de/BIJUS/bverfgg/bverfgg/BVGG83.HTM>> e coletada em 29 maio 2006.

²⁸⁴ Que prescreve mais ou menos o seguinte: “Se o Tribunal Constitucional Federal adquire a convicção que o direito federal é incompatível com a Lei fundamental ou que o direito do *Land* (Estado Federado) é incompatível com a Lei fundamental ou qualquer outro direito federal, declara esta lei nula. Se outras disposições desta mesma lei são, pela mesma razão, incompatíveis com a Lei fundamental ou qualquer outro direito federal, o Tribunal Constitucional federal pode igualmente declarar-o nulos” (tradução nossa). No original: § 78 – *Kommt das Bundesverfassungsgericht zu der Überzeugung, daß Bundesrecht mit dem Grundgesetz oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht unvereinbar ist, so erklärt es das Gesetz für nichtig. Sind weitere Bestimmungen des gleichen Gesetzes aus denselben Gründen mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht unvereinbar, so kann sie das Bundesverfassungsgericht gleichfalls für nichtig erklären.* Tradução elaborada a partir da versão oficial francesa: *Article 78 – Si la Cour constitutionnelle fédérale acquiert la conviction que le droit fédéral est incompatible avec la Loi fondamentale ou que le droit de Land est incompatible avec la Loi fondamentale ou tout autre droit fédéral, elle déclare cette loi nulle. Si d'autres dispositions de cette même loi sont, pour la même raison, incompatibles avec la Loi fondamentale ou tout autre droit fédéral, la Cour constitutionnelle fédérale peut également les déclarer nulles* – publicada em 11 de outubro de 1993 (Jornal Oficial da República Federal da Alemanha, I, p.1473), disponibilizada no site <<http://www.jura.uni-sb.de/BIJUS/bverfgg/bverfgg/BVGG83.HTM>> e coletada em 29 maio 2006.

²⁸⁵ Para citar um, porque outros poderiam ser apontados como as decisões de inconformidade a declaração de inconstitucionalidade sem nulidade e a interpretação conforme.

inconstitucional no futuro (MEDEIROS, 1999, p. 676). O que José Joaquim Gomes Canotilho chama de “situação ainda constitucional mas a tender para a inconstitucionalidade”²⁸⁶, explicando que a decisão consistiria,

[...] ou num apelo ao legislador no sentido de este emanar nova legislação em virtude de a legislação existente em breve se tornar inconstitucional, ou num sinal de perigo em virtude de ser previsível que a evolução fática e jurídica venha a por em causa o regime jurídico em vigor [...] (CANOTILHO, 2003 p. 958).

Em 2001, o Executivo brasileiro, na certa devido à relevância e urgência da MP, esqueceu de garantir as situações jurídicas definitivamente resolvidas e acobertadas pelo direito-garantia fundamental da coisa julgada. Mais um abuso e uma afronta aos direitos fundamentais do cidadão, que fazem o professor Cândido Rangel Dinamarco, ao final do texto onde defende a relativização excepcional da garantia da coisa julgada, explicar, sob o título “minhas [do ilustre Professor e não só] preocupações”, que:

Uma das razões de meu empenho em descobrir e propor um critério geral para relativizar racionalmente a autoridade da coisa julgada material é a tendência, que em várias manifestações tenho visto, a buscar soluções benéficas ao Estado sem pensar nos adversários dos entes estatais e em todos os sujeitos que, de algum modo, tenham sua esfera de direitos comprimida pelos rigores da coisa julgada. Repudio os privilégios dados pela lei processual ao Estado, que reputo de índole fascista; sou crítico do Estado-Inimigo, que litiga e resiste em juízo com a consciência de não ter razão, abusando do direito de recorrer com o objetivo de postergar a satisfação de suas vítimas; reputo indecente a prática de legislar mediante medidas provisórias destinadas a ampliar os privilégios do Estado em juízo e combato as repetidas indulgências dos juízes para com os entes estatais, a dano da garantia constitucional da isonomia (DINAMARCO, 2002, p. 71).

Lamentavelmente, um esquecimento que se mantém nos novos preceitos do CPC. O que se observa é que as alterações legislativas ora comentadas novamente

²⁸⁶ Tese adotada pelo STF em 1994, quando no célebre caso da prestação de assistência judiciária pelo Ministério Público de São Paulo face à inexistência de Defensoria Pública, consignou: “EMENTA: LEGITIMIDADE - AÇÃO“EX DELICTO” - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). *INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO [...]*” (STF, RE n. 135.328, rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.06.1994, grifo nosso).

caminham na contramão daquilo que verdadeiramente se entende por um Estado Democrático de Direito, desrespeitando a Lei Maior e os direitos fundamentais do cidadão brasileiro.

Em países democráticos, mesmo naqueles em que a coisa julgada não figura (pelo menos expressamente) como um direito-garantia fundamental, ao contrário do Brasil que estrategicamente o assentou no inc. XXXVI, do art. 5º da CF, existe a ressalva dos casos julgados em face da pronúncia de inconstitucionalidade. É o caso da *Constitución Española* que, apesar de omissa quanto aos efeitos temporais da inconstitucionalidade, além de dizer que as sentenças do Tribunal Constitucional têm valor de coisa julgada a partir do dia seguinte à sua publicação (art. 164, 1), dispõe expressamente no art. 161, 1, “a” (TITULO IX. *Del Tribunal Constitucional*) que:

1. O Tribunal Constitucional tem jurisdição em todo o território espanhol e é competente para conhecer:
 - a) Do recurso de inconstitucionalidade contra leis e disposições normativas com força de lei. A declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica com força de lei, interpretada pela jurisprudência, afetará esta, *embora a sentença ou as sentenças transitadas em julgado não percam o valor de coisa julgada* (grifo nosso) ²⁸⁷.

Tal preceito constitucional é completado pelo art. 40, “uno”, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (LOTIC), que por sua vez ressalta:

As sentenças declaratórias da inconstitucionalidade de Leis, disposições ou atos com força de Lei não permitirão rever processos resolvidos por sentença com força de coisa julgada nos quais se fez uma aplicação das Leis, de disposições ou atos inconstitucionais, salvo no caso dos processos penais ou contenciosos administrativo relativos a um procedimento de sanção no qual, como consequência da nulidade da norma aplicada, resulte uma redução da penalidade ou da sanção ou uma exclusão, uma isenção ou uma limitação da responsabilidade. ²⁸⁸

²⁸⁷ Tradução nossa. No original: *1- El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.*

²⁸⁸ Tradução nossa. No original: **Artículo cuarenta: Uno.** *Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.*

Na mesma linha, a Constituição Portuguesa, já comentada anteriormente (p. 65-66), que, com todas as letras, coroa:

3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido (1998, p. 113).

Também entre os países sul-americanos há a preocupação em preservar constitucionalmente a coisa julgada da pronúncia de inconstitucionalidade. Eis o que dispõe, por exemplo, a Constituição boliviana:

Artigo 121

I. Contra as sentenças do Tribunal Constitucional não cabe recurso ulterior algum.

II. Sentença que declara a inconstitucionalidade de uma lei, decreto ou qualquer gênero de resolução não judicial, faz inaplicável a norma impugnada e surte plenos efeitos a respeito de todos. [...]

III. Salvo se a sentença dispuser outra coisa, subsistirá a vigência da norma nas partes não afetadas pela inconstitucionalidade. *A sentença de inconstitucionalidade não afetará as sentenças anteriores que tenham qualidade de coisa julgada*²⁸⁹ [...] (Constituição Política da Bolívia, art. 121, grifo nosso).

A análise dos dispositivos constitucionais estrangeiros permite verificar algumas coincidências. A primeira delas é a preocupação generalizada de preservar o direito-garantia da coisa julgada. A segunda é que, apesar da prevalência da idéia dos efeitos *ex tunc* da invalidade, ressalvas são feitas em prol das questões penais e disciplinares, aliás, o que acontece também no Brasil, por força do princípio da legalidade penal assente no inc. XL do art. 5º da CF/88.

Apesar de tratar de uma exceção extremamente lógica, pois ninguém pode ser obrigado para o passado, uma outra análise pode ser feita: se o que impera são os efeitos *ex tunc* da inconstitucionalidade, a ressalva das questões sancionatórias de conteúdo menos favorável provoca uma quebra (exceção) nessa ordem, uma quebra que tem um objetivo bem específico, favorecer o cidadão, ou seja, a regra geral é

²⁸⁹ Tradução nossa. No original: *ARTICULO 121- I. Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno. II. La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos. La sentencia que se refiera a un derecho subjetivo controvertido, se limitará a declarar su inaplicabilidad al caso concreto. III. Salvo que la sentencia disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la norma en las partes no afectadas por la inconstitucionalidad. La sentencia de inconstitucionalidad no afectará a sentencias anteriores que tengan calidad de cosa juzgada [...].*

retroagir, mas é vedado retroagir para prejudicar o cidadão, o que na verdade seria até uma afronta ao princípio constitucional da proibição do retrocesso.

A partir daí, o raciocínio pode ser alargado, ou seja, aberta a exceção constitucional em favor de processos penais ou contenciosos administrativos relativos à aplicação de sanções, admitindo que da inconstitucionalidade resulte uma diminuição, exclusão ou isenção da pena, significa dizer, por uma interpretação sistemática das regras e princípios constitucionais, que é a regra geral, no caso a eficácia *ex tunc*, pressupõe uma situação de vantagem para o indivíduo. Resultado: a retroatividade só pode ocorrer em benefício do cidadão, não contra ele.

Voltando à análise da realidade brasileira, a pergunta lançada ainda permanece em aberto. O dispositivo legal, ao dizer que se considera inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, permite várias interpretações.

Três sentidos distintos podem visualizar-se de imediato:

- 1) Como o texto legal fala em inexigibilidade do título, o primeiro sentido que pode ser extraído é o de que a proclamação da inconstitucionalidade da norma em que ele se fundou poderia levar automaticamente à perda da eficácia do título executivo judicial, independentemente do trânsito em julgado da decisão judicial. Nesta hipótese, a coisa julgada simplesmente seria irrelevante em face da pronúncia de inconstitucionalidade. Como diz Eduardo Talamini, o novo instituto se destinaria a permitir uma argüição destinada ao reconhecimento ou declaração da ineficácia do título, a partir da “[...] constatação do contraste entre o (entendimento que amparou o) título e o pronunciamento do Supremo” (TALAMINI, 2005, p. 460);
- 2) A criação de um novo mecanismo rescisório, isto é, “[...] um novo meio de desconstituição de um título judicial” (TALAMINI, 2005, p. 460), ou apenas uma nova modalidade de “inexistência ou inexecutabilidade do título” (ASSIS, 2004, p. 51);

- 3) A norma só se aplica nas hipóteses em que não se houver verificado o trânsito em julgado da decisão, ou seja, há que se aplicar à hipótese o comando do art. 5º, XXXVI da CF, no sentido de que a decisão judicial de inconstitucionalidade proferida em controle concentrado não pode atingir o direito-garantia fundamental da coisa julgada;

A primeira hipótese só é admissível se se adotar uma postura semelhante à de Paulo Otero, que defende que por serem portadores de invalidade os casos julgados inconstitucionais jamais se consolidam na ordem jurídica e podem, a qualquer tempo e por qualquer meio, ser judicialmente destruídos. É a velha tese de que os meios justificam os fins, condensada na frase:

Neste sentido, qualquer mecanismo processual a utilizar contra as decisões judiciais inconstitucionais desempenha uma função instrumental relativamente à tutela os bens em causa: a defesa e garantia da constitucionalidade e, por outro lado, a proteção de situações jurídicas subjetivas (OTERO, 1993, p. 121).

Ocorre, que esse raciocínio parte de uma falsa premissa que opõe o princípio da segurança ao princípio da constitucionalidade. Tanto assim é que o autor expressamente afirma que a Constituição portuguesa, ao ressalvar a coisa julgada (art. 282. 3), proporciona “[...] um verdadeiro fenômeno de autoderrogação constitucional ou [...] de auto-ruptura da Constituição” (OTERO, 1993, p. 89).

Se se encarar o princípio da segurança e a coisa julgada como integrantes do princípio da constitucionalidade, pode-se chegar ao raciocínio contrário, ou seja, a preservação da coisa julgada constitui, como diz Rui Medeiros, “[...] uma forma de assegurar a primazia da ordem constitucional” (MEDEIROS, 1999, p. 550).

Menos aceitável, ainda, esta primeira hipótese no caso de se entender, como foi a opção deste trabalho, que a pronúncia de inconstitucionalidade tem natureza constitutiva e, portanto, eficácia *ex nunc*, hipótese em que a desconsideração pura e simples da coisa julgada importa na violação direta de um direito-garantia fundamental.

Por outro lado, atentando que o entendimento dominante, inclusive do STF, é o da natureza meramente declaratória, a nova alteração legal romperia com essa idéia,

pois pelo menos sobre as decisões de cunho condenatório a decisão de inconstitucionalidade do Supremo teria natureza constitutiva. Seria uma exceção, na verdade, semelhante à que Paulo Otero aponta ao comentar a ressalva contida no n. 3 do art. 282 da CRP, só que invertida: lá o pronunciamento do Tribunal Constitucional assume caráter constitutivo positivo, ou seja, para preservar a garantia da coisa julgada; aqui a decisão do Supremo assumiria caráter constitutivo negativo, isto é, para automaticamente desconsiderar o direito-garantia da coisa julgada.

Poder-se-ia até julgar plausível esse raciocínio se não se tratasse de um direito fundamental, mas na medida em que se trata, novamente se coloca o problema da inconstitucionalidade material por afronta direta ao direito-garantia fundamental da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI), pois embora os direitos fundamentais possam sofrer restrições e conformações, estas não podem atingir o núcleo essencial do direito fundamental em questão (CANOTILHO, 2003, p. 458), o que implicaria na eliminação do direito em si.

Além disso, outros complicadores poderiam intervir. Imagine-se, por exemplo, que a sentença estivesse baseada também em outro fundamento jurídico suficiente para mantê-la, que não foi objeto da decisão do STF em sede concentrada. Ainda assim poderia ser desconsiderada a coisa julgada?

Ainda, em relação à primeira hipótese, surge o problema da confusão entre o plano normativo abstrato em que se dá a pronúncia de inconstitucionalidade e o plano concreto dos fatos praticados sobre a regência da norma posteriormente reconhecida como inconstitucional, onde se localiza o fenômeno da coisa julgada, pois aceitar a eliminação da coisa julgada nos moldes em que está previsto significa admitir que a decisão do Supremo provoca simultaneamente a invalidade da norma (no plano abstrato) e a invalidade dos atos jurídicos que a tiveram por fundamento (no plano dos fatos).

No plano abstrato ou normativo o que se discute é a compatibilidade entre uma norma constitucional e uma norma ordinária, de modo que a integridade da ordem constitucional se restaura pelo reconhecimento da inconstitucionalidade, ou seja,

pela invalidação e retirada da norma da ordem jurídica. Já no plano concreto ou dos fatos, o tratamento tem de ser individualizado (caso a caso) e há de levar em consideração outras circunstâncias, particularmente as situações definitivamente consolidadas (que abrangem a coisa julgada, mas não só), a boa-fé, a segurança jurídica etc.

Essa separação sempre foi reconhecida pela doutrina e também pela jurisprudência, inclusive do STF. O Min. Gilmar Mendes, num dos pontos da decisão já atrás citada, refere-se a essa separação, dizendo:

Assim, os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade. [...] Essa constatação mostra também que a preservação dos efeitos dos atos praticados com base na lei inconstitucional passa por uma decisão do legislador ordinário. É ele quem define, em última instância, a existência e os limites das fórmulas de preclusão, fixando ipso jure os próprios limites da idéia de retroatividade contemplada no princípio da nulidade. Como ressaltado, *a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal procede à diferenciação entre o plano da norma (Normebene) e o plano do ato concreto (Einzelaktebene) também para excluir a possibilidade de anulação deste em virtude da inconstitucionalidade do ato normativo que lhe dá respaldo [...]* (STF, AÇÃO CAUTELAR N. 189-7, j. 6.4.2004, DJ 15.4.2004, grifo nosso).

Bem claras a respeito as palavras de Clèmerson Merlin Clève,

[...] os efeitos produzidos pela decisão no controle abstrato residem no plano normativo. Por isso, os atos singulares praticados com fundamento direto na lei reputada inconstitucional não são *automaticamente* desconstituídos pela decisão do STF. Os efeitos da decisão, reitera-se, repousam no plano da norma e não no plano normado (fato constituído pelo ato singular ou concreto praticado com fundamento na norma) (CLÈVE, 2000, p. 253, grifo no original).

Quanto à segunda hipótese, ou seja, a possibilidade de se ter criado um novo instrumento rescisório por meio dos embargos à execução, esta é uma hipótese considerada constitucional por considerável parte da doutrina. O argumento é a possibilidade de conformação ou regulação do instituto da coisa julgada pelo legislador ordinário.

Esta é a tese de Eduardo Talamini, para o qual a alegação de inconstitucionalidade

[...] é responsável com a consideração de que, embora sendo a coisa julgada uma garantia constitucional, os seus limites, sua conformação, seu regime de vigência, são em grande parte estabelecidos pela legislação infraconstitucional (TALAMINI, 2004, P. 462).

Já Araken de Assis entende tratar-se de uma nova hipótese de inexigibilidade ou inexecutabilidade, não relacionada com a atualidade do crédito, mas atinente ao próprio título em decorrência do vício da inconstitucionalidade. Situação que, a seu ver, se restringe ao plano da eficácia: desfaz retroativamente a eficácia da coisa julgada, apaga o efeito executivo da condenação e torna inadmissível a execução (ASSIS, 2004, p. 51).

Tomando a coisa julgada como o direito-garantia fundamental que é, crê-se que nenhuma das posturas é aceitável. Apesar de se concordar com a possibilidade de conformação do instituto pelo legislador infraconstitucional, como aliás se tentou mostrar neste trabalho, essa conformação tem limites e deve respeitar os parâmetros constitucionais e estes reconhecem um único mecanismo hábil à desconstituição de um título executivo judicial, a ação rescisória.

Admitir a desconstituição da coisa julgada pela via de embargos à execução e, pior ainda, por simples incidente processual (CPC, art. 475-L, II, § 1º), constitui flagrante violação ao direito-garantia fundamental da coisa julgada e ao princípio da segurança jurídica. Não é à toa que Eduardo Talamini adverte que “admitir que a coisa julgada possa vir a ser desconstituída através de mera objeção no processo executivo talvez signifique levar longe demais a ‘relativização’ dessa garantia” (TALAMINI, 2005, p. 475).

Na linha de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, entende-se que a decisão do STF “[...] não poderá atingir a coisa julgada que já havia sido formada e dado origem àquele título executivo judicial [...]”, sua eficácia pode

“[...] atingir situações que ainda estejam se desenvolvendo com fundamento nessa lei. [...] não pode alcançar, portanto, as relações jurídicas firmes, sobre as quais pesa a *auctoritas rei judicatae*, manifestação do Estado Democrático de Direito (do ponto de vista político-social-coletivo) e garantia constitucional fundamental (do ponto de vista do direito individual, coletivo ou difuso). (NERY & NERY, 2006, nota 35, p. 648).

Acrescente-se a exceção das relações jurídicas continuativas, que mesmo assentes numa decisão firme se encontram sujeitas à cláusula *rebus sic stantibus*, comportando revisão se se alterar o estado de coisas que justificou a decisão. No caso, diz Eduardo Talamini, “mesmo estando decididas por sentenças transitadas em julgado, sofrerão prospectivamente os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes*, sem que se lhes possa opor a coisa julgada” (TALAMINI, 2005, p. 436).

Igual inconstitucionalidade transparece na idéia da figura da inexigibilidade. Pode até argumentar-se que não há a violação da garantia da coisa julgada, porque a mesma permanece íntegra. Mas de que adianta preservar a coisa julgada sem garantir a efetividade do direito, sem garantir a efetividade da prestação jurisdicional?

É de se perguntar: se depois de operado o trânsito em julgado sobrevier uma lei que impeça a execução da sentença, não é ela inconstitucional? O Legislativo, legítimo representante do Povo, tem sua ação limitada pelo direito-garantia fundamental, e a decisão normativa do STF não? O que justifica semelhante disparidade? O fato de se tratar de um ato jurisdicional? Há de se convir que se trata de um ato jurisdicional todo especial, que, em termos materiais, mais se aproxima de um ato legislativo do que de um ato jurisdicional.

Rui Medeiros, ao alertar que a invalidade da lei inconstitucional não leva necessariamente à nulidade dos atos de aplicação da lei, chama a atenção para o fato de que

[...] a idéia de que o valor jurídico da sentença decorre da lei parte do pressuposto de que o poder judicial se funda no legislativo, limitando-se a *executar* os comandos do poder legislativo ou a ser a mera voz da lei (*viva vox legis*). Não é isso que se passa na nossa ordem jurídica. Cabe aos tribunais, não apenas um poder decorrente do legislativo (pode continuar em concreto os comandos deste), mas um poder próprio, *jus proprium* [...] (MEDEIROS, 1999, 551).

Efetivamente, é de dar razão ao autor. Considerando o princípio da tripartição dos poderes do estado, se o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são Poderes “independentes e harmônicos”, não existe hierarquia de um para outro, como não existe supremacia de um ato jurídico do executivo ou do legislativo para um ato

jurídico do judiciário, todos são manifestações da autoridade estatal. Não se argumente sequer a falta de respaldo popular dos atos jurisdicionais por seus membros não serem eleitos pelo povo, porque a legitimação dos seus atos advém da justificação, requisito exigido constitucionalmente (CF, art. 93, IX).

Tem razão Rui Medeiros, quando diz que a sentença é “um acto de autoridade soberana” (MEDEIROS, 1999, p. 552). Logo, acrescenta Miguel Galvão Teles,

[...] o respeito dos casos julgados não significa reconhecer efeitos a uma lei inconstitucional, mas reconhecer efeitos a uma lei que determinado juízo teve por constitucional, melhor, reconhecer efeitos ao juízo de constitucionalidade [...] (*apud* MEDEIROS, 1999, p. 552).

Por esta lógica, ao se preservar o direito-garantia da coisa julgada não se estão preservando os efeitos da norma inconstitucional, mas os efeitos da “lei especial”, os efeitos produzidos pelo julgado, um juízo que se despende da norma geral e abstrata e vale por si mesmo (MEDEIROS, 1999, p. 552).

Além disso, aceitar que a coisa julgada seja afastada pela via de embargos e impugnação ao cumprimento da sentença apresenta outros inconvenientes, entre eles:

a) representa a atribuição de um prêmio a quem não cumpre uma sentença transitada em julgado, não sendo aceitável que o que voluntária e prontamente cumpriu a sentença seja prejudicado. “Admitir uma proibição de execução significa, portanto, dar ao executado incumpridor um tratamento mais favorável do que aquele que é concedido àquele que teve um comportamento mais cívico” (MEDEIROS, 1999, p. 572);

b) representa a consagração de “[...] uma distinção radical entre o efeito executório e os demais efeitos das sentenças” (MEDEIROS, 1999, p. 572), pois só no caso de terem conteúdo executivo as sentenças são atingidas pela pronúncia de inconstitucionalidade, ou seja, as sentenças declaratórias ou constitutivas não recebem o mesmo tratamento. A seletividade irracional com os provimentos declaratórios ou constitutivos, que dispensam qualquer ato executivo, quebra o princípio da isonomia e não se justifica;

c) na prática, pode dificultar a realização de uma pretensão materialmente conforme com o Direito (MEDEIROS, 1999, p. 572).

Finalmente, resta analisar a terceira hipótese, ou seja, a de que os novos preceitos legais só se aplicam às hipótese em que ainda não houver trânsito em julgado. Pensa-se ser a hipótese mais consentânea com a ordem constitucional brasileira e também internacional.

Tendo em vista o princípio da supremacia das normas constitucionais e o respeito pelos direitos e garantias fundamentais, entende-se que o novo instituto, agora, da *impugnação* ao cumprimento da sentença (art. 475-L, § 1º, CPC) e de embargos à execução contra a Fazenda Pública (art. 741, § 1º), só pode aplicar-se às sentenças em que o trânsito em julgado for posterior à pronúncia de inconstitucionalidade²⁹⁰ e, como se ressaltou acima, aos casos de relações continuativas.

Significa que a pronúncia de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado se equipara a uma lei (em sentido material) e sobre ela incide a norma contida no art. 5, inc. XXXVI da CF, de modo que os efeitos da decisão não podem retroagir para atingir as sentenças já transitadas em julgado. Como afirma Geovany Cardoso Jeveaux,

[...] esse tipo de controle é feito em abstrato, ou seja, em tese, sobre o direito objetivo, enquanto que a sentença trântita concretiza o direito objetivo no caso em exame, reconhecendo um direito subjetivo que nasceu antes mesmo da propositura da ação (causas de pedir remota e próxima). Assim, o acórdão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, quando retroativo, é equivalente à lei retroativa e, portanto, não pode malferir direitos concretos, como sejam aqueles protegidos pela coisa julgada. (JEVEAUX, 2003, p. 149).

Em síntese, considerando que o controle concentrado se faz no plano abstrato, que as normas jurídicas postas no sistema são válidas e exigíveis até o trânsito em julgado da decisão que decreta a inconstitucionalidade, que o provimento jurisdicional é de natureza constitutiva negativa (pois, invalida e retira da ordem norma até então válida e exigível), que é dotado de efeitos *erga omnes* e vinculantes e se se traçar um paralelo com os atos legislativos, que, por exigência constitucional,

²⁹⁰ Segue-se aqui, a linha de pensamento de Nery & Nery (2006, p. 649, nota 39).

se sujeitam ao princípio da irretroatividade, os efeitos *ex nunc* representam na pronúncia de inconstitucionalidade, o que a irretroatividade representa para as novas leis e atos normativos, a defesa da unidade e supremacia da Constituição e o respeito pelos direitos e garantias fundamentais nela previstos.

Ressalta-se a retroatividade da pronúncia de inconstitucionalidade pelo STF em controle abstrato sobre as sentenças penais transitadas em julgado, sempre que se trata de beneficiar o réu, entendimento que se conforma com a presença da revisão penal a qualquer tempo e com o comando da retroatividade da lei penal benéfica, presente no inc. XL do art. 5º da CF.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Herança do Direito Romano, o instituto da coisa julgada é, de há muito, algo mais do que um simples mecanismo processual ou um atributo que se agrega às sentenças e acórdãos judiciais, com o objetivo de garantir-lhes a imutabilidade e a intangibilidade e de seus efeitos, depois de escoadas todas as esferas recursais (CPC, art. 467).

Sem perder seu caráter processual, na ordem constitucional brasileira, como nos demais países onde impera um Estado Democrático de Direito, o instituto se mostra como um direito fundamental (CF, art. 5º, XXXVI) explícito ou implícito, ditado pela necessidade de certeza e segurança inerentes a qualquer ordem jurídica, além de garantir a efetividade de outros direitos fundamentais, como a própria efetividade da tutela jurisdicional.

Na qualidade de direito fundamental, a coisa julgada se apresenta como um comando constitucional imperativo e de rigorosa observância, a salvo da ação negativa do legislador pela força protetora das chamadas cláusulas pétreas. Apesar disso, sob o pálio de argumentos variados e pouco objetivos, são fortes as pressões doutrinária, jurisprudencial e legislativa no sentido de minorar-lhe a relevância.

A partir da falsa premissa de que se confrontam os princípios da intangibilidade da coisa julgada e da constitucionalidade, se clama que preservar a coisa julgada é derogar a Constituição e, em prol do princípio da supremacia constitucional, se brada em alto e bom som que, nesses casos, a coisa julgada deve ser sacrificada.

Esta dissertação não ignora que os direitos do homem são realidades variáveis, que vão surgindo e se modificando de acordo com as circunstâncias históricas e os interesses da comunidade política, porém, parte do princípio de que direitos e garantias fundamentais não são meras declarações, fórmulas bonitas que enfeitam o texto constitucional, pelo contrário, são bens jurídicos que clamam por efetividade e concretização.

Nessa ótica, a partir do trabalho de pesquisa empreendido, pode-se assinalar que:

- 1) a presença do instituto da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI) entre os Direitos e Garantias Fundamentais expressamente previstos na Constituição já é indicativa da natureza de direito ou de garantia fundamental de que é portador;
- 2) na ordem constitucional brasileira o instituto da coisa julgada apresenta natureza jurídica dúplice ou bi-facial: é um direito-garantia fundamental.
- 3) como todos os direitos fundamentais, o direito-garantia fundamental da coisa julgada tem caráter relativo, por isso, pode excepcionalmente ser objeto de restrições, quando for necessário para resguardar outro direito fundamental;
- 4) a coisa julgada não perde a natureza de direito-garantia fundamental pelo fato de ser objeto de regulamentação infraconstitucional, nem as disposições infraconstitucionais conformadoras são inconstitucionais, desde que não ofensivas à Constituição;
- 5) o direito-garantia fundamental da coisa julgada pode se apresentar tanto na estrutura de princípio, como na estrutura de regra; como regra a coisa julgada pode conflitar-se com outras regras; como princípio pode colidir com outros princípios;
- 6) a coisa julgada injusta surge quando em caso de colisão a prevalência do direito-garantia fundamental da coisa julgada, sobre o princípio ou princípios opostos, não for a solução que melhor se justifique;
- 7) a coisa julgada injusta é constatável única e exclusivamente por meio de um processo de ponderação, estruturado na aplicação da máxima da proporcionalidade, no seu triplo desdobramento: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito;
- 8) a coisa julgada injusta admite ser desconsiderada devido ao caráter relativo do direito-garantia fundamental, mas somente depois do processo de ponderação de todos os princípios colidentes; mas a desconsideração é sempre uma decisão extraordinária e particularizada, para solucionar uma situação jurídica também excepcional;

9) a coisa julgada inconstitucional surge do conflito entre a regra do direito-garantia fundamental da coisa julgada e outra regra constitucional; a inconstitucionalidade resulta da desconformidade com a Constituição;

10) devido ao caráter absoluto das regras, o conflito de regras é solucionado pelo critério da validade; a regra válida sempre vai prevalecer sobre as demais; quando se trata de regras de escalão hierárquico diferente, a norma hierarquicamente superior afasta a inferior, salvo, se anteriormente se houver estabelecido alguma cláusula de exceção;

11) a inconstitucionalidade não é auto-evidente, para que um ato jurídico seja considerado inconstitucional é necessário que essa inconstitucionalidade seja reconhecida e proclamada por órgão(s) competente(s), mediante um procedimento específico, motivo pelo qual cada sistema jurídico necessita dispor de instrumentos de controle de constitucionalidade;

12) no Brasil prevalece o dogma da *nulidade ipso jure* do ato inconstitucional, que gerou duas crenças: a *natureza meramente declaratória do provimento jurisdicional* e a *retroatividade dos efeitos dessa decisão (efeitos ex tunc)* ao nascimento do ato inconstitucional;

13) no controle concreto de constitucionalidade a nulidade e os efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucional não derivam exclusivamente da natureza declaratória do provimento judicial, mas são exigências da natureza concreta do direito material, cuja efetividade está na dependência do reconhecimento ou não da invalidade;

14) os inconvenientes da nulidade *ipso iuris* e dos efeitos retroativos da decretação da inconstitucionalidade em controle abstrato revela-se nas atenuações e modulações de efeitos que tem sido adotados;

15) sustentar a validade da lei ou ato normativo enquanto não for proclamada a contrariedade à Constituição, pelo órgão competente, soa muito mais lógico e condizente com presunção de validade/constitucionalidade e a força executiva de que gozam as normas infraconstitucionais, enquanto integrantes da ordem jurídica;

16) o efeito prospectivo da pronúncia de inconstitucionalidade atende melhor aos princípios da estabilidade e da segurança jurídica, sem falar na boa-fé, na proteção da confiança do cidadão no ordenamento, na dignidade humana e no respeito aos direitos individuais e sociais dos cidadãos, atendendo efetivamente aos objetivos para que foi criado, a defesa da Constituição e dos direitos e garantias fundamentais.

17) a ponderação não serve para fazer controle de constitucionalidade, onde só existe uma questão a ser respondida: a decisão viola ou não a Constituição?

18) quando se trata de conflito de regras, sendo válida (formal e materialmente) a regra da coisa julgada, não há que se falar na possibilidade de desconsideração da mesma.

19) como *ato normativo* a sentença do Supremo que decreta a inconstitucionalidade, deve sujeitar-se aos mesmos limites constitucionais impostos ao legislador, especificamente, o respeito pelas situações jurídicas definitivamente constituídas e estabilizadas, como são o direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; Logo a pronúncia de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado se equipara a uma lei (em sentido material) e sobre ela incide a norma contida no art. 5, inc. XXXVI da CF, de modo que, os efeitos da decisão não podem retroagir para atingir as sentenças já transitadas em julgado;

20) em vista o princípio da supremacia das normas constitucionais e o respeito pelos direitos e garantias fundamentais, entende-se que o novo instituto, agora, da *impugnação* ao cumprimento da sentença (art. 475-L, § 1º, CPC) e de embargos à execução contra a Fazenda Pública (art. 741, § 1º), só pode aplicar-se às sentenças em que o trânsito em julgado for posterior à pronúncia de inconstitucionalidade e aos casos de relações jurídicas continuativas.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha**, de 23 de maio de 1949 (emendas inseridas até 26 de julho de 2002). Disponível em: <http://www.brasilia.diplo.de/pt/03/Constituicao/indice_20geral.html>. Coletado em: 14 fev. 2006.

_____. Lei do *Bundesverfassungsgericht*. In: **Jornal Oficial da República Federal da Alemanha**, I, de 11 de outubro de 1993, p. 1473, Disponível em: <http://www.jura.uni-sb.de/BIJUS/bverfgg/bverfgg_BVGG83.HTM>. Coletado em: 29 maio 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tercera reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 179-274 (Parte II e III).

_____. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. **Revista Española de Derecho Constitucional**. A. 22 n. 66, set./dez., 2002, p. 13-64.

_____. *Justicia como corrección*. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho** [Publicaciones periódicas]. n. 26, 2003, p. 161-173. Disponível em: <<http://descargas.Cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12254966519040495765213/015783.pdf?incr=1>>. Coletado em: 25 maio 2006.

_____. *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal*. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho** [Publicaciones periódicas]. n. ° 23, 2000, p. 197-230. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/1238387313236823109213/index.htm>>. Coletado em: 25 maio 2006.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: **Revista de direito administrativo**, n. 217, jul./set., 1999, Renovar:FGV – Fundação Getúlio Vargas, p. 67-79.

_____. Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais. Conferência proferida, em 10.12.98, na Fundação Casa de Ruy Barbosa, Rio de Janeiro. Tradução livre de Gilmar Ferreira Mendes, 1998.

_____. *Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional*. In: **Isonomía** [Publicaciones periódicas]: **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**. n. 1, octubre 1994. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/p0000004.htm#I_6>. Coletado em: 25 maio 2006.

_____. *Sistema jurídico, principios jurídico y razón práctica*. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho** [Publicaciones periódicas]. n. 5, 1988, p. 139-151. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/index.htm>>. Coletado em: 25 maio 2006.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **O controle da coisa julgada inconstitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2006.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. v. 1, 4.ed. rev. ampl. e atual. de acordo com Constituição federal de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991-1992.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5. ed. rev., atual. aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARMELIN, Donaldo. Observância à coisa julgada e enriquecimento ilícito: Postura ética e jurídica dos magistrados e advogados. In: **Série Cadernos do CEJ**, v. 23, 2003, p. 289-310. Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br/>>. Coletado em: 14 fev. 2006.

AROCA, Juan Montero. *El derecho procesal en el siglo XX*. In: **La ciencia Del derecho durante el siglo XX**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 1998. Obra coletiva apresentada por José Luís Soberanes Fernández. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=114>>. Coletado em: 14 fev. 2006.

ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e coisa julgada: exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475)**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

ARAGÓN, Manuel. **Constitución, democracia y control**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=114>>. Coletado em: 18 mar. 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral**. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ASSIS, Araken. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. Salvador: Jus PODIVM, 2004, p. 31-63.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução José Manuel M. Cardoso da Costa. Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionais**: do congresso e do executivo ante a justiça federal. Capital Federal: Companhia Impressora, 1893.

_____. **A Constituição e os atos inconstitucionais do Congresso e do ante a justiça federal**, 2 ed., Rio de Janeiro, Flores & Mano, s/d.

BARROS, Sérgio Resende de. Constituição, art. 52, inciso X: reversibilidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 40, n. 158, abr./jun. 2003. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/ principal.htm>>. Coletado em: 21 nov. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: renovar, 2001.

_____. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o Novo Código Civil. In: ROCHA. Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 137-163.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Coletado em: 21 nov. 2004.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. 2003. Disponível em: <<http://www.camara.rj.gov.br/setores/procrevista/procrevproc2003arti histdirbras.pdf>>. Coletado em: 26 maio 2006.

BEDAQUE José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

BERNARDINA, Alexandre Caiado Ribeiro Dalla. **ADPF**: Instrumento de Defesa dos Preceitos Constitucionais Fundamentais, 2006, Dissertação de Mestrado em Direito – FDV (Faculdades Integradas de Vitória), Vitória, 2006, p. 38-47.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Calos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, 1992.

BOLÍVIA. **Constitución Política de Bolivia** de 1967 (com reformas de 1994). art. 121. Disponível em: <<http://www.bibliotecasvirtuales.com/biblioteca/Constituciones/Boliviana/partesegunda.asp>>. Coletado em: 29 jun. 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONUMÁ, João. **Direito processual civil**. São Paulo: Saraiva & Cia Livraria Acadêmica, 1946.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

_____. Constituição (1967/69). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 24 de janeiro de 1967. <<https://www.planalto.gov.br/>>. Coletado em: 30 jun. 2005.

_____. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União** de 16.07.1934. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=93950>>. Coletado em: 30 jun. 2005.

_____. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1ª Constituição republicana). **Diário Oficial da União** de 25.02.1891, p. 777. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>>. Coletado em 30 jun. 2005.

_____. Constituição (1824). **Constituição Política do Imperio do Brazil**, de 25 de Março de 1824. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Coletado em: 30 jun. 2005.

_____. **Código civil**: mini. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2004

_____. **Código de processo civil**. Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Coletado em: 30 jun. 2006.

_____. **Código penal**. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Coletado em: 30 jun. 2006.

_____. Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Altera a lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título

judicial, e dá outras providências. DOU de 23.12. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 dez. 2005. Disponível em: < <https://www.planalto.gov.br/> >. Coletado em: 24 fev. 2006.

_____. **Lei de introdução ao código civil.**(Dec.-lei n. 4.657 de 4.9.1942) 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário (RE) n. 226.887/PE. Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma. J. 03/11/1998, DJ 11/12/1998, p. 00008. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?classe=RE-AgR&processo=226887&origem=IT&cod_classe=539>. Coletado em: 24 fev. 2006.

_____. _____. Recurso Extraordinário (RE) n. 202.268-3/RJ. Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI. Primeira Turma. J. 2 out. 1998. p. 618. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/FrameDown.asp?classe=RE&CodClasse=437Ementa=1950&Processo=202268&tipocolecao=EMENTARIO>>. Coletado em: 22 abr. 2006.

_____. _____. Recurso Extraordinário (RE) n. 135.328-7/SP. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.06.1994, Pleno, DJ 20-04-2001 P.00137 Ement. Vol-02027-06 P. 01164 RTJ Vol-00177-02 P. 00879. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?classe=RE&processo=135328&origem=IT&cod_classe=437>. Coletado em: 22 abr. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário (RE) n. 117.991-1/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma. J. 04/09/1990, DJ 09/11/1990, p. 1270. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?classe=REED&processo=117991&origem=IT&cod_classe=326>. Coletado em: 24 fev. 2006.

_____. _____. Recurso Extraordinário (RE) n. 93.927/CE, Rel. Min. Alfredo Buzaid, 1ª Turma, J. 18/03/1983, DJ 22/04/1983, p. 15001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?classe=RE&processo=93927&origem=IT&codclasse=437>>. Coletado em: 22 abr. 2006.

_____. _____. Recurso Extraordinário (RE) n. 93.412/SC. Rel. Min. Clovis Ramalhete, 1ª Turma. J. 04/05/1982, DJ 04/06/1982, p. 05461. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?classe=RE&processo=93412&origem=IT&cod_classe=437>. Coletado em: 24 fev. 2006.

_____. _____. Recurso Extraordinário (RE) n. 93.356/MT, Rel. Min. Leitão de Abreu, j. 24/03/1981, 2ª Turma, DJ 04-05-1981 p. 03854. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Coletado em: 26 maio 2006.

_____. _____. Recurso Extraordinário (RE) n. 87.366-0/RJ. Rel. Min. Soares Munoz, j. 21 Ago. 1979, Primeira Turma, DJ 10-09-1979, p. 06679; Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?classe=RE&processo=87366&origem=IT&cod_classe=437>. Coletado em: 20 jun. 2006.

_____. _____. Recurso Extraordinário (RE) n. 86.056/SP, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, j. 31/05/1977, Primeira Turma, DJ 01-07-1977. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/FrameDown.asp?classe=RE&Cod_Classe=437&Ementa=1063&Processo=86056&tipo_colecao=EMENTARIO>. Coletado em: 20 jun. 2006.

_____. _____. Recurso Extraordinário (RE) n. 78.533/SP, Rel. Min. Décio Miranda, j. 13/11/1981, Segunda Turma, DJ 26/02/1982, p. 01290. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?classe=RE&processo=78533&origem=IT&cod_classe=437>. Coletado em: 20 jun. 2006.

_____. _____. Adin e Efeito Repristinatório. In: Informativo do STF. n. 224, 2001, Transcrições. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> . Coletado em: 24 fev. 2006.

_____. _____. ADIn n. 3.740-DF, Rel. Min. César Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Peticao/FrameDown.asp?classe=ADI&Processo=3740>>. Coletado em: 20 jun. 2006.

_____. _____. ADIn n. 3.105/DF, J. 18.04.2004, Rel. Min. Ellen Gracie, p. 201. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?classe=ADI&processo=3105&origem=IT&codclasse=504>>. Coletado em: 22 abr. 2006.

_____. _____. ADIn n. 2.418-3, Min. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=ADIN&s1=2418&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=ADINN&p=1&r=2&f=G&n=&l=20>>. Coletado em: 20 jun. 2006.

_____. _____. ADIn n. 939-7/DF, J. 15.12.1993 Rel. Min. Sydney Sanches Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp?s1=939&p=2&d=SJUR>>. Coletado em: 22 abr. 2006.

_____. _____. ADIn n. 248-1/RJ, J. em 18.11.1993, Rel. Min, Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Coletado em: 22 abr. 2006.

_____. _____. Mandado de Segurança n. 23.452-1/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, J. 16/09/1999, Pleno, DJ 12/05/2000, p. 20. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?classe=MS&processo=23452&origem=IT&cod_classe=376>. Coletado em 22 abr. 2006.

_____. _____. Ag.Reg. no Recurso em Mandado de Segurança n. 22.047-7/DF, Rel. Min. Eros Grau. J. 21/02/2006, DJ 31-03-2006 p. 00014. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Coletado em: 22 abr. 2006.

_____. _____. HC-QO n. 82.424/RS, Questão de Ordem no Habeas Corpus, Rel. Min. Moreira Alves, J. 17/09/2003, Pleno, DJ 19.03.2004, p. 17. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Coletado em: 22 abr. 2006.

_____. _____. HC n. 76.060-4/SC. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 31/03/98, 1ª Turma. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/FrameDownasp?classe=HC&Cod_Classe=349&Ementa=1910&Processo=76060&tipo_colecao=EMENTARIO>. Coletado em: 20 jun. 2006.

_____. _____. Ag.Reg. no Agravo de Instrumento n. 480.496-2/PE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23/03/2004, DJ 17/02/2006 p. 00060. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Coletado em: 22 abr. 2006.

_____. _____. Recurso em Mandado de Segurança (RMS) 17.976 / SP, Rel. Min. Amaral Santos, j. 13/09/1968, Terceira Turma, DJ 26-09-1969 p. 04397. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?classe=RMS&processo=17976&origem=I&cod_classe=427>. Coletado em: 20 jun. 2006.

_____. _____. Ação Cautelar n. 189-7/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06-04-2004, DJ 15-04-2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Coletado em: 20 jun. 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso em Mandado de Segurança nº 19.524/RJ (2005/0017665-1). Rel. Min. João Otávio de Noronha. J. 01/09/2005, Documento: 574900 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 26/09/2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=princ%EDpio+e+proporcionalidade+e+coisa+e+julgada&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Coletado em: 20 jun. 2006.

_____. _____. Recurso Especial nº 119.346/GO (2005/0017665-1). Rel. Min. Barros Monteiro. Turma 4. J. 01/04/2003, DJ 23/06/2003. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=119346&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Coletado em: 20 jun. 2006.

BULYGIN, Eugenio. *Sobre el status ontológico de los derechos humanos*. In **DOXA** (Publicaciones periódicas), n. 4, 1987, p. 79-84. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/cuaderno4/Doxa4_05.pdf>. Coletado em: 14 fev. 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. Salvador: Jus PODIVM, 2004, p. 3-29.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 2. ed., rev e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O judiciário e a democracia no Brasil. In: **Dossiê Judiciário**. n. 21, mar.-mai./1994. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/n21/fsumario21.html>>. Coletado em: 30 abr. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1983.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa**: anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Constitucional das Leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Reimpressão 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed., Campinas: Russell Editores, 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

COLLAÇO, João Maria Tello de Magalhães. **Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis no Direito português**. Coimbra: França e Armênio, Editores (Arco d'Almedina), 1915.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual e ampl., São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed., rev., São Paulo: Saraiva, 2001.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4. ed., Montevideo: Julio César Faira Editor, 2002.

_____. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução de Benedicto Giacobini. São Paulo: Red Livros, 1999.

CRUZ, Sebastião. **Direito romano**. 3. ed., Coimbra, 1980.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In NASCIMENTO, Carlos Valder do (org). **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, pp. 77-121.

DIDIER JR., Fredie. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. In **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Coletado em: 03 jan. 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (org). **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 33-76.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 8 ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Lei de introdução ao código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DINTILHAC, Jean-Pierre. *La vérité de la chose jugée*. In: **Rapport 2004, Études et documents, Etudes sur le thème de la vérité**, 2004. Disponível em: <<http://www.courdecassation.fr/rapport/rapport04/etudes&doc/Etude-M.-Dintilhac.htm>>. Coletado em: 10 jan. 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPAÑA. **Ley de Enjuiciamiento Civil**. Art. 207, 2003. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/LEC/L1.htm>>. Coletado em: 25 fev. 2006.

_____. **Ley orgánica del tribunal constitucional** - LOTC (Texto integrado de las Leyes Orgánicas 2/1979, 8/1984, 4/1985, 6/1988, 7/1999 y 1/2000). Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/LOTCi.htm>>. Coletado em: 26 jun. 2006.

_____. **Constitución Española**. Disponível em: <http://www.congreso.es/funciones/constitucion/titulo_9.htm>. Coletado em: 26 jun. 2006.

FAVOREU, Louis. (coordenateur) et alli. **Droit des libertes fondamentales**. 2. édition Paris : Éditions Dalloz, 2002.

FRANÇA. **Code civil des français**. Paris: L'imprimerie de la Republique, 1804. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-l3t03c6.pdf>>. Coletado em: 10 jan. 2006.

_____. **Code civil**. Article 1349. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnArticleDeCode?Commun=CCIVIL&art=1349>>. Coletado em: 10 jan. 2006.

_____. _____, Article 1350. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnArticleDeCode?Commun=CCIVIL&art=1350>>. Coletado em: 10 jan. 2006.

_____. _____, Article 1351. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnArticleDeCode?commun=CCIVIL&art=1351>>. Coletado em: 10 jan. 2006.

_____. **Nouveau code de procedure civile**, art. 125. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/RechercheSimpleArticleCode10>>. Coletado em: 10 jan. 2006.

_____. **Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen** de 26 août 1789. Disponível em: <<http://www.justice.gouv.fr/textfond/ddhc.htm>>. Coletado em: 17 mar. 2006.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 3 ed. ampl. At. São Paulo: RT, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *El papel de la función judicial en el Estado de Derecho*. In: **Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho**. ATIENZA, Manuel y FERRAJOLI, Luigi, 2005, pp. 87-108. Versão PDF. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1695>>. Coletado em: 21 mar. 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4 ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.

_____. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. vol. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de hermenêutica Jurídica, 2005, p. 263-278.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Eletrônico Aurélio** – séc. XXI (versão Novo dicionário Aurélio – Séc. XXI). Versão 3.0, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 1 CD-ROM.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 28.ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 230, out./dez. 2002a, p. 217-236.

GARCÍA DE ENTERRÍA. Justicia Constitucional: *la doctrina prospectiva em la declaración de ineficácia de lãs leyes inconstitucionales*. In: **Revista de Direito Público**, ano 22, n. 92, out./dez, 1989, p. 5-16.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La incidência de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho*. In: **D&Q – Diritto & questioni pubbliche**, n. 3, 2003, p. 197-227. Disponível em: <http://www.dirittoquestionipubbliche.org/D_Q-3/studi/D_Q-3_studi_Figueroa.pdf>. Coletado em: 21 mar. 2006.

GASTAL, Alexandre Fernandes. A coisa julgada: sua natureza e suas funções. In: **Eficácia e coisa julgada**: atualizada de acordo com o Código civil de 2002. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 187-204.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. Salvador: Jus PODIVM, 2004, p. 145-157.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Notas relativas ao direito brasileiro vigente. In **Eficácia e autoridade da sentença**: e outros escritos sobre a coisa julgada, de LIEBMAN, Enrico Tullio, tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984

GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. Doctrina jurídica Contemporánea. Traducción Miguel Carbonell, México: Distribuciones Fontamara S.A., 2001.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Traducción Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

_____. O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional. In: **Sub judge**: justiça e sociedade. n. 20/21, janeiro-junho 2001, número duplo - Justiça constitucional. Publicação: abril, 2002, p. 33-64.

HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. 2. ed., Portugal: Publicações Europa-América, 1998.

HITTERS, Juan Carlos. **Revisión de la cosa juzgada**. 2. ed., La Plata-Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2001.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direitos adquiridos em face da Constituição: proposta de um novo paradigma**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

_____. O conceito de princípio na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Vitória, 2004. Artigo fornecido pelo autor.

_____. Teoria da constituição. Vitória, Apostila, 2003a.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado, 6 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Jurisdição constitucional**. Sao Paulo: Martins Fontes, 2003a.

_____. **La teoría pura del derecho**: introducción a la problemática científica del derecho. Trad. Jorge G. Tejerina. Buenos Aires: Editorial Losada, S. A., 1941

_____. A garantia jurisdicional da constituição (A justiça constitucional). In: **Sub judge**: justiça e sociedade. n. 20/21, janeiro-junho 2001, número duplo - Justiça constitucional. Publicação: abril, 2002, p. 9-32.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. **A Responsabilidade Civil e Penal no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. **Revista da AJURIS**. n. 28, Porto Alegre, 1983, p 7-14.

_____. **Despacho saneador**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1985.

LAGOS, Juan Omar Cofre. Recensiones. Robert Alexy: La institucionalización de la justicia. In: **Revista de derecho** (Valdivia). dez. 2005, v.18, n. 2, p. 247-250. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0950200500200013&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. Coletado em: 25 Maio 2006.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

LARRAÑAGA, Pablo. Sobre la teoría del derecho de Robert Alexy. In: **Isonomía** [Publicaciones periódicas]: *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. n. 1, octubre 1994, p. 217-225. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/p0000015.htm#I_19>. Coletado em: 01 maio 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença: e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. 8. ed., Madrid:Tecnos, 2004.

MADISON, James. *Secretary of State of the United States. February Term, 1803* (Cite As: 5 U.S. 137). Disponível em : <http://hc.rediris.es/cuatro/constituciones/html/Marbury_%20v_%20Madison.htm>. Coletado em: 27/08/2005.

MACHADO, Hugo de Brito. Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, n. 714, ano 84, abr. 1995, p. 19-26.

MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material) In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. Salvador: Jus PODIVM, 2004, p. 159-186.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. Celso Bastos editor. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

_____. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. . ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: Direitos Fundamentais**. Tomo VI, 3. ed., rev e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Manual de direito constitucional: *Actividade* Constitucional do Estado.** Tomo V, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. **Manual de direito constitucional: Direitos Fundamentais.** Tomo IV, 3. ed., rev e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. **Manual de direito constitucional: Constituição.** 5. ed. rev. e atual., Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade.** Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora. 1996.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1946.** Borsoi, Rio de Janeiro, 3. ed., tomo VI, 1960.

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e direito adquirido. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 211, jan./mar. 1998, p. 79-94; **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 38, jan. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?Id=374>>. Coletado em: 25 abr. 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 16. ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional: garantia da constituição e controlo da constitucionalidade.** Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 2002, 553 p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. In: **Temas de direito processual: 4ª série.** São Paulo: Saraiva, 1989, p. 175-183.

_____. *Notas sobre el contenido, los efectos y la inmutabilidad de la sentencia.* In: **Temas de direito processual: 5ª série.** São Paulo: Saraiva, 1994, p. 103-108.

_____. Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material. In: **Revista Síntese de direito civil e processual civil**, v. 33, São Paulo, 2005, p. 5-28.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo.** Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

_____. **Os sete saberes necessários à educação.** São Paulo. Cortez, 2000.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948, versão on line, Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/udhr/lang/por.htm>>. Coletado em: 11 abr. 2006.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado** e legislação extravagante. 9. ed., rev., ampl. e actual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o estado democrático de direito. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. Salvador: Jus PODIVM, 2004, pp. 187-211.

NEVES, A. Castanheira. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. Lições proferidas a um curso do 1º ano da Faculdade de Direito de Coimbra, no ano letivo de 1971-1971. Datilografado e impresso em offset por João Abrantes. Coimbra, 1971-72.

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

NINO, Carlos Santiago. *Justicia*. In **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho** [Publicaciones periódicas]. n. 14, 1993, p. 61-74. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_05.pdf>. Acesso em: 25 maio 2006.

NOJIRI, Sérgio. Crítica à teoria da relativização da coisa julgada. **Revista de Processo**. n. 123. Ano 30, maio, 2005, p. 123-141.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NUNES, Luis Antônio Rizato. **Manual de introdução ao estudo do direito**: com exercícios para sala de aula e lições de casa. 5. ed., ver. E ampl., São Paulo: Saraiva, 2003.

OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

PALU, Osvaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: conceito, sistemas e efeitos. 2 ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed., rev., atual., vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Um contributo para o estudo da suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1989.

PRIETO SACHIS, Luis. El juicio de ponderación constitucional. In **Constitución: problemas filosóficos**. Francisco J. Laporta (coor.), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. **Revista Jurídica**. n. 304, fev./2003, p. 23-31.

PORTUGAL. **Código de processo civil**. 2004. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.net/download/legisl.html>>. Coletado em: 25 fev. 2006.

_____. Constituição da República Portuguesa (1976). Lei Constitucional n. 1/2004, de 24 de julho (sexta revisão constitucional). **Diário da República – I Série-A**, n. 173, Lisboa, 24 de julho de 2004, p. 4642-4693.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais: teoria geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RÃO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. Anot. e atual. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. **Teoria tridimensional do direito** - situação atual – São Paulo: Saraiva, 2001, 5 ed. Revista e reestruturada.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. In: _____. **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 165-191.

_____. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista CEJ**, nº 03, dez./1997. Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br/>>. Coletado em: 25 fev. 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. Vol. 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ROLLA, Giancarlo. **Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional**. Traducción del italiano de Carlos Ortega Santiago. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. Versão pdf. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/209/1.pdf>>. Coletado em: 31 mar. 2006.

ROLO, Nuno Cunha. A fiscalização concreta em Portugal e o controlo difuso da constitucionalidade em direito comparado: o sistema americano e o(s) sistema(s)

européu(s). 2003. Disponível em:<<http://www.verbojuridico.net>>. Coletado em: 31 mar. 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Vol. 1, 12.ed., São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Vol. 3, 8.ed., São Paulo: Saraiva, 1985a.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 3. ed., Rio de Janeiro: Graal, 2000a.

_____. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 7. ed., São Paulo: Cortez, 2000b.

_____. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2003.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed., . tiragem, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed., rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA. Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 85-129.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 18. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 8. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. Constituição e segurança jurídica. In ROCHA. Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.15-30.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, v. 798, ano 91, abril, 2002, p. 23-50.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3. ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: RT, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: RT, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (org). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 123-161.

_____. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. In: **Revista de Processo (RePro)**, n. 127, a. 30, set./2005, p. 9-53.

VARGAS, Ângelo Miguel de Souza. Coisa julgada inconstitucional e a aplicabilidade da ação rescisória. In: **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ano 13. jul/set., n. 52, 2005, pp.197-226.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VENEZUELA. *Código de Procedimiento Civil*. art. 272 e 273, 1990. Disponível em: <<http://www.mintra.gov.ve/legal/codigos/procedimientocivil.html>>. Coletado em :15 fev. 2006.

VILLALÓN, Pedro Cruz; FALCÓN, Javier Pardo. Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. Nueva Serie, Año XXXIII, Número 97, Enero-Abril 2000, Sección de Artículos, 2000.

Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/97/art/art2.htm>>. Coletado em: 25 abr. 2006.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O fim do mundo como o concebemos**. Ciência social para o século XXI. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.