

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

JOSÉ ALEXANDRE CID PINTO FILHO

**TENSÃO ENTRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A
COISA JULGADA FORMADA NO PROCESSO CIVIL**

VITÓRIA
2010

JOSÉ ALEXANDRE CID PINTO FILHO

**TENSÃO ENTRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E COISA
JULGADA FORMADA NO PROCESSO CIVIL**

Dissertação de Mestrado apresentado ao Programa de Pós Graduação em Direito- Mestrado em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Estado do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Processo Civil, na área de concentração “Direito Processual Civil: constitucionalização e tendências atuais do Processo Civil contemporâneo”.

Orientador: Prof. Dr. Angel Rafael Marino Castellanos.

Vitória
2010

JOSÉ ALEXANDRE CID PINTO FILHO

**TENSÃO ENTRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E COISA
JULGADA FORMADA NO PROCESSO CIVIL**

Dissertação de Mestrado apresentado ao Programa de Pós Graduação em Direito- Mestrado em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Estado do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Processo Civil, na área de concentração Direito Processual Civil: constitucionalização e tendências atuais do Processo Civil contemporâneo.

Aprovada em 25 de maio de 2010.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Angel Rafael Marino Castellanos
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Târek Moysés Moussallem
Universidade Federal do Espírito Santo
Membro Interno

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux
Centro Universitário de Vila Velha
Membro Externo

À minha mãe Regina e à minha madrinha Luciana (em memória). “Você não precisa de muitos heróis se os escolhe com cuidado” (John Hart Ely).

AGRADECIMENTOS

Talvez este seja o momento mais prazeroso de um trabalho. Não por acaso, portanto, deixei para o final. É bom poder retribuir por meio de agradecimento a quem nos ajudou em uma árdua caminhada. Certamente é possível que eu cometa algumas injustiças ao não me referir diretamente a pessoas que podem ter contribuído com meu trabalho de uma forma que não tive a capacidade de perceber. De qualquer modo, assumo tal risco, que, aliás, é inerente a qualquer momento de agradecimento, mas acredito que a minha consciência irá minorar bastante a probabilidade de que isto ocorra. Dessa forma, minha eterna gratidão aos meus pais, Tandeco e Regina, pela educação que me deram e por serem minha fortaleza, e ao meu irmão Rafael, por nossa união e companheirismo. Agradeço também a todos os meus familiares e amigos (a família que escolhi), por compartilharem a vida comigo. Obrigado à (tia) Valéria por sempre me incentivar nos estudos e no meu desenvolvimento. Obrigado a Sili por me transmitir paz nos momentos de angústias e pela ajuda na formatação do trabalho. Meu agradecimento ao Thiago Muniz pelas proveitosas discussões teóricas e pelo auxílio com materiais bibliográficos. Um obrigado muito especial ao meu orientador, Professor Angel Rafael Marino Castellanos, não só pelas suas contribuições com referências, materiais bibliográficos e ideias, algo natural a um verdadeiro orientador, mas também pela sua cumplicidade e por sempre acreditar em mim e me forçar a ir além do ordinário. Agradeço também ao Professor Tárek Moysés Moussallem por aceitar participar de minha banca de defesa e pelas relevantes contribuições prestadas quando do meu exame de qualificação que, sem dúvida, serviram para elevar o nível de meu trabalho. Na mesma esteira, obrigado ao Professor Jader Ferreira Guimarães pelo interesse no meu trabalho e pelas excelentes ponderações realizadas quando do exame de qualificação. Obrigado também ao Professor Geovany Cardoso Jevaux por ter aceitado e se mostrado muito receptível ao meu convite para participar da minha banca de defesa e pelas importantes contribuições teóricas que pude extrair de seu livro. Por fim, mas não menos importante, ao contrário, agradeço a Deus, por ter me dado saúde para desenvolver esta pesquisa e por ter colocado todas aquelas pessoas acima na minha vida.

"Em todo experimento, o investigador é também uma causa." (Werner Heisenberg)

RESUMO

Analisa o problema relativo à possibilidade ou não de se controlar a constitucionalidade de uma sentença sob o manto da coisa julgada formada no processo civil. Com base numa visão do Direito como sistema normativo axiológico-teleológico, propõe que a solução para tal questão deve ser a que melhor atenda à eficácia sistêmica, no sentido de produção de resultados almejados pelo sistema jurídico. Sustenta que a implementação normativa do Constitucionalismo e sua conservação são os fins buscados pelo sistema jurídico, o que impõe que a resposta ao problema seja encontrada na solução que se coaduna com o Constitucionalismo. Para encontrá-la, discorre acerca deste último, dos seus pilares, sua evolução ao longo dos modelos estatais e sua institucionalização como paradigma normativo de organização do Estado e da sociedade. Defende que tal paradigma coloca a Constituição como elemento normativo central do Estado. Ato contínuo, disserta acerca do controle de constitucionalidade e de sua importância para a preservação da supremacia da Constituição. Em seguida, analisa a coisa julgada, sua conceituação, seus fundamentos, sua força vinculativa e limites, e defende que ela, assim como o controle de constitucionalidade, é um pressuposto de normatividade do sistema jurídico sob o paradigma do Constitucionalismo. Apresenta o ponto de tensão entre o controle de constitucionalidade e a coisa julgada. Analisa criticamente os argumentos favoráveis e contrários ao controle de constitucionalidade de uma sentença sob o manto da coisa julgada. Afirma que o argumento da eficácia sistêmica, único apto a resolver o problema, leva à necessidade de se permitir o controle de constitucionalidade da sentença, mesmo que sob o manto da coisa julgada. Apresenta os instrumentos processuais que poderiam realizar tal controle e defende que o meio mais adequado é a ação rescisória, o que, em última análise, demandará uma releitura deste instrumento processual.

Palavras-chave: Sistema jurídico. Constitucionalismo. Controle de Constitucionalidade. Coisa Julgada.

RIASSUNTO

Analizza il problema relativo alla possibilità di controllare la costituzionalità di una sentenza sotto il mantello della cosa giudicata nel procedimento civile. Sulla base di una visione del Diritto come sistema normativo assiologico, teleologico, propone che la soluzione di tale questione debba essere quella che meglio soddisfa l'efficacia sistemica con il senso di produrre i risultati desiderati dal sistema giuridico. Sostiene che l'attuazione normativa del costituzionalismo e la sua conservazione sono gli obiettivi cercati dal sistema giuridico, che richiede che la risposta al problema è trovare la soluzione che sia coerente con il costituzionalismo. Per trovarla, elabora su questi ultimi, le sue colonne, la sua evoluzione nei modelli dello stato e la sua istituzionalizzazione come paradigma normativo di organizzazione dello Stato e della società. Sostiene che questo paradigma pone la Costituzione come elemento centrale normativo dello Stato. Di seguito verifica il controllo di costituzionalità e la sua importanza per la salvaguardia della supremazia della Costituzione Statale. Analizza poi la cosa giudicata, la sua concettualizzazione, i suoi fondamenti, la sua forza vincolante e i suoi limiti, e sostiene che questa, così come il controllo di costituzionalità, sia un presupposto della normatività del sistema giuridico sotto il paradigma del Costituzionalismo. Presenta il punto di tensione tra il controllo di costituzionalità e la cosa giudicata. Esamina criticamente le argomentazioni e valuta il pro ed il contro dello controllo di costituzionalità di una sentenza sotto il mantello della cosa giudicata. Afferma che l'argomento di efficienza sistemica, unico in grado di risolvere il problema, porta alla necessità di consentire il controllo di costituzionalità della sentenza, anche sotto il mantello della cosa giudicata. Presenta gli strumenti giuridici che potrebbero conseguire tale controllo, e sostiene che il modo migliore sia l'azione di revocazione, che alla fine sarà necessaria una reinterpretazione di questo strumento processuale.

Parole chiave: Sistema giuridico. Costituzionalismo. Controllo di costituzionalità. Cosa giudicata.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 O CONSTITUCIONALISMO COMO PARADIGMA NORMATIVO	18
2.1 O SÉCULO XVIII E O PENSAMENTO CONSTITUCIONAL.....	18
2.1.1 Os antecedentes históricos	18
2.1.2 A concretização do constitucionalismo nos Estados Unidos da América e na França	27
2.2 OS PILARES DO CONSTITUCIONALISMO.....	34
2.3 O CONSTITUCIONALISMO COMO PARADIGMA NORMATIVO E “REGRA DE RECONHECIMENTO” DO SISTEMA JURÍDICO.....	45
2.4 A CONSTITUIÇÃO COMO ELEMENTO NORMATIVO CENTRAL DO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	53
3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	59
3.1 A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO PARA ALÉM DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	60
3.2 A INCONSTITUCIONALIDADE.....	66
3.2.1 Definição	66
3.2.2 Objetos sujeitos ao juízo de Constitucionalidade	68
3.2.3 Espécies de Inconstitucionalidade	72
3.2.4 Efeitos da decisão de inconstitucionalidade	78
3.3. O PRESSUPOSTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	83
3.4 A DUPLA PRETENSÃO DE CORREÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO EXERCIDA PELO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	87

3.5 MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	90
3.5.1 O modelo de fiscalização política.....	91
3.5.2 O modelo estadunidense de fiscalização judicial.....	93
3.5.3 O modelo <i>kelseniano</i> de fiscalização jurisdicional concentrado em um Tribunal Constitucional.....	96
3.5.4 O modelo combinado brasileiro.....	102
4. A COISA JULGADA FORMADA NO PROCESSO CIVIL.....	108
4.1 FUNDAMENTOS.....	108
4.2 CONCEITUAÇÃO.....	113
4.3 A COISA JULGADA FORMAL E A COISA JULGADA MATERIAL.....	125
4.4 A FORÇA VINCULATIVA POSITIVA E NEGATIVA DA COISA JULGADA.....	131
4.5 OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA.....	134
4.5.1 As supostas exceções à tese da coisa julgada limitada ao dispositivo da sentença.....	143
4.5.2 A coisa julgada nas relações jurídicas continuativas.....	145
4.5.3 A eficácia preclusiva da coisa julgada.....	148
4.6 OS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA.....	150
5. ANÁLISE E SOLUÇÕES PARA O CONFLITO ENTRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A COISA JULGADA FORMADA NO PROCESSO CIVIL.....	161
5.1 O PONTO DE TENSÃO ENTRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A COISA JULGADA.....	161
5.2 AS HIPÓTESES DE SENTENÇAS INCONSTITUCIONAIS.....	168
5.2.1 A sentença que aplica norma inconstitucional.....	169

5.2.2 A sentença amparada em interpretação incompatível com a Constituição.....	171
5.2.3 A sentença que é amparada na indevida afirmação de inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional.....	173
5.2.4 A sentença que viola diretamente uma norma da Constituição.....	174
5.2.5 A sentença que estabelece ou declara situação que apenas posteriormente venha a violar a Constituição.....	175
5.3 OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM FACE DE SENTENÇA SOB O MANTO DA COISA JULGADA.....	176
5.3.1 O argumento de que a coisa julgada torna irrelevante, salvo exceção legal, a discussão acerca dos vícios da sentença.....	177
5.3.2 O argumento de que a Constituição já fez a ponderação entre a segurança jurídica e o risco de eventuais injustiças.....	178
5.3.3 O argumento da imprecisão do termo “grave injustiça”.....	179
5.3.4 O argumento de que o afastamento da coisa julgada fora dos casos expressos em lei a transformaria em exceção.....	181
5.3.5 O argumento da supervalorização do poder dos juízes no controle de constitucionalidade difuso.....	182
5.3.6 O argumento da coisa julgada como regra imprescindível ao discurso jurídico.....	184
5.4 OS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM FACE DE SENTENÇA SOB O MANTO DA COISA JULGADA.....	185
5.4.1 O argumento de que a sentença inconstitucional é inexistente.....	186
5.4.2 O argumento do caráter fraco do princípio da segurança jurídica.....	188

5.4.3 O argumento da necessidade de “balanceamento de valores”	191
5.5O ARGUMENTO DA EFICÁCIA SISTÊMICA.....	195
5.6OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA SENTENÇA SOB O MANTO DA COISA JULGADA.....	197
5.6.1 O controle incidental amplo	198
5.6.2 Os embargos à execução e a impugnação ao cumprimento de sentença	199
5.6.3 A ação declaratória ordinária	203
5.6.4 O mandado de segurança	204
5.6.5 O <i>habeas corpus</i>	205
5.6.6 A ADPF	205
5.6.7 A ação rescisória	207
5.6.8 A ação atípica	209
6 CONCLUSÃO	212
7 REFERÊNCIAS	220

LISTA DE SIGLAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade
ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR – Agravo Regimental
CF – Constituição Federal
CF/88 – Constituição Federal de 1988
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
CPC – Código de processo civil
DF – Distrito Federal
DOU – Diário Oficial da União
EC – Emenda Constitucional
ED – Embargos de Declaração
EUA- Estados Unidos da América
HC – *Habeas Corpus*
LICC – Lei de Introdução ao Código Civil
MP – Medida Provisória
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
RE – Recurso Extraordinário
Resp – Recurso Especial
Rel. – Relator
RHC – Recurso em habeas corpus
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TJ – Tribunal de Justiça (seguido da sigla do Estado)

1 INTRODUÇÃO

É cediço que o Direito surge da necessidade de se regular condutas e resolver os conflitos de interesses decorrentes das relações intersubjetivas, como forma de se garantir a harmoniosa convivência humana. Aliás, se tais conflitos não existissem, é pouco provável que a própria idéia de Direito sequer um dia fosse pensada.¹

Ocorre que para exercer adequadamente tal mister, necessário se faz que o Direito apresente soluções para os casos em que ocorre uma quebra nas previsões hipotéticas contidas nas normas jurídicas e a consequente frustração dos fins desta.

Dentre essas soluções², tem-se o processo em sentido lato, entendido como seqüência ordenada de atos marcada pela participação e visando o cumprimento de um ato final³, que tem como objetivo último garantir a paz justa e certa perseguida pelo Direito.⁴

Dentre as várias espécies de processos existentes, tem-se o processo civil, que é exercido de forma exclusiva pelo poder estatal, o que leva à imperatividade e imposição de suas decisões.⁵

Para que o processo civil atinja seus objetivos, é importante que a decisão final a que nele se chega atinja um patamar de estabilidade, posto que, do contrário, haveria uma enorme insegurança jurídica, marcada pela possibilidade de outras

¹Nesse sentido, cf., por todos, REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 2.

²Conforme afirma Eduardo Juan Couture (In **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4. ed. Montevideo: Editorial B de f, 2002, p. 8), com referência a ALCALÁ ZAMORA e CASTILLO, as outras soluções para resolver as violações às leis seriam a autotutela ou autodefesa e a autocomposição. Com base em Cândido Rangel Dinamarco (In **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2004a. v. 1, p. 37), acrescenta-se, ainda, os meios alternativos de solução de conflitos (arbitragem, conciliação e mediação).

³Nesse sentido, ver FAZZALARI, Elio. Processo (teoria generale). In: **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: UTET, 1966, t. XIII, p. 1067.

⁴A ideia de que o processo tem como objetivo final atender à exigência do Direito de garantir a paz justa e certa foi retirada de Francesco Carnelutti (In **Instituciones del Proceso Civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1997. v. 1, p. 22), apesar deste autor apresentar concepção um pouco diversa de processo, sem se preocupar tanto com o caráter da participação que o marca. Sobre a pacificação como um dos escopos sociais do processo, ver DINAMARCO, 2004a, p. 127-128.

⁵Cf. DINAMARCO, 2004a, p. 36.

decisões resolverem a mesma lide de forma contraditória, o que produziria um descrédito da solução e das instituições jurídicas.⁶

Nesse sentido, é que se justifica o instituto da coisa julgada, que, segundo clássica conceituação, seria “[...] a 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”.⁷

Ocorre que a coisa julgada, como qualquer outro instituto jurídico, faz parte de um sistema jurídico que, desde o século XVIII, está inserido dentro do paradigma do Constitucionalismo, ou seja, é marcado pela ideia da existência de um conjunto de normas fundamentais e supremas, a Constituição, consagradora dos seguintes pilares de organização do Estado e da sociedade: Estado de Direito, separação de poderes, Democracia e declaração e garantia de direitos fundamentais do ser humano.

Diante deste quadro, entende-se que aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser preservado, mesmo que para isso seja necessário renunciar a alguns benefícios e vantagens plausíveis.⁸

Nesse diapasão, se por um lado a coisa julgada evita a instabilidade gerada pela eterna possibilidade de reforma da sentença, por outro ela pode proporcionar a eternização de uma violação a uma norma da Constituição perpetrada pela sentença, o que representaria a manutenção de uma violação a um referencial normativo que dá sustentação a todo o sistema.

Surge, então, o que aqui se chama de tensão entre o controle de constitucionalidade e a coisa julgada formada no processo civil, mas que ganhou repercussão na comunidade jurídica com o nome de “coisa julgada inconstitucional”.

⁶Cf. DINAMARCO, 2004a, p. 305-306.

⁷LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. São Paulo: Forense, 2006, p. 60.

⁸Cf., em sentido análogo, BURCKHARDT apud HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991, p. 21-22.

Independentemente da nomenclatura, fato é que a situação é a mesma, qual seja, existe uma sentença sob o manto da coisa julgada que viola uma norma da Constituição, de onde surge uma questão a ser respondida, qual seja: É possível submeter tal sentença a um controle de constitucionalidade ou a coisa julgada é um empecilho inafastável para tanto?

Na verdade, tanto a coisa julgada, como o controle de constitucionalidade são institutos de extrema relevância para o Constitucionalismo, tendo em vista os princípios e valores que eles resguardam.

Dessa forma, a tensão que se estabelece entre eles é, em última análise, reflexo da tensão entre princípio da segurança jurídica e outra norma constitucional, motivo pelo qual é um conflito da Constituição com ela mesma, cuja solução deve ser encontrada naquela opção que mais benefício trouxer ao sistema jurídico, garantindo-lhe a eficácia sistêmica, no sentido de produção de resultados por ele almejados.

Isto porque o Direito deve ser visto como um sistema normativo axiológico-teleológico, já que ele possui uma estrutura sistemática, composta por normas, que busca o cumprimento de um fim valorado, que, no caso do Estado Constitucional é a própria preservação e implementação do paradigma do Constitucionalismo.

Nesse diapasão, a hipótese que se trabalha aqui é a de que a resposta sobre a coisa julgada constituir ou não um empecilho irremediável para o controle de constitucionalidade da sentença deve ser identificada naquela solução que preserve a eficácia sistêmica.

Porém, para encontrá-la, será necessário discorrer acerca do objeto de preservação do sistema jurídico, ou seja, o Constitucionalismo, e verificar como o controle de constitucionalidade e a coisa julgada operam para tal desiderato. Somente após tal estudo é que se possuirão os elementos e argumentos necessários para a solução adequada da questão.

Assim, propõe-se iniciar a pesquisa pelo estudo do Constitucionalismo, visto como uma teoria normativa da política, ou seja, uma “[...] teoria (ou ideologia) que ergue o

princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.⁹

Defende-se que tal teoria é consagradora de um paradigma normativo baseado em pilares fundamentais que erigiu a Constituição como elemento normativo central. Portanto, aplicando, em certa medida, a ideia de regra de reconhecimento de Herbert L. A. Hart¹⁰, e partindo daquela visão sistemática do Direito, fundamentar-se-á que o Constitucionalismo é uma espécie de “regra de reconhecimento” do sistema jurídico.

Em seguida, analisa-se o controle de constitucionalidade, diferenciando-o de outros mecanismos de defesa da Constituição, verificando o mal que ele procura extirpar do sistema, discorrendo acerca dos efeitos da decisão nele proferida, apresentando os seus modelos e defendendo a sua dupla pretensão de correção do sistema jurídico.

Ato contínuo, discorre-se acerca da coisa julgada formada no processo civil, verificando a sua importância para o Constitucionalismo, através da análise dos seus fundamentos, apresentando a sua conceituação, diferenciando a coisa julgada formal da material, visualizando as suas funções e analisando os seus limites objetivos e subjetivos.

Finalizando, analisa-se os casos em que pode ocorrer a tensão entre o controle de constitucionalidade e a coisa julgada formada no processual civil, apresenta-se, criticamente, os argumentos que se costuma apresentar a favor e contra o controle de constitucionalidade da sentença recoberta pela coisa julgada para, a seguir, identificar a resposta que melhor garanta a preservação do sistema jurídico, enquanto mecanismo normativo de implementação e conservação do paradigma do Constitucionalismo.

O tema possui importância pelo fato de tratar de questão que os Tribunais brasileiros, notadamente, o Supremo Tribunal Federal (STF), frequentemente se deparam na práxis forense, mas que ainda não foi objeto de um posicionamento

⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003, p. 51-52.

¹⁰HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 111-135.

pacificado, mesmo porque a questão é bastante divergente ainda em sede doutrinária.

Aliás, tal questão talvez seja uma das que, no estudo do processo civil, mais mereçam a rotulação de verdadeira “controvérsia jurídica”, não só pela relevância dos argumentos apresentados por ambos os lados, mas também pelo fato de ambas as posições se encontrarem sobre a guarida de defensores com alto grau de respeitabilidade na comunidade acadêmica.

Cumprir registrar que apenas se considerará a questão sob o prisma do processo civil, ou seja, não será objeto do presente estudo o tratamento do tema sob o enfoque de outras espécies de processos, apesar da solução a ser encontrada poder eventualmente se encaixar a eles.

Este corte se justifica pelo fato da presente pesquisa está inserida em um programa de pós-graduação *stricto sensu* cuja área de concentração é justamente o Processo Civil, além de que as normas que regulam as outras espécies de processo apresentam algumas diversidades, o que ampliaria prejudicialmente a pesquisa.

A abordagem do problema será realizada, basicamente, pelo método hipotético dedutivo¹¹, já que se procurará, a partir dos conhecimentos já desenvolvidos acerca da coisa julgada e do controle de constitucionalidade e através de uma inferência dedutiva, suprir a lacuna quanto à resposta sobre qual deles deve prevalecer quando eles se encontram num ponto de tensão.

Por fim, vale registrar que se procurou utilizar a pesquisa do tipo bibliográfica, consistente no levantamento e leitura de artigos científicos e livros sobre o tema, além da pesquisa documental, consistente na análise da legislação e das decisões judiciais dos Tribunais brasileiros pertinentes à temática.

¹¹Acerca de tal método, cf. MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 71-80.

2 O CONSTITUCIONALISMO COMO PARADIGMA NORMATIVO

Para um adequado entendimento do problema da tensão entre o controle de constitucionalidade e da coisa julgada formada no processo civil, em particular, e, em geral, dentro de uma estrutura normativa sistematicamente organizada, tendo como norma suprema a Constituição, fonte de validade normativa das outras normas do sistema, deve-se iniciar pelo estudo do fundamento último do sistema jurídico, ou seja, em função de que ele existe.

Defende-se no presente trabalho que referido fundamento é justamente o Constitucionalismo, visto como um modelo de organização do Estado e paradigma normativo, verdadeira “regra de reconhecimento” do sistema jurídico, o que se pretende demonstrar neste item.

2.1 O SÉCULO XVIII E O PENSAMENTO CONSTITUCIONAL

2.1.1 Os antecedentes históricos

Para se compreender corretamente o Constitucionalismo¹², é necessário ter em mente que o pensamento constitucional como uma assertiva, uma afirmação

¹²Segundo Uadi Lammêgo Bulos (In **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10) a palavra constitucionalismo possui dois sentidos: a) sentido amplo, que é “[...] o fenômeno relacionado ao fato de todo Estado possuir uma constituição em qualquer época da humanidade, independentemente do regime político adotado ou do perfil jurídico que se lhe pretenda irrogar”; b) sentido estrito, que é a “[...] técnica jurídica de tutela das liberdades, surgida nos fins do século XVIII, que possibilitou aos cidadãos exercerem, com base em constituições escritas, os seus direitos e garantias fundamentais, sem que o Estado lhes pudesse oprimir pelo uso da força e do arbítrio”. Já José Joaquim Gomes Canotilho (In 2003, p. 51, grifos do autor) define Constitucionalismo como “[...] a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno seria “[...] uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*”. Além disso, Canotilho (In 2003, p. 52, grifos do autor) apresenta uma segunda concepção do termo, no sentido histórico-descritivo, ou seja, o constitucionalismo moderno seria “[...]”

consagrada no século XVIII, é fruto de um processo de evolução acontecido no Ocidente, cuja referência primeira é Atenas.¹³

Sem dúvida, o pensamento constitucional se institucionalizou com o movimento revolucionário do século XVIII, notadamente a partir da promulgação da Constituição Estadunidense de 1787, da Revolução Francesa de 1789 e da consequente Constituição Francesa de 1791. Entretanto, renegar a importância das ideias e influências advindas do Estado Helênico, do Estado Romano e da Idade Média¹⁴ para a concretização do Constitucionalismo se consubstancia em análise deficitária do próprio movimento constitucional¹⁵. Para não incorrer em tal erro, passa-se a analisar a influência de cada um desses períodos históricos para a formação do pensamento constitucional do século XVIII.

No que tange ao Estado Helênico, as maiores contribuições para o constitucionalismo moderno vieram com Platão e Aristóteles. Do primeiro veio uma

o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político". Utiliza-se, no presente trabalho, a segunda concepção apresentada por Bulos que, na verdade, é uma mescla das duas concepções apresentadas por Canotilho, já que liga-se à delimitação histórica do movimento estudado (a partir do século XVIII) a ideia de uma técnica de limitação do poder com fins de garantia dos direitos fundamentais.

¹³Cf. JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. **El constitucionalismo**: Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional. 2. ed. rev. ampl. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 19-21; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria da Constituição**. São Paulo: Resenha Universitária, 1979, p. 44; JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1-2; SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 14. André Ramos Tavares (In **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3-4) reconhece a importância também das Cidades-Estados gregas para o movimento constitucional do século XVIII, mas, seguindo posição que ele cita como tendo como seu percussor o jurista alemão Karl Loewenstein, afirma que a referência primeira de constitucionalismo ocorreu no Estado teocrático dos hebreus, em que estes já "[...] criaram limites ao poder político, por meio da imposição da chamada 'lei do Senhor'".

¹⁴Sem embargos das discussões acerca do conceito de Estado e, conseqüentemente, se existiria realmente Estado na Idade Média, por exemplo, o que não se consubstancia no foco desse trabalho, adota-se aqui a classificação dos tipos históricos fundamentais de Estados apresentada por Georg Jellinek (In **Teoría General Del Estado**. Tradução de Fernando de los Ríos Urruti. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 281-326), baseada na relação histórica de tais Estados com o Estado atual, seja porque são unidos por uma continuidade histórica, seja porque o conhecimento de uns influenciaram no dos outros. Também adota tal classificação Jorge Miranda (In **Manual de direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. tomo I, p. 49 et seq).

¹⁵José Joaquim Canotilho (In 2003, p. 53-54) defende tal concepção ao afirmar que "[...] entre o 'constitucionalismo antigo' e o 'constitucionalismo moderno' vão-se desenvolvendo perspectivas políticas, religiosas e jurídico-filosóficas sem o conhecimento das quais não é possível compreender o próprio fenômeno da modernidade constitucional", e, posteriormente, ele ainda apresenta diversas influências das ideias dos "antigos" sobre os "modernos".

grande valorização das normas escritas, numa espécie de teoria da legalidade¹⁶, o que, certamente, serviu de referência para a necessidade de que a Constituição fosse feita de forma documentada e escrita. Já o segundo trouxe a ideia de que as funções públicas devem ser divididas e não centralizadas¹⁷, o que pode ser considerada como uma espécie de antecedente histórico da teoria da separação de poderes, posteriormente desenvolvida por John Locke e Montesquieu.

Além disso, Aristóteles defende o respeito às leis e à liberdade e afirma que uma democracia somente é caracterizada quando o poder é de todos e para todos.¹⁸ A contribuição de referido filósofo ainda vai além, já que ele chega mesmo a conceituar uma Constituição, como sendo “[...] a ordem ou distribuição dos poderes que existem num Estado, isto é, a maneira como eles são divididos, a sede da soberania e o fim a que se propõe a sociedade civil”.¹⁹ Fora isso, ele também defende que os artigos fundamentais de uma Constituição não são da mesma espécie que as leis ordinárias²⁰, sendo tal noção de vital importância para, posteriormente, se compreender a supremacia da Constituição e o conseqüente controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais.

Outra contribuição dada pelo Estado Helênico para o Constitucionalismo foi a idéia de *nómos* como fonte do Direito e como meio de limitar o poder, já que a liberdade política estava em não obedecer a nada senão ao *nómos*.²¹

¹⁶Cf. PLATÃO. **As Leis**: incluindo Epinomis. Prefácio de Dalmo de Abreu Dallari. Tradução, notas e introdução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 1999; SALDANHA, 2000, p.14.

¹⁷ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.98-99.

¹⁸Ibid., p.127- 143 e p. 232-233.

¹⁹Ibid., p 149.

²⁰Ibid., p 149.

²¹Cf. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de Antonio Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 75-76. Esse autor traz a definição de *nómos* apresentada por Pseudo-demóstenes, para quem “Os *nómoi* são uma coisa comum, regulada, idêntica para todos, querendo o justo o belo, o útil; chama-se *nómos* o que é erigido em disposição geral, uniforme e igual a todos” (grifos do autor).

Fora o plano teórico, o Estado Helênico também exerceu influência prática no Constitucionalismo, posto que, na época da democracia clássica ateniense²², os cidadãos governavam a Cidade de forma direta, por meio de suas assembléias, o que era a concretização dos ideais de democracia direta e de liberdade como participação.²³

Um segundo antecedente histórico do Constitucionalismo ocorreu em Roma, notadamente no período clássico do direito romano²⁴, com o desenvolvimento do estudo da ciência jurídica, a sistematização do Direito e a redução a escrito das regras jurídicas.²⁵

O desenvolvimento que o Direito teve em Roma levou à normatização da vida política e do funcionamento das estruturas políticas e à consagração da diferença jurídica entre o público e o privado.²⁶

Além disso, a noção de poder político como poder supremo e uno, oriundo e reservado a uma única origem e detentor, foi bastante desenvolvida no Estado Romano²⁷, o que pode ser considerado como um antecedente histórico da noção de Poder Constituinte desenvolvida posteriormente por Sieyès.

O terceiro período que exerceu influência determinante no movimento constitucional do século XVIII foi a Idade Média.²⁸ É um erro supor que em tal período o poder do

²²Conforme afirmado por John Gilissen (In 2003, p. 74), o período da democracia clássica ateniense ocorreu, aproximadamente, entre os anos de 580 a.C. e 338 a.C.

²³Acerca da ideia de liberdade como liberdade de participação, ver CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada com a dos modernos. **Revista de Filosofia Política**, Porto Alegre, n. 2, p. 9-25, 1985. Referido autor defendeu que enquanto a liberdade dos modernos é uma liberdade individual em sua relação com o Estado, aquela liberdade de que são manifestações concretas as liberdades civis e a liberdade política (ainda que não estendida a todos), a liberdade dos antigos (Atenas) é liberdade de participação direta na formação das leis através do corpo político, cuja máxima expressão está na assembléia dos cidadãos.

²⁴Conforme prescreve John Gilissen (In 2003, p. 87), tal período se estende do século II a.C. até o fim do século III d.C.

²⁵Cf. GILISSEN, 2003, p. 87; MIRANDA, 2003, p. 56-59.

²⁶GILISSEN, 2003, p. 87.

²⁷MIRANDA, 2003, p. 57.

²⁸Segue-se aqui a ideia de John Gilissen (In 2003, p. 128-239 passim), para quem a Idade Média compreende os séculos VI (queda do império romano) até o século XV (surgimento dos Estados Modernos), sendo dividida em Alta Idade Média (séculos VI a XII) e Baixa Idade Média (séculos XIII a XV). Nelson Saldanha (In 2000, p. 16) sustenta que a Idade Média apresenta problemas de sua caracterização, devido ao longo período que a compreende e por abarcar regiões culturais bastante distintas. Exemplo disso nos é fornecido por JELLINEK (In 2000, p. 312-318), quando afirma que as cidades republicanas da Itália do período conservaram a identificação da natureza unitária do Estado, ou seja, não existia a separação entre governantes e governados, enquanto que em outras regiões mais influenciadas pelos germanos, como a própria Alemanha, predominava a noção dualista de

soberano era ilimitado e que não houve qualquer discussão a respeito da limitação do poder para garantia de direitos.²⁹

Nesse sentido, Isidoro de Sevilha, um bispo que viveu entre os séculos VI e VII, já afirmava que:

Os reis são assim chamados por sua função de governar. Como o sacerdote é assim chamado por sacrificar, é também o rei por reger. Mas não rege quem não corrige. Portanto, agindo retamente, conservará o nome de rei; pecando, o perderá. Daí este dito entre os antigos: “Serás rei, se procederes com justiça, do contrário não o serás.”³⁰

Ademais, a Escolástica com São Tomás de Aquino já admitia a legitimidade da resistência em face de uma lei injusta.³¹

Somando-se a isso, foi no século XIII, mais precisamente no ano de 1215, que surgiu a *Magna Charta Libertatum*, outorgada na Inglaterra, pelo Rei João, o “João sem Terra”, filho de Henrique II.³²

Tal documento declarava que o Rei se comprometeria a respeitar os privilégios ou liberdades dos homens livres³³, ou seja, era uma espécie de pacto escrito por meio do qual a Coroa garantia o respeito aos direitos dos seus súditos.³⁴

Estado, ou seja, a completa separação entre rei e reino. De qualquer forma, SALDANHA (In 2000, p. 16) afirma que a nomenclatura do período ainda se sustenta pela unidade de certos fatores: sistema feudal, *Cristanitas*, semelhança global de formas lingüísticas e culturais vindas de matriz latina.

²⁹Nesse sentido: JELLINEK, 2000, p. 314; BULOS, 2009, p. 15; SALDANHA, 2000, p. 18. Também defende tal assertiva Nicola Matteucci (In *Constitucionalismo*. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 253) ao afirmar que “Na Idade Média, encontramos, de fato, não só as mais claras apologias do Governo limitado, como também, em consonância com elas, a mais explícita reivindicação do primado da função judiciária”.

³⁰SEVILHA apud MATEUCCI, 2000, p. 254. Nessa mesma obra e página, o autor também faz referência a um escrito do século XII de João de Salisbury, onde a ideia de limitação do poder real resta manifesta, quando este último diz que: “Na verdade, a autoridade do príncipe deriva da autoridade do direito; e, mais que o poder, importa submeter às leis o poder supremo. Por isso, que o príncipe não pense que lhe é lícito o que se aparta da equidade e da justiça”.

³¹Nesse sentido, ver MIRANDA, 2003, p. 60.

³²BULOS, 2009, p. 16. Cumpre registrar a observação feita por Marcello Caetano (In **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e ampl. por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. tomo I, p. 46) no sentido de que a *Magna Charta* foi, na verdade, uma imposição dos barões do reino ao monarca e não simples outorga por parte deste àqueles.

³³Conforme afirma Carl Schmitt (In **Teoría de la Constitución**. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 68), homens livres eram apenas os barões. No mesmo sentido, Manoel García-Pelayo (In **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 2000, p.253).

³⁴Nesse sentido, cf. CAETANO, 1996, p. 46; BULOS, 2009, p. 16.

Dentre os direitos consagrados através da *Magna Charta Libertatum* têm-se o de petição, a instituição de júri, a cláusula do devido processo legal, o *habeas corpus*, o livre acesso à justiça e a liberdade de religião.³⁵

Certamente que é um exagero considerar a *Magna Charta* como a primeira Constituição da História³⁶, ao menos no sentido moderno do termo, mas a sua importância para o movimento revolucionário do século XVIII não merece ser desprezada, na medida em que ela foi um documento clássico da limitação do poder através da garantia e preservação dos direitos dos súditos, no caso, os barões ingleses.³⁷

Mas não só pela *Magna Charta* se pode verificar a influência da Idade Média, notadamente da Inglaterra, ao constitucionalismo moderno. É que foi naquela época que começou a surgir a ideia do *rule of law*, ou seja, do governo limitado pela lei.³⁸

Assim, a importância desses acontecimentos, ideais e fatores surgidos na Idade Média foi tão significativa para o constitucionalismo moderno que Canotilho³⁹ chega a afirmar a existência de um constitucionalismo antigo, como sendo “[...] o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder”.

Diante do acima exposto, percebe-se claramente que os três períodos antes apresentados (Estado Helênico, Estado Romano e Idade Média) exerceram sim

³⁵BULOS, 2009, p. 16.

³⁶Nesse sentido, Carl Schmitt (In 1996, p. 67-68) registra que a *Charta Magna Libertatum* não pode ser compreendida como uma constituição no sentido moderno do termo. Seu nome advém não do fato de ser uma lei fundamental no sentido das constituições e dos direitos fundamentais modernos, mas sim por seu contraste com uma *Parva Carta* ou a *Carta Foresta* de 1217, relativa a direitos de caça. Seu nome originário é *Carta Libertatum* ou *Carta Baronum*, sendo que somente a partir do século XVII, pela luta do parlamento inglês com o absolutismo dos Stewarts é que lhe foi atribuída o sentido moderno, fazendo-a origem de uma Constituição liberal. Mas é um erro histórico ver nela algo análogo a uma Constituição moderna liberal ou democrática, pois ela é um convênio entre a aristocracia feudal com um senhor territorial que renova sua homenagem como uma contraprestação aos direitos garantidos. Para uma análise comparativa entre os que defendem que a *Charta Magna* não diferia muito de uma Constituição Moderna e aqueles que, assim como Schmitt, defendem o contrário, ver GARCÍA-PELAYO, 2000, p. 249-250.

³⁷Assim, CANOTILHO (In 2003, p. 382) assinala que, apesar de tal Carta não se tratar de uma manifestação da ideia de direitos fundamentais inatos, mas de uma afirmação dos direitos corporativos da aristocracia feudal face ao suserano, ela fornecia aberturas para a transformação dos direitos corporativos em direitos individuais do homem.

³⁸Nesse sentido, ver MATEUCCI, 2000, p. 254. Mais à frente, à p. 255, tal autor chega inclusive a afirmar que a maior contribuição da Idade Média para o Constitucionalismo foi o princípio da primazia da lei, ou seja, a afirmação de que todo poder político tem de ser legalmente limitado.

³⁹In 2003, p. 52.

influência determinante no surgimento do movimento revolucionário do final do século XVIII e, conseqüentemente, na instituição do Constitucionalismo como modelo de organização estatal.

Entretanto, nenhum período teve importância tão determinante para tal movimento quanto a Época Moderna⁴⁰, não sendo exagero afirmar que ele foi mesmo um dos frutos de tal período.

O processo de formação dos Estados Modernos⁴¹, ocorrido no final da Idade Média e sedimentado na Época Moderna, é considerado chave explicativa para o surgimento do Constitucionalismo moderno.⁴²

É que foram as mesmas ideias reacionárias apresentadas por pensadores da Europa para combater o Absolutismo e a concentração de poder ilimitado nas mãos dos monarcas e da Igreja no Estado Moderno que foram a base do movimento revolucionário do século XVIII.

Nesse sentido, por exemplo, Hugo Grócio, em sua obra “*De iure belli ac pacis*”, datada de 1625 e considerada a percussora do Jusnaturalismo moderno, defende a existência de um direito “natural” que tinha sua fonte exclusiva de validade na sua conformidade com a razão humana, motivo pelo qual o direito positivo deveria lhe ser adequado e a autoridade política lhe deveria respeitar como direito inato do indivíduo.⁴³

⁴⁰Segue-se aqui a concepção de John Gilissen (In 2003, p. 244), para quem a Época Moderna compreende o século XVI até o século XVIII.

⁴¹Adota-se aqui a noção de Estado Moderno como forma histórica determinada, apresentada por Pierangelo Schiera (In Estado Moderno. In: BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO, 2000, p. 425-427), ou seja, a forma de organização de poder historicamente determinada surgida na Europa a partir do século XIII até os fins do século XVIII ou inícios do XIX e que é caracterizada por conotações que a tornam peculiar e diversa de outras formas de organização de poder também historicamente determinadas. Acerca dos fatores que influenciaram de forma decisiva a emergência do Estado Moderno, ver JIMENEZ ASENSIO, 2003, p. 21-22, para quem tais fatores foram: fatores ideológicos (doutrinas de Maquiavel, Bodin com a noção de soberania, Hobbes, dentre outros), fatores histórico-políticos [crise do sistema feudal, crise do papado e do império como fórmulas políticas, que representaram a emergência do poder do príncipe frente às unidades inferiores (senhores feudais) e superiores (Papado e Império)], fatores religiosos (crise do mundo cristão, a Reforma, o que significou mais autonomia dos estados de inspiração protestante), fatores culturais (renascimento, secularização da política, consolidação de *lingus territoriais* com o abandono do latim como língua comunitária oficial), fatores econômicos (descobrimto e surgimento de novos mercados e colonização, aumento de circulação de dinheiro e papel dominante dos Bancos), fatores sociais (aparecimento da burocracia e do Exército).

⁴²Nesse sentido, ver JIMENEZ ASENSIO, 2003, p. 21.

⁴³Ver FASSO, Guido. Jusnaturalismo. In: BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO, 2000, p. 657-658.

De sua banda, John Locke também contribui com seus “Dois tratados sobre o governo civil”, especialmente no livro II, onde desenvolve a ideia de sociedade civil como decorrente de um pacto social⁴⁴, defende o governo das leis⁴⁵, critica a concentração dos poderes⁴⁶ e introduz a ideia do povo como detentor do poder supremo.⁴⁷

Obviamente, também não se poderia esquecer de Jean Jacques Rousseau e sua obra “O Contrato Social”, em que ele desenvolve a tese de que o monarca exerce uma mera função em nome do soberano (os súditos como um todo), que é o poder do qual este fez aquele depositário e que ele, o soberano, pode limitar, modificar ou retomar para si.⁴⁸

⁴⁴Nesse sentido, é expressiva a seguinte passagem de Jonh Locke (in **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.468): “Sendo todos os homens, como já foi dito, naturalmente livres, iguais e independentes, ninguém pode ser privado dessa condição nem colocado sob o poder político de outrem sem o seu próprio *consentimento*. A única maneira pela qual uma pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural e *revestir-se dos elos da sociedade civil* é concordando com outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade, para viverem confortável, segura e pacificamente uns com os outros, num gozo seguro de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela não fazem parte” (grifo do tradutor).

⁴⁵Essa é a conclusão que se extrai da seguinte passagem da obra de John Locke (2005, p. 499): “Assim, todo aquele que detenha o poder legislativo, ou supremo, de qualquer sociedade política está obrigado a governá-la segundo as leis vigentes promulgadas pelo povo, e de conhecimento deste, e não por meio de decretos extemporâneos [...]”.

⁴⁶Nesse sentido, ver a seguinte passagem: “E- porque pode constituir uma tentação demasiado grande para a fragilidade humana capaz de assenhorear-se do poder que as mesmas pessoas que têm o poder de elaborar leis tenham também em mãos o de executá-las, com o que podem isentar-se da obediência às leis que fazem e adequar a lei, tanto no elaborá-la como no executá-la, à sua própria vantagem particular, passando com isso a ter um interesse distinto daquele do resto da sociedade política, contrária aos fins dessa sociedade e desse governo- nas sociedades políticas bem ordenadas, em que o bem do todo recebe a consideração devida, o poder *legislativo* é depositado nas mãos de diversas pessoas que, devidamente reunidas em assembléia, têm em si mesmas, ou conjuntamente com outras, o poder de elaborar leis e, depois de as terem feito, separando-se novamente, ficam elas próprias sujeitas às leis que formularam [...]” (LOCKE, 2005, p. 514-515, grifos do tradutor). Também criticando a ideia de uma concentração de poderes e desenvolvendo a ideia de separação de poderes, cf. o magistral Charles de Secondat Montesquieu (In **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996), que é, inclusive, considerado o maior expoente desta ideia.

⁴⁷Essa ideia é desenvolvida na seguinte passagem: “Embora numa sociedade política constituída, assentada sobre suas próprias bases e agindo de acordo com sua própria natureza, ou seja, para a preservação da comunidade, não possa haver mais de *um único poder supremo*, que é o legislativo, ao qual todos os demais são e devem ser subordinados, contudo, sendo ele apenas um poder fiduciário para agir com vistas a certos fins, cabe *ainda ao povo um poder supremo* para remover ou *alterar o legislativo* quando julgar que este age contrariamente à confiança nele depositada” (LOCKE, 2005, p. 517-518, grifos do tradutor).

⁴⁸ROUSSEAU, J. J. **Do contrato social**: Princípios do direito político. tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 82.

Todos esses autores foram integrantes da chamada “Escola do Direito Natural” dos séculos XVII e XVIII⁴⁹, que, apesar das diferenças de entendimentos de alguns conceitos pelos seus escritores, possui nos direitos inatos, no estado de natureza e no contrato social os seus conceitos característicos.⁵⁰

Além das ideias da “Escola do Direito Natural”, o Calvinismo também exerceu influência determinante no movimento revolucionário do século XVIII e, conseqüentemente, na institucionalização do Constitucionalismo, na medida em que trouxe a crença de uma comunidade humana dirigida por um poder limitado por leis e radicado no povo, o que representa uma força à ideia de pactos de domínio como forma de limitação de poder entre governantes e governados.⁵¹

Mas a Época Moderna não só exerceu influência teórica sobre o Constitucionalismo moderno, posto que existiram, em tal período, também experiências práticas de limites ao poder. Assim é que, por exemplo, surgem na Inglaterra o *Petition of rights* de 1628 e o *Bill of rights* de 1689, que foram instrumentos que trouxeram a garantia de direitos fundamentais do ser humano face ao Estado.⁵²

Nesse diapasão, percebe-se que, apesar de não se negar que a sua consolidação e seu desenvolvimento ocorreram a partir do século XVIII, daí a sua intrínseca ligação com tal período, não se pode chegar ao exagero de afirmar que o Constitucionalismo foi uma invenção, uma criação oriunda de mentes inspiradas daquele século, sejam americanas, sejam francesas, ou quaisquer outras, posto que ele é fruto não de um século, mas de vários séculos de ideias e de movimentos ocorridos no Ocidente, notadamente, a respeito de dois temas centrais: a) a fundação, limitação e legitimação do poder político; b) o respeito e as garantias às liberdades e direitos individuais.⁵³

⁴⁹Existiram também outros importantes representantes de tal Escola, como, por exemplo, Samuel von Pufendorf, Wolf, Francisco Suárez etc.

⁵⁰FASSO, 2000, p. 658.

⁵¹CANOTILHO, 2003, 53.

⁵²BULOS, 2009, p. 16.

⁵³Quanto ao fato destes dois serem os temas centrais sobre os quais girou o constitucionalismo, ver CANOTILHO, 2003, p. 54-55.

2.1.2 A concretização do Constitucionalismo nos Estados Unidos da América e na França

Todas as ideias e experiências de controle do poder e de garantia dos direitos individuais descritas no tópico anterior trouxeram a base fundamental e definitiva para o florescimento do movimento constitucional moderno, mas faltavam ainda algumas conjecturas políticas, econômicas e sociais para que ele se concretizasse. Tal fato veio a ocorrer em dois momentos próximos, mas por motivos e em lugares diversos, quais sejam, nos Estados Unidos da América (EUA) e na França.⁵⁴

Para entender como o paradigma do constitucionalismo encontrou um campo fértil de atuação nos EUA, necessário se faz uma referência à época da colonização inglesa no território norte-americano.⁵⁵

A sociedade estadunidense da época colonial era formada por uma maioria de colonos ingleses, mas também por outros indivíduos renegados de diversas regiões da Europa como França, Alemanha, Holanda, Irlanda, Escócia etc.

Eles viviam distribuídos dentre as treze colônias britânicas na América do Norte, sendo que cada uma delas era independente em relação às outras, mas eram unidas e marcadas por traços comuns, tais como o predomínio da língua inglesa, a inexistência de uma classe aristocrática, uma ordem jurídica de conteúdo e forma comum e uma homogeneidade de princípios e instituições político-jurídicos.⁵⁶

A forma de colonização nas Treze Colônias permitia que elas dispusessem de Cartas de tipos distintos em que se estabeleceriam, por exemplo, a forma de governo e seu sistema institucional.⁵⁷

⁵⁴Nesse sentido, ver, por todos, MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 31.

⁵⁵Em sentido semelhante, afirmando que para se entender o processo de formação do constitucionalismo americano é necessário uma referência ao momento da colonização, ver JIMENEZ ASENSIO, 2003, p. 49.

⁵⁶Cf. GARCIA PELAYO, 2000, p. 325-326.

⁵⁷Cf. JIMENEZ ASENSIO, 2003, p. 49.

Assim, existia nas colônias, ao lado do governador, representante da Coroa, uma organização autônoma em relação à Metrópole, qual seja, a Assembléia, composta de representantes eleitos pelos próprios colonos.⁵⁸

Essa relativa autonomização das Colônias frente à Metrópole, com a possibilidade de criação das Cartas acima referidas e da existência de órgão formado por representantes dos próprios colonos, permitia às Colônias vivenciarem o que Rafael Jimenez Asensio⁵⁹ chama de “experiências protoconstitucionais”, um precedente relevante para o posterior constitucionalismo estadunidense.

Além dessa relativa independência das colônias, vigorava a crença de que os colonos possuíam inerentes os mesmos direitos dos cidadãos ingleses da época⁶⁰, sendo que foi justamente a violação a um desses direitos por parte da Metrópole que desencadeou o início da Revolução Americana do século XVIII.

É que vigorava também nas colônias a máxima inglesa do *no taxation without representation*, ou seja, não era possível a instituição de um tributo sem a aprovação de representantes dos colonos. Entretanto, em 1765, a coroa Britânica, através de seu Parlamento, instituiu o *Stamp Act*, que era um ato normativo criando um tributo sobre o papel selado.

Ocorre que os colonos não se consideravam representados pelo Parlamento britânico, mas sim pelas suas Assembléias, motivo pelo qual se iniciaram várias reações contra o *Stamp Act*.⁶¹

A Metrópole acaba cedendo à pressão colonial e anula referido ato⁶², mas, posteriormente, impõe uma série de direitos aduaneiros sobre vários produtos,

⁵⁸Nesse sentido, cf. GARCIA PELAYO, 2000, p. 326-327. Cumpre apenas registrar a ressalva feita por esse mesmo autor, no sentido de que somente votavam os colonos que possuíssem certas “qualificações econômicas”, ora os agricultores, ora os comerciantes, dependendo de qual classe possuía maior poderio econômico na época.

⁵⁹JIMENEZ ASENSIO, 2003, p. 49-50.

⁶⁰Nesse sentido, GARCIA PELAYO, 2000, p. 326.

⁶¹Cf. JIMENEZ ASENSIO, 2003, p. 51. Cumpre registrar, na oportunidade, a observação feita por Thomas M. Cooley (In **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002, p. 18), no sentido de que a instauração de imposto interno não era um perigo tão grande para as colônias, mesmo porque não eram tributos pesadas, mas o que as incomodava eram as outras usurpações que a partir daí poderiam decorrer, já que quem tem poder para tributar, pode achar que tem também poder para impor hierarquia episcopal, por exemplo.

sendo o imposto sobre o chá o mais emblemático e polêmico, o que foi o estopim para o processo de Independência.

Nesse diapasão, as colônias se unem num processo que se inicia com a realização de um congresso anual, realizado em 5 de setembro de 1774 na Filadélfia, proposto pela colônia de Virgínia para discutir os interesses da América⁶³, e se finda com a Convenção da Filadélfia, ocorrida entre os meses de maio e setembro de 1787, que trouxe como fruto a aprovação de uma Constituição em 17 de setembro de 1787, através de grande propaganda desempenhada pelos artigos de Hamilton, Madison e Jay, reunidos depois na obra clássica “O Federalista”.⁶⁴

Esta Constituição estadunidense foi criada, portanto, não para ser vista como um contrato entre governantes e governados, mas sim um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de se criar e constituir um governo vinculado à lei fundamental.⁶⁵

Entretanto, se é certo que o fenômeno americano deu lugar a um movimento constitucional que traria um conceito novo de Constituição e que influenciaria a revolução francesa poucos anos depois e penetraria na Europa um século mais tarde, não é menos certo que todo esse movimento já estava imbuído, desde sua origem, nas correntes doutrinárias européias mais avançadas, sendo grande a influência da doutrina de Locke, Montesquieu e Blackstone, por exemplo.⁶⁶

O que ocorreu, como visto, é que os constitucionalistas americanos se encontravam em um meio mais fértil para explorar formulas constitucionais do que na Europa, posto que existia nos EUA uma certa homogeneidade social inexistente naquele continente, além de que, ao se desligar da Inglaterra, o terreno estava aberto para a implementação de uma república presidencialista democrática.

Dessa forma, os EUA foram o primeiro grande Estado criado fora da Europa, baseado na distinção entre poder constituinte e constituído, na separação de

⁶²Vale registrar que o Tribunal de Virgínia já havia declarado inconstitucional tal ato, num dos precedentes mais distantes do controle de constitucionalidade.

⁶³GARCÍA-PELAYO, 2000, p. 329. Esse autor apresenta uma crítica a tal congresso, alegando que ele contava com representantes designados por assembleias facciosas, motivo pelo qual é considerado um corpo ilegal de representantes.

⁶⁴GARCIA-PELAYO, 2000, p. 335-336.

⁶⁵CANOTILHO, 2003, p. 59.

⁶⁶Nesse sentido, MIRANDA, 2003, p. 141 et seq; JIMENEZ ASENSIO, 2003, p. 47

poderes, na supremacia da Constituição, de onde derivaria o controle de constitucionalidade, o presidencialismo como forma de governo, a base democrática, o fortalecimento do Judiciário e o Federalismo.⁶⁷⁻⁶⁸

Assim é que não é exagero afirmar que os princípios gerais bases das Constituições modernas somente triunfaram de modo completo nos EUA, com uma aplicação que a Europa jamais tinha visto⁶⁹, sendo que, talvez, a única grande crítica à Constituição de 1787 é o fato de ela não possuir uma declaração de direito, o que foi consertado com as dez emendas em 1791.⁷⁰

Resumindo, em poucas palavras, o constitucionalismo americano é a consagração normativa de todo o pensamento constitucional que se desenvolvia na Europa na Idade Moderna.

Concomitantemente com a experiência americana do século XVIII, desenvolvia-se no outro lado do Atlântico, mais precisamente na França, um outro movimento que foi de fundamental importância para a consolidação do pensamento constitucional e sua expansão para o mundo, qual seja, a Revolução Francesa.

Para melhor compreendê-lo, necessário se faz a sua situação histórica, analisando como foi construído o Estado Moderno francês e como foi a gestão da monarquia absoluta naquele país.

Com a racionalização e a secularização do poder que se produziu a partir do século XVI, houve uma instalação gradual dos pressupostos doutrinários do Estado absoluto.

⁶⁷JIMENEZ ASENSIO, 2003, p. 57; MIRANDA, 2003, p. 141 et seq. Também para uma abordagem de como surge o Estado americano e a consolidação do Constitucionalismo nele, com o fortalecimento das ideias acima apresentadas, cf. KRAMNICK, Isaac. Apresentação. In: **Os Artigos Federalistas**: Edição Integral. MADISON, James; HAMILTON, Alexandre; JAY, John. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 1-86.

⁶⁸Por não ser o objeto central do presente estudo, contenta-se aqui, nos dizeres de Lucio Levi (In Federalismo. In: BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO, 2000, p. 475), com a aceção mais clara, porém delimitada, do termo Federalismo, entendido como Teoria do Estado Federal. Este último por sua vez, segundo Reinhold Zippelius (In **Teoria Geral do Estado**. Tradução Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 511), é a “[...] união de estados de natureza tal que também a própria associação organizada de estados (ou seja, a federação) reveste a qualidade de Estado”.

⁶⁹JIMENEZ ASENSIO, 2003, p. 51; TOCQUEVILLE, Aléxis de. **La democracia em América**. Madrid: Alianza, 1993. v. 1, p. 41.

⁷⁰JIMENEZ ASENSIO, 2003, p. 62. O Estado absoluto é chamado por Canotilho (In 2003, p. 91-92) de Estado de Polícia e possui como características básicas: a ideia de soberania concentrada nas mãos do monarca; a extensão do poder soberano ao âmbito religioso; o dirigismo econômico através da adoção de uma política econômica mercantilista; e a assunção da promoção do “bem estar dos súditos” como uma das missões fundamentais do soberano.

Na França, tal processo se inicia, notadamente a partir do século XVI, quando surge uma corrente doutrinal, encabeçada por Bodin, que prescreve que os fundamentos do Estado são as instituições e não os homens.⁷¹

Bodin também trouxe a ideia de soberania como algo perpétuo, absoluto, inalienável e indivisível, o que acabou sendo utilizado como um dos arcabouços ideológicos para construir os sedimentos da monarquia absolutista francesa.⁷²

Os pressupostos da doutrina de Bodin foram importantes para que a monarquia fosse concentrando cada vez mais o poder em suas mãos, acumulando a função legislativa, executiva e judicial e retirando dos senhores feudais e das instituições eclesiásticas tais poderes.

A implantação definitiva do Estado absoluto francês ocorreu durante o século XVII, a partir de 1610, quando houve uma centralização e personalização do poder na figura do rei, em detrimento dos senhores feudais, sendo que o apogeu do absolutismo ocorreu no reinado de Luis XIV.

Entretanto, o século XVIII foi marcado pela decomposição gradual da monarquia absolutista, na medida em que começaram a surgir vozes contrárias ao excesso de concentração do poder nas mãos do príncipe e favoráveis a uma maior liberdade dos indivíduos.⁷³

O apogeu desse processo de decomposição da monarquia ocorreu no final do século XVIII com a Revolução Francesa, sendo o Iluminismo a sua causa intelectual, já que prescrevia a tese de que é a nação a verdadeira proprietária da coroa, do governo, e que o príncipe pertence ao Estado e não este àquele.

Fato é que as ideias que inspiraram as mudanças não se encontravam somente na França, mas, em face de condicionantes históricas propícias, é lá que são

⁷¹Cf., neste sentido e nos parágrafos seguintes sobre a construção do Estado Moderno na França e a crise do absolutismo naquele país, JIMENEZ ASENSIO, 2003, p. 65-80.

⁷²Cumprir registrar aqui a ressalva feita pelo próprio Rafael Jimenez Asensio, no sentido de que Bodin defende também que o poder do príncipe soberano de dar leis a todos e a cada um em particular encontra limites nas leis fundamentais.

⁷³Tais vozes decorrem, notadamente, da burguesia francesa que possuía poder econômico, mas não político, sendo o liberalismo uma exigência para que o capitalismo, que estava desabrochando na época, pudesse fluir.

formalizadas e compendiadas, sendo o seu triunfo expandido como modelo para toda a Europa.⁷⁴

Dentre essas condicionantes históricas, tem-se uma crise financeira ocorrida no final do século XVIII que levou o rei a convocar os Estados Gerais, uma espécie de parlamento em que se encontravam representados os três estamentos principais da sociedade (Nobreza, Clero e Terceiro Estado).

A convocação dos Estados Gerais, algo que não ocorria desde 1614, significava, em princípio, que cada Estado deveria se reunir separadamente, mas o Terceiro Estado chamou a todos para se constituírem em uma câmara só, a Assembléia Nacional, o que encontrou resistência da nobreza.

Dessa forma, Luis XVI anula as decisões do Terceiro Estado e fecha as portas dos locais de suas reuniões, mas os membros de tal estamento se reúnem em outra sede e firmam pacto de não se separarem enquanto a Constituição não estiver estabelecida, ou seja, surge uma espécie de poder constituinte.

Nesse contexto, surge a primeira manifestação documental do movimento constitucional francês da época: a Declaração Universal do Homem e do Cidadão, publicada em 26 de agosto de 1789.

Tal documento certamente foi inspirado nas Constituições e Declarações dos Estados norte-americanos, sendo prova disso o fato de que La Fayette apresentou na França, em 11 de julho de 1789, um projeto de uma declaração elaborada em conjunto com Thomas Jéferson, embaixador dos Estados Unidos em Paris e impulsor da Declaração de Direitos da Virgínia. Esse projeto deu origem a outros até virar a Declaração Francesa, o que demonstra que efetivamente houve a influência estadunidense. Entretanto, cumpre ressaltar que, apesar da influência estrangeira, a Declaração é uma obra francesa, por sua racionalidade (vinda do racionalismo francês) e seu sentido ideológico.⁷⁵

⁷⁴MIRANDA, 2003, p. 162.

⁷⁵GARCIA-PELAYO, 2000, p. 463. Interessante é a diferença estabelecida por Carl Schmitt (In 1996, p. 166) entre a Declaração francesa de 1789 e as Declarações americanas, quando afirma que naquela se põs por suposto o conceito de cidadão e se continua um Estado nacional já existente, enquanto que nos EUA houve a criação de um novo Estado. Ademais, prossegue Schmitt, a “[...]”

De qualquer sorte, fato é que a Declaração é baseada nas ideias iluministas, porém estas aparecem vinculadas à situação concreta da França da época, motivo pelo qual seu conteúdo se expressa mais como forma de declarar direitos destinados a impedir os abusos do poder absolutista francês do que de declarar direitos meramente históricos.⁷⁶

Assim, ocorreu uma adesão formal aos princípios jusnaturalistas, ou seja, a ideia de direitos inatos, sendo que a lei apenas os declararia, mas não os estabeleceria, havendo, dessa forma, uma clara limitação da soberania estatal, que passaria a ser substituída pela soberania da lei.⁷⁷

Dois anos após a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, surge o primeiro exemplo de Constitucionalismo derivado da revolução francesa, qual seja, a Constituição de 1791, em que se ratifica a Declaração francesa de Direitos de 1789 e se prevê a garantia da supremacia formal da Constituição, por meio do mecanismo rígido de sua reforma.

Nesse diapasão, inicia-se na França uma nova base de legitimação do poder do Estado, passando da ideia de soberania exercida pelo rei, para uma soberania exercida pela nação, entendida como personificação do povo.⁷⁸

Destarte, percebe-se a influência determinante das ideias do filósofo francês Sieyès⁷⁹ no movimento constitucional da França do final do século XVIII, na medida em que é ele quem dá a resposta à pergunta sobre quem compõe a Nação, ao afirmar que seria o Terceiro Estado, pois para a existência de uma nação são necessários trabalhos particulares e funções públicas, sendo que os primeiros são exercidos apenas pelo Terceiro Estado e os segundos também o são na sua parte penosa e preponderante.⁸⁰

Declaração francesa tem por finalidade, como se disse na introdução, recordar de forma solene a todos os membros da comunidade seus direitos e obrigações [...]” (tradução nossa).

⁷⁶GARCIA-PELAYO, 2000, p. 463.

⁷⁷Ibid., p. 464.

⁷⁸GARCIA-PELAYO, 2000, p. 465.

⁷⁹Cf. SIEYÈS. Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: que é o Terceiro estado? Organização e introdução de Aurélio Wander Bastos, prefácio de José Ribas Vieira e tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1986.

⁸⁰GARCIA-PELAYO, 2000, p. 465. Interessante, nesse contexto, é afirmação dado por este autor, no sentido de que a soberania nacional não é um conceito racional, mas a expressão ideológica de uma situação histórica concreta.

Assim, são estabelecidos na França uma Constituição representativa, pois a nação exerceu seus poderes mediante representantes, e também um Estado de Direito, em que quem governa é a lei e não os homens, passando o rei a ser um órgão do direito positivo e não mais uma instituição de direito divino.⁸¹

Dessa forma, estava consagrado normativamente também na Europa todo o ideal libertário. O pensamento constitucional sai da teoria, dos textos filosóficos, para ganhar corpo normativo.

2.2 OS PILARES DO CONSTITUCIONALISMO

Todo o processo histórico anteriormente descrito culminou na consagração de um modelo de organização do poder e da sociedade baseado em quatro pilares fundamentais: a) o Estado de Direito; b) a separação de poderes; c) a declaração e garantia de direitos fundamentais do ser humano; d) a democracia.⁸²

Quanto ao Estado de Direito, tem-se que, apesar de ter um conceito plurissignificativo, ele teve em tal período um conteúdo liberal⁸³, na medida em que ele surgiu como reação ao Estado autoritário, intervencionista e burocrático do absolutismo e partiu da ideia de que o Estado deve deixar de se preocupar com a

⁸¹Ibid., 2000, p. 465-466.

⁸²CANOTILHO, 2003, p. 87. Esta também parece ser a opinião de Garcia-Pelayo (In 2000, p. 141 et seq.) ao tratar da Estrutura Constitucional do Estado Democrático Liberal. Já Schmitt (In 1996, p. 139), não chega a considerar expressamente a democracia como um dos pilares e considera a separação de poderes e a declaração de direitos e liberdades individuais (direitos fundamentais) como o conteúdo essencial do Estado de Direito, motivo pelo qual, ao que parece, somente este último seria o pilar fundamental do modelo constitucional consagrado no final do século XVIII.

⁸³Por esse motivo que Schmitt (In 1996, p. 137-138) prefere falar em Estado Burguês de Direito para qualificar o Estado de tal período, em que dois princípios integram a sua Constituição, decorrente da ideia fundamental de liberdade burguesa: princípio da distribuição, ou seja, a liberdade do indivíduo é ilimitada em princípio e a faculdade do Estado de invadi-la é limitada em princípio; princípio da organização, em que o poder do Estado se divide e se submete a um sistema de competências circunscritas como forma de se por em prática o princípio da distribuição.

felicidade e bem estar dos indivíduos, para se limitar a garantir a liberdade de cada um, mediante a positivação e a manutenção da ordem jurídica.⁸⁴

Dessa forma, em tal Estado, somente por meio de uma lei é possível ingerir na esfera da liberdade individual, as competências estatais são rigorosamente circunscritas e existe certa independência judicial, na medida em que é possível o controle judicial da Administração.⁸⁵

Além disso, tal Estado elimina todo fator irracional de organização e atividade estatal, como a ideia do direito derivado da tradição ou de divindade, já que o Estado deve sempre atuar segundo normas prévias, gerais, claras, precisas e não contraditórias com os pressupostos que o constroem.⁸⁶

Dessa feita, de forma resumida, pode-se dizer que o primeiro pilar do Constitucionalismo é a justificação de um Estado submetido ao Direito e regido por leis.⁸⁷

⁸⁴GARCIA-PELAYO, 2000, p.157.

⁸⁵SCHMITT, 1996, p. 143.

⁸⁶GARCIA-PELAYO, 2000, p. 158-161.

⁸⁷Essa é conclusão que se pode tirar de CANOTILHO, 2003, p. 93.

Quanto à separação dos poderes, tem-se que ela é um esquema, uma estrutura racional de organização do poder estatal com vista a garantir os direitos fundamentais.⁸⁸

Na verdade, ela se inicia no Estado Absolutista, mas pecava ainda em tal período por existirem alguns fatores irracionais, como a ideia de que a condição de Rei decorria da graça divina, razão pela qual somente no Estado Constitucional Liberal⁸⁹ é que ela foi institucionalizada em sua plenitude⁹⁰, atingindo seu apogeu de efetividade com a Constituição Estadunidense de 1787.⁹¹ A sua condição de pilar do Constitucionalismo se deve ao fato de que ela é necessária para a limitação do poder.⁹²

Já o terceiro pilar se refere ao reconhecimento solene dos direitos e garantias fundamentais do ser humano⁹³, ou seja, ao estabelecimento daqueles direitos que valem como anteriores e superiores ao Estado, motivo pelo qual o Estado simplesmente os reconhece e protege, mas não os outorga, e somente cabe

⁸⁸GARCIA-PELAYO, 2000, p. 154. Cumpre apenas esclarecer, com base nesse mesmo autor, que uma estrutura é racional “[...] quando uma ordenação de órgãos e de atos está estabelecida de tal maneira que conduzem a um objetivo previamente fixado, recebendo todos os elementos da série uma disposição e um papel funcional de acordo com a finalidade prevista” (tradução nossa).

⁸⁹Paulo Bonavides (In **Teoria do Estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 41) prefere designar por Estado Constitucional da separação de poderes àquela forma de organização estatal surgida a partir das Revoluções Americana e Francesa da segunda metade do século XVIII. Optamos por chamá-lo de Estado Constitucional Liberal para reforçar a ideia de que tal modelo estatal ficou marcado pelas ideias do constitucionalismo, mas sob o enfoque do liberalismo econômico.

⁹⁰GARCIA-PELAYO, 2000, p. 154.

⁹¹SCHMITT, 1996, p. 188.

⁹²GARCIA-PELAYO, 2000, p. 144.

⁹³Costuma-se diferenciar direitos fundamentais de direitos humanos, no sentido de que os primeiros seriam os direitos do homem numa dimensão constitucional positiva, ao passo que os segundos seriam os mesmos direitos do homem numa dimensão internacional e universalista (cf., por todos, CANOTILHO, 2003, p. 393). Por sua vez, diferenciam-se direitos fundamentais propriamente ditos de garantias fundamentais, no sentido de que os primeiros se referem aos direitos materiais fundamentais, ou seja, aqueles que por si só representam certos bens ou situações de vida, já os segundos seriam direitos procedimentais ou garantias, isto é, direitos cujo objetivo é garantir a fruição dos direitos anteriores (cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV, p. 95 et seq.). A primeira diferenciação é, de certa forma, criticável, já que muito ligada a um aspecto meramente formal, ou seja, a saber se o direito humano está ou não positivado na ordem jurídica, como se não fosse possível reconhecer a existência nesta ordem de um direito que, apesar de imanente à condição do ser humano, não está expressamente positivado, o que representa, quando levado ao seu extremo, certo resquício de um formalismo exacerbado. Já a segunda diferenciação, qual seja, entre direitos e garantias fundamentais é bastante aceitável, na medida em que permite uma melhor compreensão dos institutos e torna latente que a garantia não é um fim em si mesma, somente possuindo relevância quando garanta um direito fundamental.

restringi-los em uma medida mensurável em princípio e dentro de um procedimento regulado.⁹⁴

Entretanto, para conquistar o objetivo de por limites ao Estado, não bastava a existência dos três pilares acima relatados, sendo necessário também que se tivesse o domínio do Estado, o que levou à acolhida do princípio democrático, mesmo que limitado (sufrágio censitário, por exemplo).⁹⁵ Assim, a democracia se constitui no quarto e último pilar desse novo paradigma.⁹⁶

É certo que a democracia em tal período era limitada ao campo político apenas⁹⁷ e possuía um sentido restrito de domínio social por parte do estrato economicamente qualificado⁹⁸, mas não podemos excluí-la como um dos pilares desse novo modelo de organização do poder e da sociedade que se implementava.

Isto porque ela corresponde também a uma reação ao Estado Absolutista, na medida em que ela é fruto da ideia de nação em sentido moderno, decorrente da substituição da pluralidade estamental, que perdurou até o Antigo Regime, pela homogeneidade social.⁹⁹

Entretanto, os quatro pilares acima apresentados tinham seu significado e alcance moldados pela ideologia econômica que o modelo de Estado Constitucional Liberal seguia, qual seja, o Liberalismo econômico.¹⁰⁰⁻¹⁰¹

⁹⁴GARCIA-PELAYO, 2000, p. 169.

⁹⁵Ibid., p. 201.

⁹⁶ Segundo Thomas S. Kuhn (In **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006, p.43), um paradigma é “[...] um modelo ou padrão aceito”.

⁹⁷ Segundo Garcia-Pelayo (In 2000, p.169-170), o sistema democrático, do ponto de vista político, se caracteriza por: a) a vontade e atividade do Estado é formada e exercida pelos mesmos que estão submetidos a elas; b) o povo a quem se dirige o poder do Estado é ao mesmo tempo sujeito deste poder, sendo soberano.

⁹⁸ Nesse sentido, GARCIA-PELAYO, 2000, p. 201.

⁹⁹ Sobre a tese de que o nascimento da democracia está historicamente vinculado à ideia de nação em sentido moderno, ver GARCIA-PELAYO, 2000, p. 170.

¹⁰⁰ Segundo Canotilho (In 2003, p. 109), o liberalismo econômico é representado pela ideia de uma economia de mercado livre em que a intervenção estatal na economia deveria ser ínfima.

¹⁰¹ Segundo Bobbio (In **Teoria geral da política: a filosofia e as lições dos clássicos**. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 275-277), a doutrina política liberal certamente pode servir à doutrina liberal econômica burguesa, mas a sua característica principal é a de defender um poder limitado seja por quem for o seu titular, mesmo que seja a própria classe burguesa. Dessa forma não é o liberalismo político uma peculiaridade do chamado Estado Constitucional Liberal em relação às demais formas estatais que o aperfeiçoaram, como o Estado Constitucional Social do século XX, mas sim a visão liberal da economia que vigorou naquela forma estatal.

Assim, via-se nos pilares do Constitucionalismo uma forma de permitir as condições políticas favoráveis ao desenvolvimento do liberalismo econômico. É que através deles eram possíveis garantir a segurança jurídica, inexistente no Estado Absoluto, a ascensão da burguesia através da influência parlamentar, a defesa dos direitos fundamentais economicamente relevantes (propriedade, liberdade de profissão etc.) e, através do voto censitário, a ratificação sob a forma jurídica de um *status* conquistado economicamente.¹⁰²

Ocorre que a assunção da burguesia ao poder dos Estados Europeus e a instalação do Estado Constitucional Liberal não significou que tenham sido dadas reais condições de exercício da liberdade para toda a população. Isto porque

[...] no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe.¹⁰³

Assim, a liberdade e os direitos proclamados pela classe burguesa eram, no plano teórico, de todos os indivíduos, mas no plano prático somente aqueles que possuíam condições materiais de exercê-los, ou seja, os burgueses, eram quem auferiam vantagens com a intervenção estatal mínima.¹⁰⁴

Destarte, a sociedade liberal, abandonada a si própria, viu surgir em seu interior grandes desequilíbrios econômicos, provocando grave risco para uma harmonização equilibrada e justa dos interesses, sendo prova disso a miséria dos operários no início do capitalismo, o que gerou uma explosão de conflitos sociais e pôs em risco as próprias liberdades liberais declaradas constitucionalmente.¹⁰⁵

Além disso, a livre regência das leis do mercado fez com que surgissem cartéis, o que acabou inibindo a própria liberdade de concorrência tão pregada pelo

¹⁰²Nesse sentido, cf. CANOTILHO, 2003, p. 109-110; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. Saraiva, 2008, p. 46.

¹⁰³BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao Estado Social**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 42.

¹⁰⁴Ibid., p. 61.

¹⁰⁵Nesse sentido, cf. ZIPPELIUS, 1997, p. 463; SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROZO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, ano 11, n. 30, p. 33, fev. 1996.

liberalismo, e a crise mundial de 1929 demonstrou a incapacidade da economia para a autorregulação conjuntural.¹⁰⁶

Ademais, conforme anteriormente exposto, vigorava no Estado Constitucional Liberal da época o voto censitário, com o objetivo de que houvesse o domínio social por parte do estrato economicamente qualificado, o que limitava a igualdade de representação política e o princípio democrático e gerava uma crise de representação política da população economicamente desfavorecida.¹⁰⁷

Assim é que o individualismo e a neutralidade do Estado Constitucional Liberal não podiam satisfazer as exigências de liberdade e igualdade material exigidas pelos setores sociais e economicamente mais fracos.¹⁰⁸

Todas essas contradições e deficiências do sistema liberal econômico fizeram com que a ideia de um Estado que permitisse que a personalidade do indivíduo, a sociedade e a economia se desenvolvessem de acordo com as suas próprias leis fracassasse.¹⁰⁹

A mudança era iminente e os protestos vindos da classe operária a partir do século XIX (Revolução Industrial e as Comunas de Paris, por exemplo) somados à expansão mundial da teoria marxista e a sua implantação na Rússia a partir da

¹⁰⁶Nesse sentido, cf. ZIPPELIUS, 1997, p. 463.

¹⁰⁷No sentido de que o Estado Constitucional Liberal se desviava dos princípios democráticos, através das restrições de voto, ver MIRANDA, 1996a, p. 87-88.

¹⁰⁸Nesse sentido, ver PEREZ LUNO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de direito y constitucion**. 9 ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 229.

¹⁰⁹Nesse sentido, cf. ZIPPELIUS, 1997, p. 379.

Revolução de 1917¹¹⁰ fizeram com que a necessidade de alteração do sistema liberal econômico representasse a própria sobrevivência do capitalismo.¹¹¹

Para tanto, era necessária uma remodelação do próprio sistema constitucional dos Estados burgueses, passando-se de um constitucionalismo liberal para um constitucionalismo social, como forma de se garantir ao homem, também no plano econômico, social e cultural, um fundamento existencial-material humanamente digno.¹¹²

Dessa forma, surge, nas primeiras décadas do século XX, o Estado Constitucional Social¹¹³, procurando alcançar dois objetivos primordiais, quais sejam, a justiça social e o bem estar geral¹¹⁴, tudo isso com vistas a garantir a igualdade material.

Para tanto, eram necessárias certas regulações estatais e prestações positivas por parte do Estado para que fosse garantida a oportunidade eqüitativa para todos.¹¹⁵

¹¹⁰ Acerca da implementação da teoria marxista na Rússia e da própria História do Estado russo desde o período czarista, ver GARCIA-PELAYO, 2000, p. 573- 605. Referido autor também apresenta em tal estudo uma noção concisa, mas bastante clara do que seria a teoria marxista, afirmando que ela é baseada em duas premissas fundamentais: a divisão da sociedade em classes antagônicas e a interpretação dialética da História com enfoque na luta de classes. Dessa forma, tal teoria defende a ideia de que é necessário se chegar a uma sociedade sem classes e sem Estado, sendo que para isso é preciso transferir a propriedade privada ao Estado e tal fato só se dará por meio de uma revolução e estabelecimento da ditadura do proletariado, ou seja, um estado de guerra permanente perante a burguesia. Para o exercício de tal ditadura não servem as organizações do Estado burguês, mas sim de novas estruturas, os *soviets*. Portanto, a expansão dessa teoria aos Estados burgueses representaria o próprio fim da burguesia, motivo pelo qual mais valeria a esta classe reformular algumas de suas premissas fundamentais a ver o arruinamento por completo do modelo estatal por eles implementado a partir do século XVIII.

¹¹¹ Nesse sentido, cf. GOZZI, Gustavo. Estado contemporâneo. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p.403.

¹¹² Nesse sentido, ver CANOTILHO, 2003, p. 385.

¹¹³ Jorge Miranda (In 2003, p. 96-98) considera tal forma estatal como a segunda fase do Estado de Direito, tendo como marcos iniciais as Constituições Mexicana de 1917, alemã de 1919 e, posteriormente, se consolidando pelas Constituições italiana de 1947, alemã de 1949, venezuelana de 1961, portuguesa de 1976, espanhola de 1978 e brasileira de 1988. Nesse sentido, é possível afirmar, com base também em BOBBIO (in 2000b, p. 505) que a questão dos direitos sociais e, conseqüentemente, o modelo de Estado Constitucional Social se dissemina para o mundo depois da Segunda Guerra Mundial, mas seus primórdios remontam às décadas iniciais do século XX. Cumpre registrar, ainda, que se preferiu utilizar a expressão “Estado Constitucional Social” ao invés de outras como, por exemplo, “Estado Constitucional dos direitos fundamentais” (BONAVIDES, 1996, p. 46), pois acredita-se que aquela expressão traduza melhor as características essenciais desse modelo estatal, quais sejam: Estado baseado no constitucionalismo, mas moldado na ênfase à proteção e realização dos direitos sociais.

¹¹⁴ Nesse sentido, cf. ZIPPELIUS, 1997, p. 471; Acerca da retomada do Estado da sua função de gestão direta da ordem social e econômica ocorrida no Estado Constitucional Social, cf. MIRANDA, 2003, p. 91-94.

¹¹⁵ Cf. ZIPPELIUS, 1997, p. 381-395 passim.

Tal necessidade era ainda mais relevante pelo fato dos direitos sociais, econômicos e culturais¹¹⁶ serem de estrutura diferente dos direitos liberais, já que

[...] eles não se deixam realizar já por eles serem organizados, respeitados e protegidos, senão pedem ações estatais para a realização do programa social contido neles, que requerem regularmente um tornar-se ativo não só do legislador, mas também da administração.¹¹⁷

Além disso, também deveria ser realizada uma maior abertura de participação política à população, passando-se do voto censitário para o sufrágio universal, o que representou uma completa alteração na própria ideia de igualdade.¹¹⁸

Dessa forma, percebe-se que o Estado Constitucional Social possui como principais características: a) afirmação da continuidade entre os princípios sociais e democráticos e o Estado de Direito; b) superação fática entre separação de Estado e sociedade, o que gera a responsabilidade daquele de realização material da igualdade na ordem econômico-social; c) superação da ideia dos direitos fundamentais como meros limites da atuação estatal, para serem vistos também como instrumentos jurídicos de controle de atividade positiva; d) não renúncia às garantias jurídico-formais do Estado de Direito.¹¹⁹

Assim, as Constituições surgidas em tal modelo de Estado assumem, a par do papel de instância meramente limitativa do poder, uma feição de “[...] amplo programa de

¹¹⁶Bobbio (In 2000b, p. 501) apresenta definição interessante de direito social, que pode ser estendida também aos econômicos e culturais, ao afirmar que ele é “[...] o conjunto das pretensões ou exigências das quais derivam expectativas legítimas que os cidadãos têm, não como indivíduos isolados, uns independentes dos outros, mas como indivíduos sociais que vivem, e não podem deixar de viver, em sociedade com outros indivíduos”.

¹¹⁷HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 170.

¹¹⁸Nesse sentido, Bobbio (In 2000b, p. 486-492) defende que a igualdade, assim como a liberdade passaram por processos de alterações na transição do Estado Liberal para o Estado Social. De seu lado, a liberdade, entendida como não-impedimento, ou liberdade negativa, passa a ser vista como autonomia, ou seja, dar leis a si próprios, e no seu aspecto positivo, ou seja, a “[...] capacidade jurídica e material de tornar concretas as abstratas possibilidades garantidas pelas constituições liberais”. Já a igualdade se transforma de uma igualdade jurídica, situação na qual todos tem capacidade jurídica, ou seja, são sujeitos juridicamente reconhecidos pela ordem, o que implica uma abstrata capacidade de agir, para uma igualdade política, sufrágio universal, e uma igualdade social, igualdade de oportunidades e ocasiões.

¹¹⁹Nesse sentido, ver PEREZ LUNO, 2005, p. 232-235.

reformas econômicas e sociais a serem compulsoriamente concretizadas pelas legislaturas e pelos governos (Constituição-programa ou Constituição dirigente)".¹²⁰

Para atender à necessidade de intervenção estatal por meio de prestações positivas para a população, era preciso um órgão estatal que apresentasse decisões rápidas às necessidades da população.¹²¹

Ocorre que tal órgão não poderia ser o Legislativo, tendo em vista o natural tempo que demanda um processo decisório por parte de tal Poder, motivo pelo qual as esperanças foram depositadas no Poder Executivo.¹²²

Entretanto, apesar de avanços significativos na seara social, a incapacidade financeira do Estado em atender as despesas crescentes da providência estatal, as alterações nos sistemas produtivos e na regulação do trabalho decorrentes das revoluções tecnológicas, o avanço do neoliberalismo e a globalização da economia contribuíram para frustrar as expectativas de promoção do bem estar de todos.¹²³

Assim é que o Estado Constitucional Social passa a enfrentar sua crise a partir do último quartel do século XX.¹²⁴ Dessa forma, percebeu-se que era ilusório depositar no Estado e, mais especificadamente, apenas em um órgão estatal, qual seja, o Executivo, a tarefa de resolver todas as mazelas da sociedade.

Destarte, a desconcentração dos pólos de decisões, passando do Executivo para outros órgãos, tanto públicos como privados, o que aumentaria os meios de participação da sociedade, talvez fosse a resposta às deficiências do Estado Constitucional Social.

Assim, a grande mudança não está mais em se passar de uma democracia representativa para uma democracia direta nos moldes clássicos de Rousseau, mas sim na passagem de uma democracia estatal para uma democracia social, ou seja,

¹²⁰BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2 ed. rev. e atual. Renovar: Rio de Janeiro, 2004, p. 6.

¹²¹Sobre a primazia do Poder Executivo no Estado Social de Direito e o conseqüente colapso da teoria clássica da separação de poderes, ver SANTOS; MARQUES; PEDROZO, 1996, p. 34.

¹²²No sentido do fortalecimento do Poder Executivo em detrimento do Parlamento ocorrido no Estado Social, cf. MIRANDA, 2003, p. 91.

¹²³Cf. SANTOS; MARQUES; PEDROZO, 1996, p. 37; MIRANDA, 2003, p. 98-100.

¹²⁴Nesse sentido, ver SANTOS; MARQUES; PEDROZO, 1996, p. 37; BINENBOJM, 2004, p. 6.

supera-se o exercício da democracia apenas no âmbito político representativo do Estado para se alcançar tal exercício em um espaço maior de participação.¹²⁵

Nesse sentido, passa-se de um Estado Constitucional Social para um Estado Constitucional Democrático e Pluralista¹²⁶⁻¹²⁷, onde são consolidadas conquistas liberais, sociais, da solidariedade e da comunidade (direitos difusos e coletivos), mas se vai além, reconhecendo como fundamental o direito à participação do cidadão, garantindo, assim, a participação dos destinatários do ato final de decisão nos atos necessários à formação desta.¹²⁸

Destarte, “[...] a racionalidade democrática exige, como elemento fundamental, o aumento dos meios de participação dos cidadãos na formação da decisão política”.¹²⁹

Nesse diapasão, o Estado Constitucional-Democrático e Pluralista está arraigado por novos valores fundamentais, quais sejam: a convivência social, a sociedade livre justa e solidária, a participação nas decisões, o pluralismo, entendido como pluralidade de idéias, culturas e etnias, e, principalmente, a dignidade do ser humano.¹³⁰

Nesse sentido, o processo lato senso, entendido como seqüência ordenada de atos marcada pela participação e visando o cumprimento de um ato final¹³¹, representa um pólo expressivo para o alargamento da participação democrática, na medida em

¹²⁵BOBBIO, Norberto. Democracia representativa e democracia direta. In: **O futuro da democracia** uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1997, p. 54-55.

¹²⁶Adota-se tal nomenclatura para esse novo paradigma estatal ao invés de Estado de Direito Democrático, pois ela reforça a ideia de que nesse novo modelo de Estado não basta apenas que prevaleça a noção de poder que emana do povo (democracia), mas também que o poder seja distribuído, que haja direito efetivo à participação na formação da decisão e que existam várias instâncias especializadas de poder (pluralismo). Para maiores esclarecimentos acerca da diferença de democracia e pluralismo e a necessidade da existência de ambos no modelo estatal contemporâneo, ver ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: Modelo constitucional do processo civil brasileiro**. São Paulo: Ed. Lumen Juris, 2007, p. 133-137; BOBBIO, 2000b, p. 58 et seq.

¹²⁷Cumprir registrar que já com o neoliberalismo se procurou superar as fraquezas do Estado Constitucional Social, porém ele acaba também fracassando, já que apresentava, sob nova roupagem, as mesmas mazelas do Estado Constitucional Liberal. De qualquer forma vale o registro de que, antes de se passar para um Estado Constitucional Democrático e Pluralista, ainda se tentou retornar, com alguma variante, ao Estado Constitucional Liberal.

¹²⁸ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 114-115.

¹²⁹Ibid., p. 67.

¹³⁰Ibid., p. 9.

¹³¹Nesse sentido, ver FAZZALARI, 1966, p. 1067.

que, pelas próprias características do discurso processual, permite a participação dos destinatários da decisão judicial nos atos necessários à formação desta.¹³²

Conseqüência disso, por exemplo, é que os processos que tratam da Jurisdição Constitucional passam a ter importância dupla, na medida em que, além de garantirem a supremacia constitucional, é através deles que se preservam os direitos fundamentais e a sobrevivência das minorias políticas face às majorias, agindo como verdadeiro mediador entre a soberania popular e os princípios consagrados na Constituição.¹³³

Por meio de toda essa análise histórica, é possível perceber que o Constitucionalismo e, conseqüentemente, os seus quatro pilares sofreram algumas remodelações de acordo com o contexto histórico em que eles se encontravam, até mesmo como forma de se adaptarem às necessidades do Estado e da sociedade que se apresentavam.

De qualquer forma, apesar dessas mutações, o fato é que os quatro pilares do Constitucionalismo formam a partir do século XVIII a base de um modelo que passa a ser entendido como não só o melhor, mas também o único possível para uma comunidade política organizada, civilizada, em que, a partir de uma teoria contratual, o poder existe e se organiza em função do homem. Desta feita, a partir de então, as comunidades políticas que não adotassem tal modelo não eram vistas como legítimas.

Nesse diapasão, o Constitucionalismo funciona como uma visão, um paradigma e uma prática socialmente aceita, cumprindo registrar que o fato de ser um paradigma não significa que já esteja implementado em todos os países que o adotem, mas implica em reconhecê-lo como uma meta a ser alcançada.

¹³²ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 165.

¹³³BINENBOJM, 2004, p. 9-10.

2.3 O CONSTITUCIONALISMO COMO PARADIGMA NORMATIVO E “REGRA DE RECONHECIMENTO” DO SISTEMA JURÍDICO

Ao ser convencionado como modelo, paradigma, o Constitucionalismo virou a “regra de reconhecimento” do sistema jurídico. O que significa tal afirmação é questão que demanda antes a análise do que é um sistema jurídico e o estudo do que seja uma regra de reconhecimento e de seu papel dentro do sistema jurídico.

Por volta de 1600 começam a ser apresentadas, inicialmente pela prática científica, deficiências à teoria da ciência de Aristóteles, o que acaba conduzindo, posteriormente, a uma nova fundamentação das ciências baseada em uma nova concepção de sistema¹³⁴, que rechaça os postulados aristotélicos da Evidência e da Realidade.¹³⁵

Essa nova concepção de sistema se funda na ideia de conseqüência dedutiva, que por sua vez depende das regras de inferência adotadas, na medida em que são estas que determinam quais enunciados são conseqüências de um outro enunciado dado ou de um conjunto de enunciados¹³⁶, entendendo-se enunciado aqui como sendo certa expressão lingüística¹³⁷.

Assim, um sistema dedutivo é todo conjunto de enunciados que contém todas as suas conseqüências, sendo que, se for possível extrair de tal conjunto um subconjunto finito de enunciados tal que todos os demais enunciados são derivados

¹³⁴A concepção anterior de sistema era a fornecida por Aristóteles, para quem um sistema é, basicamente, um conjunto de enunciados, mesmo que infinitos, que podem ser deduzidos logicamente de um conjunto finito de enunciados, chamados de axiomas ou base axiomática do sistema. Nesse sentido, ver BULYGIN, Eugênio; MENDONCA, Daniel. **Normas y sistemas normativos**. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 41.

¹³⁵Nesse sentido e para uma visão mais aprofundada acerca da teoria da ciência de Aristóteles e de sua crise, ver ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. 4 reimp. Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 82-89. Em sentido análogo e para uma visão acerca da lógica aristotélica, que decorria da sua teoria da ciência, e de sua substituição pela lógica simbólica, ver BULYGIN; MENDONCA, 2005, p. 41-42.

¹³⁶ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2002, p. 85-86.

¹³⁷Tárek Moysés Moussallem (In **Fontes do Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 59) afirma que um enunciado é o conjunto de fonemas ou grafemas que, obedecendo a regras gramaticais de determinado idioma, consubstancia a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário, no contexto da comunicação.

como conseqüências daquele subconjunto, estaremos diante de um sistema dedutivo do tipo axiomático.¹³⁸

Carlos Alchourrón e Eugênio Bulygin¹³⁹ procuraram transpor essa nova concepção de sistema ao Direito, como uma forma de reação ao movimento do realismo jurídico que, apesar de ter prestado o relevante serviço de apontar as deficiências trazidas pelos excessos de formalismo dos dogmáticos, também ficaram presos ao velho ideal de ciência e, mais grave ainda, rechaçaram a ideia de uma sistematização do Direito, esquecendo-se que esta é uma das tarefas fundamentais de toda ciência.¹⁴⁰

Assim, Alchourrón e Bulygin demonstraram que o sistema jurídico é um tipo específico de sistema normativo e que este, por sua vez, é um tipo de sistema dedutivo que possui conseqüências normativas, o que leva à necessidade de que na base do sistema exista ao menos um enunciado normativo.¹⁴¹

Possuir conseqüências normativas significa que do conjunto formado pelo sistema normativo e um enunciado descritivo de um caso se deduz o enunciado de uma solução.¹⁴² Assim, sistema normativo é aquele que possui entre as suas conseqüências ao menos uma que seja normativa.¹⁴³

A vantagem desta definição de sistema normativo é que, ao caracterizá-lo pelas suas conseqüências, nada diz a respeito dos enunciados que o compõem, o que evita a conclusão falaciosa que se chega, quando se parte da ideia de sistema normativo como conjuntos de normas, de que todos os enunciados que compõem o sistema normativo são normas.¹⁴⁴⁻¹⁴⁵

¹³⁸TARSKI apud ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2002, p. 88. No mesmo sentido, ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. **Sobre la existencia de las normas jurídicas**. México: Distribuciones Fontamara, 1997, p. 61.

¹³⁹Sobretudo com a obra *Normative Systems* publicada em 1971 e com tradução para o espanhol em 1975 com o nome "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales".

¹⁴⁰ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2002, p. 91-92.

¹⁴¹Ibid., p. 103.

¹⁴²Ibid., p. 93.

¹⁴³Ibid., p. 93. Também nesse sentido, ver BULYGIN; MENDONÇA, 2005, p. 43.

¹⁴⁴ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2002, p. 97.

¹⁴⁵Hans Kelsen (In **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 86-180 passim) tentou fugir desta conclusão afirmando que nem todos os enunciados que formam o sistema normativo são normas autônomas, mas sim são como fragmentos de normas que devem ser integrados com outros enunciados para formar uma norma completa. Entretanto, Alchourrón e Bulygin (In 2002, p. 97-98) criticam tal argumentação, sustentando que existe uma dificuldade grande de especificar as condições de identidade de uma norma. Ou seja,

Além disso, tal definição deixa aberta a questão de saber quais e quantos são os enunciados que constituem a base do sistema e também não faz prejudgamento acerca do *status* ontológico das normas, se seriam enunciados ou não, apenas que se expressam através desses.¹⁴⁶

Nesse diapasão, agregando-se a sanção a tal definição de sistema normativo, na medida em que aquela é reconhecidamente a característica definitiva de Direito, os referidos juristas argentinos conceituam o sistema jurídico como “[...] o sistema normativo que contém enunciados prescritivos de sanções, ou seja, entre cujas conseqüências existem normas ou soluções cujo conteúdo é um ato coativo”.¹⁴⁷ De sua vez, portanto, a norma jurídica é toda norma¹⁴⁸ que faz parte de um sistema jurídico, mesmo que aquela não contenha uma sanção.¹⁴⁹

Porém, tal definição de sistema jurídico corresponde a um sistema estático, no sentido de que qualquer mudança nas bases axiomáticas do sistema leva a outro sistema distinto do anterior.¹⁵⁰ Ocorre que um dos temas mais importantes que um jurista tem que tratar é justamente o fenômeno das mudanças (promulgação, derrogação e modificação das normas com o transcurso do tempo), motivo pelo qual se faz necessário elaborar um conceito de sistema dinâmico.¹⁵¹

Assim, Alchourrón e Bulygin, posteriormente¹⁵², apresentam a definição de sistema dinâmico como aquele que está sujeito a mudanças no tempo e defendem que o

diante de um enunciado qualquer resulta muito difícil determinar se ele é uma norma completa ou não. Nesse sentido, o próprio Kelsen reconheceu, mesmo que tacitamente, a falha da teoria da norma incompleta ao substituí-la na última versão da “Teoria Pura do Direito” pela teoria da norma não autônoma, que consiste em admitir a existência de normas jurídicas sem sanção, mas que seriam jurídicas por estarem relacionadas em conexão essencial com normas sancionadoras. Neste último sentido, cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 60-65.

¹⁴⁶ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2002, p. 98-99.

¹⁴⁷Ibid., p. 106, tradução nossa. No mesmo sentido, Bulygin e Mendonca (In 2005, p. 43) afirmam que um sistema jurídico é um conjunto de enunciados jurídicos (que constituem a base axiomática do sistema) que contém todas as suas conseqüências lógicas.

¹⁴⁸Para Alchourrón e Bulygin (In 2002, p. 37), uma norma é um enunciado (expressão lingüística) que correlaciona casos com soluções.

¹⁴⁹ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2002, p. 106.

¹⁵⁰BULYGIN; MENDONCA, 2005, p. 44.

¹⁵¹Ibid., p. 44.

¹⁵²Inicialmente com o trabalho “Sobre el concepto de orden jurídico” de 1976 e depois com a obra “Sobre la existencia de las normas jurídicas”, primeiramente publicada em 1979 pela Universidad de Carabobo e depois em 1997 pela Distribuciones Fontamara.

sistema jurídico é deste tipo, na medida em que seu conteúdo é distinto em cada momento temporal.¹⁵³

Dessa forma, um sistema dinâmico de normas não é apenas um conjunto de normas, mas uma seqüência de conjuntos de normas que varia em cada momento temporal, ou seja, em cada momento em que se incorpora, elimina ou tanto se incorpora como elimina uma norma ao sistema.¹⁵⁴

Nesse sentido, o que permite falar que se trata do mesmo sistema, ou seja, o que dá identidade ao sistema são os critérios de identificação das normas que pertencem ao sistema em todos esses momentos. Quando mudam tais critérios estamos diante de outro sistema.¹⁵⁵

Esta constatação levou Alchourrón e Bulygin a diferenciar sistema jurídico como um conjunto de normas e ordem jurídica como seqüência de sistemas jurídicos.¹⁵⁶

Partindo dessa diferenciação, Ricardo Caracciolo¹⁵⁷ apresenta dois problemas: o problema da identidade e o problema da estrutura. O primeiro se refere à questão de saber como identificar uma seqüência de sistemas como pertencentes à mesma ordem jurídica e quando ocorre a interrupção dessa seqüência e surge uma nova ordem. Já o segundo consiste em determinar o conteúdo de um sistema jurídico global correspondente a um determinado intervalo temporal.¹⁵⁸

De certa forma, ambos os problemas podem ser resumidos na questão de saber quais são os critérios de pertença, respectivamente, de um sistema a uma ordem e de uma norma a um sistema.

¹⁵³ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1997, p. 61.

¹⁵⁴Ibid., p. 62.

¹⁵⁵Id., 2002, p. 62-63.

¹⁵⁶Inicialmente com o trabalho “Sobre el concepto de orden jurídico” de 1976. No mesmo sentido, ver BULYGIN; MENDONÇA, 2005, p. 45; MENDONÇA, Daniel, **Exploraciones Normativas**. Hacia una teoría general de las normas. 2 ed. México: Distribuciones Fontamara, 2001, p. 50; CARACCILO, Ricardo. **La Noción de Sistema em la Teoría del Derecho**. 2 ed. México: Distribuciones Fontamara, 1999, p. 48.

¹⁵⁷Inicialmente com a obra “El sistema jurídico. Problemas Actuales” de 1988.

¹⁵⁸CARACCILO, 1999, p. 47-50; BULYGIN; MENDONÇA, 2005, p. 46-47. Para uma crítica a tais critérios, no sentido de que eles apenas são capazes de identificar uma ordem jurídica como um estado de coisas ideal, ver MORESO, Juan José; NAVARRO, Pablo E. Algunas Observaciones sobre las Nociones de Orden Jurídico y Sistema Jurídico. In: MORESO, Juan José. **Normas Jurídicas y estructura del Derecho**. México: Distribuciones Fontamara, 1997, p. 13-34.

Dessa feita, Caracciolo apresenta dois critérios básicos de pertença: a) critério de legalidade, ou seja, uma norma pertence ao sistema se foi promulgada pela autoridade competente do sistema, ou seja, quando existe outra norma, que pertence ao sistema em questão, que lhe outorgue competência para tanto; b) critério de dedutibilidade, ou seja, uma norma pertence ao sistema quando é consequência lógica das normas pertencentes ao sistema.¹⁵⁹

Das diversas formas de combinação desses critérios decorrem para Caracciolo quatro modelos analíticos de pertença.¹⁶⁰ a) baseado no critério da legalidade; b) baseado no critério da dedutibilidade; c) baseado na conjunção de ambos os critérios; d) baseado na disjunção de ambos os critérios.¹⁶¹

Ocorre que estes critérios são insuficientes para dar conta da questão da pertença de todas as normas do sistema, posto que pressupõem que este já tenha normas cuja pertença não depende de nenhum daqueles dois critérios, que são as chamadas “normas independentes”.¹⁶²

Tais normas formam a base da ordem jurídica, o que leva à conclusão de que toda ordem jurídica deve se iniciar por um sistema originário formado de normas independentes.¹⁶³ Essas normas, portanto, não se originariam de nenhuma outra, sendo simplesmente escolhidas, aceitas, adotadas como a base da ordem jurídica.¹⁶⁴

Além disso, por formarem a base da ordem jurídica ou, o que quer dizer o mesmo, a primeira Constituição desta, tal conjunto de normas, juntamente com suas consequências lógicas, forma um sistema normativo que é o primeiro de uma série temporal de sistemas normativos.¹⁶⁵

¹⁵⁹CARACCILO, 1999, p. 51-52; BULYGIN; MENDONÇA, 2005, p. 47.

¹⁶⁰Para Caracciolo (In 1999, p. 52), “[...] um modelo de pertença é um critério ou conjunto de critérios que podem determinar a estrutura de uma classe de sistemas, a saber, aqueles que se constituem de acordo com os critérios que definem o modelo em questão” (tradução nossa).

¹⁶¹CARACCILO, 1999, p. 52-53; BULYGIN; MENDONÇA, 2005, p. 47.

¹⁶²BULYGIN; MENDONÇA, 2005, p. 48; CARACCILO, 1999, p. 51.

¹⁶³BULYGIN; MENDONÇA, 2005, p. 48.

¹⁶⁴Nesse sentido, Bulygin e Mendonça (In 2005, p. 48, tradução nossa) afirmam que: “Para poder falar de uma ordem jurídica tem que se partir de uma primeira constituição, isto é, de um conjunto de normas que se decide adotar como base da ordem”.

¹⁶⁵Ibid., p. 48-49.

Entretanto, para que realmente exista tal série temporal, mister se faz que a primeira Constituição contenha ao menos uma norma de competência autorizando uma autoridade a promulgar novas normas ou derrogar as existentes. Dessa forma, a cada momento que tal autoridade promulgar ou derrogar normas surgirá um novo sistema da série.¹⁶⁶

A partir dessas constatações acima referidas, Bulygin¹⁶⁷ apresenta a tese da regra de identificação de uma ordem jurídica, ou seja, aquela regra que, no mesmo sentido da regra de reconhecimento *hartiana* que será melhor analisada abaixo, especifica alguma característica ou conjunto de característica cuja posse por uma norma a torna pertencente a um grupo de normas.

Tal regra de identificação seria formada da seguinte forma:¹⁶⁸

1. O conjunto de normas independentes $\{Ni_1, Ni_2, Ni_3, \dots, Ni_n\}$ é o sistema originário da ordem jurídica Oj;
2. Se uma norma de competência N_c , válida no sistema $S_1(t)$, que pertence à ordem Oj, autoriza a autoridade A a promulgar a norma N e A o faz no tempo t, então N é válida no sistema $S_2(t+1)$ de Oj (correspondente ao momento seguinte a t);
3. Se uma norma de competência N_c , válida no sistema $S_1(t)$, que pertence à ordem Oj, autoriza a autoridade A a derrogar a norma N, que é válida em $S_1(t)$, e A derroga N no tempo t, então N não é válida no sistema $S_2(t+1)$ de Oj (correspondente ao momento seguinte a t);
4. As normas válidas no sistema $S_1(t)$, que pertencem à ordem Oj, que não foram derrogadas no tempo t, são válidas no sistema $S_2(t+1)$ de Oj (correspondente ao momento seguinte a t);
5. Todas as conseqüências lógicas das normas válidas do sistema $S_1(t)$, que pertencem à ordem Oj, também são válidas em $S_1(t)$.

¹⁶⁶BULYGIN; MENDONCA, 2005, p. 48-49.

¹⁶⁷Cf. *Ibid.*, p. 49 et seq. Também no mesmo sentido, mas adotando a nomenclatura de critérios de identificação, formados pelas regras de admissão e de rechaço, os quais, somados com a enumeração das normas soberanas formam a regra de identificação, ver ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1997, p. 67 et seq; ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2002, p. 118 et seq.

¹⁶⁸BULYGIN; MENDONCA, 2005, p. 50.

Com base, então, nessa regra de identificação, Bulygin e Mendonça¹⁶⁹ propõem que os critérios de pertença de uma norma a um sistema são três, ao invés dos dois apresentados por Caracciolo, quais sejam: a) critério de pertença direta das normas independentes; b) critério da legalidade; c) critério da dedutibilidade.

Entretanto, acredita-se que a regra de identificação serve tão somente para resolver problemas acerca da entrada e saída de normas de um sistema e, portanto, se situa somente no campo intrassistemático apenas, servindo apenas para identificar parcialmente o sistema jurídico.

Isto porque, para o operador do Direito identificar corretamente quais são as normas independentes e, portanto, o sistema originário, é necessário algum critério para identificar tais normas, não sendo suficiente a afirmação de que elas simplesmente são conhecidas ou pressupostas.

Ocorre que uma ideia puramente axiomático-dedutiva e intrassistemática do Direito não é capaz de fornecer tal critério de identificação, posto que as normas independentes, conforme anteriormente dito, não se originam de nenhuma outra, sendo simplesmente aceitas e é certo que tal aceitação deve ser compartilhada, sob pena de sua ineficácia. Daí é que se deve ir além para se alcançar uma visão axiológica-teleológica do sistema jurídico, no sentido de busca e cumprimento de um fim valorado.¹⁷⁰

Compromissado com tal dever, a tese levantada no presente capítulo é justamente que o fim buscado pelo Direito a partir do século XVIII nos países ocidentais, de forma geral, é justamente garantir o império do Constitucionalismo, visto como a melhor forma de organização do Estado e da sociedade.

Assim é que, utilizando-se em certa medida a ideia de regra de reconhecimento de Hebert L. A. Hart¹⁷¹, pode-se seguramente afirmar que o Constitucionalismo é a “regra de reconhecimento” do sistema jurídico num Estado Constitucional.

¹⁶⁹In 2005, p. 51.

¹⁷⁰Acerca da finalidade como elemento integrante da própria definição de sistema, juntamente com a estrutura e o fluxo, cf. RUSSO, Eduardo Angel. **Teoría General del Derecho**: en la modernidad y en la posmodernidad. 2. ed. atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 290 et seq.

¹⁷¹A ideia da existência de uma regra de reconhecimento foi elaborada por Hebert L. A. Hart, em sua obra clássica “The concept of Law”, de 1961, com tradução para o português com o título de “O

É que o Constitucionalismo passou a ser, a partir do século XVIII, um modelo entendido como não só o melhor, mas também o único possível para uma comunidade política organizada, civilizada, em que, a partir de uma teoria contratual, o poder existe e se organiza em função do homem.

Desta feita, a partir de então, as comunidades políticas deveriam adotar tal modelo, sob pena de não serem vistas como legítimas. E esse dever mostra que o Constitucionalismo passa a ser não apenas um paradigma político, mas também normativo de organização.

Portanto, em sentido análogo à regra de reconhecimento *hartiana*, o Constitucionalismo é uma prática complexa, mas normalmente concordante, das autoridades e dos particulares que fornece o critério último para identificar as normas supremas do sistema jurídico e o fim valorado a ser por este perseguido. E, conforme será melhor analisado no próximo item, o Constitucionalismo aponta a identificação das normas supremas do sistema nas normas da Constituição.

conceito de Direito". Basicamente, Hart (In 2007, p. 101-109) entende que o Direito é formado por: a) regras primárias de obrigação, que são aquelas que requerem dos indivíduos o cumprimento de determinados comportamentos, sendo que um conjunto de tais normas não constitui um sistema, porque se carece de um critério de pertença, posto que o único que se tem em comum é o fato de se referirem à conduta de um grupo determinado; b) regras secundárias de: b.1) mudança, que estipulam os procedimentos de modificação do direito; b.2) de adjudicação, que conferem competência a certos indivíduos qualificados; b.3) de reconhecimento que estipula os requisitos a cumprir por qualquer norma para que possa ser considerada norma do grupo. Especificamente sobre a regra de reconhecimento, que é a que interessa no momento, Hart (In 2007, p. 111) afirma que o fundamento de um sistema jurídico repousa na concepção de uma regra última de reconhecimento. Tal regra é marcada por duas características essenciais: a) é a regra última, no sentido de que faculta critérios para a apreciação de validade de outras regras, mas não há regra que faculte critérios para a apreciação da sua própria validade jurídica; b) apresenta diversos critérios através dos quais a validade das outras regras do sistema é avaliada, sendo que um deles é supremo, ou seja, é aquele em que as regras identificadas por referência a ele são ainda reconhecidas como regras do sistema, mesmo que elas estejam em conflito com regras identificadas por referência aos outros critérios, ao passo que as regras identificadas por referência a estes últimos não são reconhecidas como tal, se estiverem em conflito com regras identificadas por referência ao critério supremo (cf. HART, 2007, p. 117-119). A tese da regra de reconhecimento *hartiana* é utilizada neste trabalho apenas em certa medida, porque o que se acolhe é a essência da ideia, mas não algumas peculiaridades da visão de Hart. Melhor explicando, aceita-se a ideia de que a identificação de um sistema jurídico demanda, em última análise, a existência da regra de reconhecimento, enquanto prática socialmente aceita, mas não se acolhe, por exemplo, a tese *hartiana* de que ela é uma genuína norma que prescreve aos juizes o dever de aplicar as normas jurídicas identificadas por essa regra, já que esta última tese leva à circularidade, na medida em que quem identifica os juizes é ela própria. No sentido desta última crítica, ver BULYGIN; MENDONÇA, 2005, p. 55; CARACCILO, 1999, p. 75.

2.4 A CONSTITUIÇÃO COMO ELEMENTO NORMATIVO CENTRAL DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Conseqüência lógica do surgimento do paradigma do Constitucionalismo foi a necessidade de se regular essa nova forma de organização do poder, do Estado e da sociedade através de um documento que, fundando e constituindo a ordem jurídica, recebe o nome de Constituição.¹⁷²

Cumprir registrar, entretanto, que, como visto acima, o Constitucionalismo é um paradigma não só político, mas também normativo, o que o transforma em “regra de reconhecimento” do sistema jurídico. Dessa forma, ele exige que a Constituição não seja compreendida apenas como um documento político, mas sim como norma jurídica, com força normativa superior, de caráter vinculante e de aplicação e invocação direta.¹⁷³

¹⁷²Vale, desde já, frisar que a plurissignificatividade do termo “Constituição” não é questão desconhecida neste trabalho. Porém, peça-se licença para apenas trabalhar com o conceito normativo de Constituição, que é aquele que maior interesse possui ao objeto central deste estudo. Assim, compreende-se aqui Constituição como “[...] o conjunto de normas jurídicas positivas (regras e princípios) geralmente plasmadas num documento escrito e que apresentam relativamente às outras normas do ordenamento jurídico caráter fundacional e primazia normativa” (CANOTILHO, 2003, p. 1147), ou, em sentido análogo, como “[...] o documento normativo mais importante de força jurídica suprema e de caráter vinculante para todos, lei fundamental do ordenamento jurídico que institui as bases políticas, econômicas, sociais e jurídicas de toda a sociedade e que se constitui como a fonte primária e legitimadora de toda criação e aplicação jurídica” (MARINO CASTELLANOS, Angel Rafael. La constituição como norma jurídica. Causas y efectos de la fuerza normativa superior de la constituição. **Revista Direito e Sociedade**, Três Lagoas, ano 1, p. 55-56, ago./dez. 2000). De qualquer forma, necessário ao menos indicar algumas referências acerca do tema. Assim, para uma leitura sobre as diversas conceituações de Constituição, ver GARCIA-PELAYO, 2000, pp. 33-53 e. 79-98; BULOS, 2009, p. 31-41; MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 4-13. Sobre a Constituição como a soma dos fatores reais de poder, ou seja, em seu sentido sociológico, ver LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985. Sobre a Constituição como a decisão política fundamental de dada comunidade, ver SCHMITT, 1996, p. 63-64. Sobre a Constituição como o escalão mais elevado do direito positivo nacional, na medida em que é ela quem regula a produção das outras normas jurídicas estatais, ver KELSEN, 1998b, p. 246-249.

¹⁷³Neste momento, vale registrar as lições de Manuel Atienza e J. Ruiz Manero (In La regla de reconocimiento. In LAPORTA, Francisco J. **Constitución: problemas filosóficos**. Madrid: Ministério de la presidencia. Secretaría general técnica. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2003 p. 115), no sentido de que o fundamento da obrigatoriedade de observância da Constituição não está nela mesma, mas sim na aceitação de uma norma fora do sistema jurídico, no sentido de não prescrita por autoridade alguma do sistema, que ordena reconhecer a Constituição como a fonte suprema de tal sistema e não como mero documento político. Certamente que o fundamento da obrigatoriedade de observância da Constituição não está nela mesma, sendo aí onde se encontra o grande mérito do pensamento de tais juristas. Entretanto, defende-se aqui que a aceitação da

É que ela expressa a vontade (de modo normativo) de um Poder Constituinte superior aos demais em organizar o Estado com base em pilares fundamentais, em um paradigma, no caso, o Constitucionalismo.¹⁷⁴

Assim, com base em Canotilho¹⁷⁵, pode-se afirmar que a autoprímazia da Constituição decorre do fato dela ser formada por normas democraticamente feitas e aceitas (legitimidade processual democrática), ou seja, é expressão de um Poder Constituinte Superior, e normas informadas por estruturas básicas de justiça (legitimidade material), que, no caso, são identificadas nos pilares do Constitucionalismo.

Dessa forma, para que a vontade do Poder Constituinte originário seja obedecida e, conseqüentemente, para que seja implementado o paradigma do Constitucionalismo, é necessário que todas as normas do sistema estejam em harmonia com as normas constitucionais.

Assim, o Constitucionalismo indica que é na Constituição onde estão localizadas as normas independentes do sistema jurídico, o que a transforma em norma suprema¹⁷⁶⁻¹⁷⁷ e, conseqüentemente, fundamento de validade das demais normas.¹⁷⁸

Constituição como norma suprema do ordenamento não tem seu fundamento último em uma outra norma, mas sim numa prática complexa socialmente aceita, no caso, o Constitucionalismo.

¹⁷⁴Dessa forma, a Constituição passa a cumprir a função de legitimação, antes reservada ao Direito Natural e à História. Nesse sentido, ver TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. **Constitución**: Escritos de introducción histórica. Madrid: Marcial Pons, 1996 p. 39. Além disso, cumpre frisar, com base em Garcia de Enterría (In **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 4 ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 53), que, fora do conteúdo do Constitucionalismo, a Constituição pode a se chamar como tal, mas o será apenas num sentido nominalista.

¹⁷⁵In 2003, p. 1148.

¹⁷⁶Em sentido análogo, Eduardo García de Enterría (In 2006, p. 55-56) afirma que a Constituição é a norma fundamental primeiro porque define o sistema de fontes formais do Direito, sendo a norma primeira das normas de produção, segundo porque ela é expressão de uma intenção fundacional, configuradora de um sistema inteiro que nela se baseia, e tem pretensão de permanência ou duração, o que a assegura superioridade face às demais normas.

¹⁷⁷O STF já reconheceu a supremacia da Constituição no sistema jurídico brasileiro em diversas ocasiões. Cf., por todas, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1480 MC. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Brasília, 04 set. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 30.03.2010.

¹⁷⁸Nesse sentido, ver, por todos, TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 57; BULOS, 2009, p. 56; SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 45; KELSEN, 1998b, p. 246-249.

Nesse diapasão, a Constituição é, então, entendida como fonte primeira do Direito e ponto de referência obrigatória para toda criação de normas, assegurando a unidade e coerência do ordenamento jurídico¹⁷⁹, advindo desta constatação seu caráter de elemento normativo central do Constitucionalismo.

Entretanto, cumpre ressaltar que a supremacia constitucional não se implementou concomitantemente na América e na Europa. Na verdade, a compreensão da Constituição como norma jurídica com força normativa superior surge primeiro nos Estados Unidos da América, no final do século XVIII e início do XIX, somente atingindo a Europa no começo do século XX¹⁸⁰.

É que existiam nos Estados Unidos algumas circunstâncias jurídicas e sociopolíticas que favoreciam a compreensão da Constituição como norma suprema. Tais condições podem ser resumidas nas seguintes: as experiências das Constituições limitativas coloniais; o papel relevante da interpretação judicial e o prestígio e a independência dos magistrados, o que possibilitava o afastamento da aplicação do princípio da soberania do parlamento às decisões judiciais; o ambiente social homogêneo, anteriormente já afirmado; a forma como foi desenvolvida a revolução estadunidense, posto que foi não uma revolução de uma classe social dentro de um Estado, mas a revolução pela própria independência do Estado; o funcionamento pragmático da separação dos poderes como combinação de freios e contrapesos; o federalismo.¹⁸¹

Tais conjecturas permitiram que a ideia jusnaturalista de John Locke e de Edward Coke, no sentido de que o direito natural é um parâmetro normativo superior às leis positivas, fosse incorporada à ideia de Constituição, para identificar nela esse parâmetro normativo superior do ordenamento jurídico.¹⁸²

¹⁷⁹CASTELLANOS, 2000, p. 48-49.

¹⁸⁰Nesse sentido, ver, dentre outros, GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006, p. 57-65; TAVARES, 2005, p. 53 et seq; TOMÁS Y VALIENTE, 1996, p. 35-37.

¹⁸¹MIRANDA, 1996a, p. 55-56.

¹⁸²Nesse sentido é que García de Enterría (In 2006, p. 59, tradução nossa), defende que "A grande contribuição americana será plasmar em uma Constituição escrita esse parâmetro normativo superior que decide a validade das Leis do Parlamento".

Assim, já no século XVIII, Alexander Hamilton¹⁸³ defendia a ideia da Constituição como norma suprema, ao prescrever que caberia ao Judiciário declarar nulo todo ato contrário ao manifesto espírito da Constituição.

Entretanto, foi com a famigerada decisão proferida pelo Juiz John Marshall em 1803 no caso *Marbury v. Madison*¹⁸⁴ que a supremacia normativa da Constituição adquiriu repercussão prática definitiva.¹⁸⁵

Contudo, como já afirmado, esta concepção da Constituição somente atingiu a Europa a partir do século XX. Os motivos para esta tardia recepção foram, basicamente, dois: a) a prevalência do princípio monárquico como fonte formal da Constituição, que implica na redução desta a código formal de articulação dos poderes do Estado, sem outra transcendência, levando também à ideia do monarca ser preexistente à Constituição; b) a questão da soberania do parlamento como

¹⁸³In: Artigo 78. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexandre; JAY, John. **Os Artigos Federalistas**: Edição Integral. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 478-485.

¹⁸⁴Para verificar a íntegra de tal decisão, ver MARSHALL, John. **Decisões Constitucionais de Marshall**. Tradução de Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, 1-29. De maneira resumida, tal caso envolveu um *writ of mandamus* impetrado por William Marbury perante a Suprema Corte dos EUA em face de James Madison, em que o primeiro postulava o reconhecimento do seu direito à posse para o cargo de Juiz de Paz do Condado de Washington, distrito de Columbia, mas que James Madison, por ordem do então Presidente da República Jefferson, se negava a entregar o título de tal posse. Assim é que o Presidente da Suprema Corte dos EUA John Marshall proferiu aresto no sentido de denegar a ordem ao writ em virtude do acolhimento de uma preliminar de incompetência da Suprema Corte para analisar tal pedido. Ocorre que para acolher tal preliminar foi necessário declarar inconstitucional uma lei que atribuía competência à Suprema Corte para julgar casos como aquele em análise. E o argumento utilizado para tal declaração era a de que as competências da Suprema Corte estavam taxativamente elencadas na Constituição, sendo insuscetíveis de ampliação por meio de lei. Assim, apesar da Constituição dos EUA de 1787 não declarar expressamente a possibilidade de controle judicial de constitucionalidade das leis, a Suprema Corte decidiu pela possibilidade intrínseca de tal controle como decorrência lógica da supremacia da Constituição, da rigidez constitucional e da vinculação do judiciário à Constituição.

¹⁸⁵É certo que é demasiado atribuir a esta decisão a invenção da ideia de supremacia normativa da Constituição. Nesse sentido, Alpheus Thomas Mason (In **A Suprema Corte**: Baluarte da Liberdade. Tradução de V. L. Schilling. Rio de Janeiro: Distribuidora Record, 1967, p. 71) defende que a afirmação da preeminência judicial feita pelo Juiz John Marshall não foi fruto de um momento ímpar de inspiração sua, mas consequência da cultura americana, desde a época colonial, de se confrontar nos tribunais os atos das assembleias com os estatutos e, possivelmente, vetados pelo Conselho Privado na Inglaterra. Em sentido similar, afirma Mauro Cappelletti (In **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2 ed. reimp. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 63) que a decisão de Marshall não foi uma improvisação, mas antes um ato amadurecido através de séculos de história, não apenas americana, mas universal. Em sentido análogo, ver também GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006, p. 61. Entretanto, é de se reconhecer a relevantíssima contribuição que esta decisão do Juiz Marshall deu na implementação, sedimentação e expansão da ideia da supremacia normativa da Constituição, daí decorrendo, na linha de Marino Castellanos (In 2000, p. 47), a sua condição de responsável pela repercussão prática definitiva da supremacia constitucional.

conseqüência da luta contra os abusos da monarquia e também da desconfiança dos juízes.¹⁸⁶

Entretanto, a crise do Estado Constitucional Liberal a partir de meados do século XIX foi também a crise da concepção do órgão legislativo como soberano, notadamente pelos seus abusos e pela sua incapacidade em suprir todas as aspirações sociais que se apresentavam.¹⁸⁷

Assim, com a ascensão do modelo do Estado Constitucional Social, a Constituição acabou recebendo uma maior força normativa, não só pelo seu papel de limitação do parlamento e das leis¹⁸⁸, mas também como consequência da necessidade de garantir a efetividade dos direitos sociais nelas plasmados.

Ademais, as mazelas advindas do totalitarismo e das duas grandes guerras do século XX mostraram a necessidade de se atribuir conteúdo à Constituição e dotá-la de força normativa tal que ela seja efetivamente cumprida e garantida, como forma de impedimento a uma nova ascensão totalitária aniquiladora dos direitos e garantias fundamentais.¹⁸⁹

Somando-se a isso, foi nesse período também que o ilustre Hans Kelsen desenvolveu a tese de que o ordenamento jurídico positivo era similar a uma pirâmide em cujo ápice se encontrava a Constituição, motivo pelo qual ela era a lei fundamental, fonte primeira do Direito e ponto de referência obrigatória para toda criação de normas, assegurando a unidade e a coerência do ordenamento jurídico.¹⁹⁰

¹⁸⁶GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006, p. 61-62. Em sentido análogo, Francisco Tomás y Valiente (In 1996, p. 35-37) afirma que a ideia da supremacia da Constituição somente atinge a Europa a partir do começo do século XX, já que antes vigorava na grande maioria das nações de tal continente o princípio da soberania do parlamento e também, através das ideias de Benjamin Constant, a defesa do monarca como poder moderador, o que obstaculizava a ideia de supremacia da Constituição, já que a degrada ao nível de legislação ordinária ou pior, a de simples programa político de intenções a ser desenvolvida pelo legislador. Nesse mesmo sentido, PÉREZ-ROYO, Javier. **Curso de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 156-157; NÚNEZ RIVERO, Cayetano; GOIG MARTINEZ, Juan Manuel; DÍAZ NIEVA, José. **El Estado y La Constitución**. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1997, p. 113-115.

¹⁸⁷TAVARES, 2005, p. 42-43.

¹⁸⁸Ibid., p. 45.

¹⁸⁹Em sentido análogo, GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006, p. 50.

¹⁹⁰Cf. KELSEN, 1998, p. 246-249; MARINO CASTELLANOS, 2000, p. 48-49.

O desenvolvimento e a expansão dessa teoria propulsionaram a concepção da força normativa superior da Constituição na Europa, notadamente a partir da consagração do mecanismo do controle de constitucionalidade desenvolvido na Constituição austríaca de 1920, cujo mentor foi o próprio Kelsen.

Outro fator que propiciou a afirmação da tese da supremacia normativa constitucional na Europa no século XX foi o desenvolvimento que ela teve na Alemanha, seja pela sua própria positivação na Lei Fundamental de Bonn de 1949, seja através das decisões do Tribunal Constitucional Federal que prestigiavam a força normativa superior da Constituição, ou mesmo por meio de contribuições doutrinárias (Konrad Hesse, Karl Loewestein, Georg Jellinek, dentre outros).¹⁹¹

Dessa forma, restou consolidada também na Europa a ideia da Constituição como elemento normativo central do sistema jurídico, diante da sua supremacia normativa.

Com relação ao Brasil, pode-se afirmar que a ideia da força normativa suprema da Constituição somente se instalou efetivamente a partir da Constituição de 1891¹⁹², notadamente por influência estadunidense personificada na figura de Rui Barbosa. Porém, é com Constituição de 1988 que ela alcança o seu auge, diante do aperfeiçoamento dos mecanismos de controle de constitucionalidade.

Nesse diapasão, seja na Europa, seja nos Estados Unidos, no Brasil ou em qualquer Estado em que vigore o paradigma do Constitucionalismo, certo é que a Constituição deve, necessariamente, ser compreendida como norma jurídica superior, como limite inviolável e como ponto de referencia obrigatório para todos¹⁹³, motivo pelo qual é o elemento normativo central do Estado Constitucional.

¹⁹¹MARINO CASTELLANOS, 2000, p. 49-51.

¹⁹²Nesse sentido, Lenio Luiz STRECK (In **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002, p. 333-335) afirma que a teoria constitucional brasileira nasce com a República e a Constituição de 1891, na medida em que foi essa Constituição a primeira a ser elaborada por uma Assembléia Constituinte, a possuir um controle jurisdicional de constitucionalidade e a garantir o Estado Democrático de Direito. Dessa forma, apesar dessa não ter sido a primeira Constituição brasileira, posto este que cabe a de 1824, o fato desta última ter sido outorgada, a existência do Poder Moderador, a influência da doutrina da soberania do parlamento no Brasil da época e a precariedade do controle de constitucionalidade nela existente, impedem que se considere como efetivamente existente uma ideia de supremacia constitucional antes de 1891.

¹⁹³Nesse sentido, MARINO CASTELLANOS, 2000, p. 45.

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A consagração do Constitucionalismo como paradigma normativo e “regra de reconhecimento” do sistema jurídico trouxe como consequência imediata a ideia da Constituição como elemento normativo central do Estado Constitucional.

Como visto, tal afirmação significa que é na Constituição onde são encontradas as normas independentes do sistema jurídico e, portanto, ela é o ponto de referência obrigatório para a análise da pertinência ou não das outras normas ao sistema.

Tal constatação impõe que as normas constitucionais e a Constituição como um todo sejam defendidas e garantidas contra eventuais violações, sob pena de ruir todo o sistema jurídico que gira a partir dela.

Sem dúvida que o controle de constitucionalidade, notadamente o jurisdicional, mostrou-se ser o mecanismo de defesa da Constituição de maior importância teórica e prática, dada a sua grande efetividade.

Diante desta constatação e pela ligação intrínseca do tema ao objeto central da presente pesquisa, dedica-se, neste momento, um capítulo para o estudo do controle de constitucionalidade.

Entretanto, decidiu-se por iniciar o presente capítulo já com uma advertência, no sentido de que o controle de constitucionalidade não possui o monopólio da defesa da Constituição e, portanto, faz-se necessária uma análise, mesmo que superficial, acerca dos outros mecanismos de defesa da Constituição, como forma de estabelecer as diferenças destes para o controle de constitucionalidade.

Posteriormente, aí sim se passa a uma abordagem específica do controle de constitucionalidade, iniciando-se pelo estudo da teoria da inconstitucionalidade, passando-se à análise do pressuposto do controle de constitucionalidade e da sua função de dupla pretensão de correção do sistema jurídico e finalizando-se com a apresentação dos modelos clássicos de controle de constitucionalidade, incluindo o brasileiro.

3.1 A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO PARA ALÉM DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Devido à sua grande importância prática como mecanismo de efetiva proteção da Constituição, é comum que, quase que exclusivamente, parte da doutrina se refira somente ao controle de constitucionalidade quando se analisam as formas de defesa da Constituição.¹⁹⁴

Entretanto, se é certo que a garantia da constitucionalidade das normas infraconstitucionais é realizada pelo controle de constitucionalidade, não é menos certo que existem outros modos também importantes de se defender a Constituição que não apenas garantindo a constitucionalidade de referidas normas.

Destarte, tem-se como meios de defesa da Constituição, além do controle de constitucionalidade, os seguintes: a) mudança da Constituição; b) Estado de Necessidade Constitucional.

O primeiro se opera através de dois processos: a) a reforma da Constituição; b) a mutação constitucional.¹⁹⁵ Apesar das peculiaridades de cada um desses dois institutos, é possível englobá-los no gênero comum da mudança da Constituição, na medida em que ambos possuem sua razão de ser na necessidade da acomodação da Constituição às realidades política, social, econômica e moral da sociedade.¹⁹⁶

É que a modificabilidade da Constituição é algo inevitável, na medida em que, ao pretender ser definitiva, no sentido de voltada para o futuro, a Constituição necessariamente deve sofrer algumas alterações para se adaptar às novas circunstâncias ou mesmo para resolver os problemas que surgem de sua aplicação.¹⁹⁷

¹⁹⁴Exemplo dessa análise restritiva pode ser encontrado em NÚNEZ RIVERO; GOIG MARTINEZ; DÍAZ NIEVA, 1997, p. 113 et. seq.

¹⁹⁵Acolhendo tal subdivisão, ver HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 104.

¹⁹⁶Cf., em sentido análogo, NÚNEZ RIVERO; GOIG MARTINEZ; DÍAZ NIEVA, 1997, p. 99-100.

¹⁹⁷Nesse sentido, ver MIRANDA, 1996a, p. 129.

Isto porque a Constituição reflete a situação política, econômica, cultural e social do momento em que foi criada, mas nada impede que estas situações mudem, o que pode levar à imprestabilidade do Direito Constitucional, devido à defasagem entre a realidade normativa e a realidade política-social-econômica-cultural.¹⁹⁸

Dessa forma, como meio de impedir tal descompasso entre essas realidades é que se faz necessária a mudança da Constituição, até mesmo como forma de garantir a sua efetividade.¹⁹⁹

Entretanto, apesar dessa justificativa comum que as une, reforma da Constituição e mutação constitucional apresentam suas peculiaridades, o que torna possível tratá-las como institutos diversos.

A reforma da Constituição é, segundo Jellinek²⁰⁰, a modificação dos textos constitucionais produzida por ações voluntárias e intencionais. A sua importância para a garantia da Carta Magna é tão elevada que Pérez-Royo²⁰¹ chega a colocá-la como sendo um dos três elementos constitutivos do conceito de Constituição²⁰², motivo pelo qual uma Constituição sem reforma não é Constituição.

Ela é uma tentativa de se impedir que a necessidade de modificação da Constituição acima referida seja a tal ponto que fira a estabilidade e/ou aniquile o seu núcleo essencial, sob pena dela sucumbir diante da instauração de uma nova ordem jurídica.

¹⁹⁸Cf. NÚNEZ RIVERO; GOIG MARTINEZ; DÍAZ NIEVA, 1997, p. 99. Em sentido análogo, afirmando que tanto a reforma como a mutação surgem diante da constatação de que a vida real produz sempre fatos que não correspondem a imagem racional que teve o legislador na elaboração das normas, ver JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutacion de la Constitucion**. Tradução de Chirstian Foster e revisão de Pablo Lucas Verdu. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 5-6. No sentido de que uma Constituição escrita somente é boa e duradoura quando corresponder à Constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país, Cf. LASSALE, 1985, p. 41-42.

¹⁹⁹Nesse sentido, MIRANDA, 1996a, p. 129.

²⁰⁰In 1991, p. 7.

²⁰¹In 2003, p. 172-173.

²⁰²Segundo esse mesmo autor (In 2003, p. 172/173), os outros elementos constitutivos do conceito de Constituição seriam o princípio da soberania popular/nacional e o poder constituinte.

Assim é que o próprio Poder Constituinte Originário deve prever cláusulas de reforma da Constituição, até mesmo como forma dele próprio se projetar no futuro.²⁰³

Destarte, a existência de cláusula de reforma na própria Constituição acaba por defendê-la tanto da possibilidade de perda de eficácia, por não adaptação às novas realidades, quanto da possibilidade de alterações no seu núcleo essencial, que conduziriam, na verdade, à sua substituição como norma superior de determinado ordenamento.

Sem dúvida que, para superar o problema da possível perda da eficácia da Constituição, basta apenas a previsão constitucional de mecanismos razoáveis para a reforma da Lei Maior, mesmo que sejam os mesmos da Legislação Ordinária.

Entretanto, para resolver o problema da possibilidade de alterações aniquiladoras do núcleo essencial da Carta Magna, é aconselhável que tais cláusulas de reforma prevejam um procedimento diferenciado e mais dificultoso para a alteração das normas constitucionais do que com relação ao modo de modificação da legislação ordinária.

É que somente através de cláusulas que impeçam a revisão de alguma de suas normas e de um processo mais agravado para a revisão das demais²⁰⁴ é possível se proteger a duração e a estabilidade das leis constitucionais, além de se aumentar a força da Constituição.²⁰⁵

Porém, vale frisar que a reforma da Constituição é um mecanismo de defesa extraordinário, motivo pelo qual só deve proceder quando não houver mais remédio ou quando exista um consenso claro de que a Constituição deve ser reformada.²⁰⁶

²⁰³Em sentido análogo, cf. PÉREZ-ROYO, 2003, p. 173-174. Entretanto, vale registrar que referido autor defende que a reforma da Constituição é a maneira específica de se fazer valer o paralelismo das formas no Direito Constitucional, quer dizer, que a norma da Constituição somente pode ser modificada da mesma forma em que ela foi produzida. Critica-se em parte de tal argumentação, na medida em que o paralelismo das formas não tem uma aplicação exata na Constituição, posto que o poder constituinte originário não pode ter uma réplica, como a tem o legislador, motivo pelo qual se faz necessário que ele próprio já preveja a forma como as suas normas deverão ser reformadas.

²⁰⁴Acerca dos limites ao poder de revisão da Constituição e do modo como as reformas da Constituição podem ocorrer, ver CANOTILHO, 2003, 1061-1079; NÚNEZ RIVERO; GOIG MARTINEZ; DÍAZ NIEVA, 1997, p. 103-105.

²⁰⁵Nesse sentido, ver CANOTILHO, 2003, p. 888-889; SCHMITT, 1996, p. 41.

²⁰⁶Nesse sentido, ver PÉREZ-ROYO, 2003, p. 155.

É justamente neste caráter de extraordinariedade que deve nortear a reforma da Constituição que surge a importância do outro processo de mudança da Constituição, qual seja, a mutação constitucional, na medida em que é aconselhável que antes de se proceder à reforma da Constituição se tente resolver o descompasso entre realidade normativa e realidade política-social-econômica-cultural através da mutação constitucional.²⁰⁷

Segundo Jellinek²⁰⁸, a mutação da Constituição é a mudança que se produz pelos fatos sem alterar o texto formalmente e que não necessariamente é intencional ou consciente. Assim, através da mutação constitucional se atribuem novos alcances e significados aos preceitos constitucionais.²⁰⁹

Ela é mais efetiva que a reforma, posto que esta possui formalidades que demandam tempo para serem observadas e ainda se corre o risco da proposta de reforma ser rechaçada. Além disso, a reforma apenas normatiza uma mudança, já a mutação consegue integrar o texto e acomodá-lo à realidade cambiante de forma fática, sendo certo que a força normativa do fático é mais forte que a *ratio* formalizada.²¹⁰

A mutação constitucional cabe a todos os poderes aos quais competem interpretar e aplicar a Constituição²¹¹. Entretanto, cumpre ao Tribunal Constitucional, ou a quem o represente como órgão responsável por dar a última interpretação acerca das normas constitucionais, o papel relevante de exercer tais mutações.²¹²

Ao realizar a mutação constitucional, referidos órgãos constitucionais estão exercendo o que se costuma denominar de Poder Constituinte Difuso, ou seja,

²⁰⁷HESSE apud NÚNEZ RIVERO; GOIG MARTINEZ; DÍAZ NIEVA, 1997, p. 105.

²⁰⁸In 1991, p. 7. Cumpre registrar que, conforme afirma GARCÍA-PELAYO (In 2000, p. 137), foram os juristas alemães, primeiramente Laband e depois o próprio Jellinek, quem primeiro trataram das modificações constitucionais a margem do método de reforma, distinguindo esta última da mutação constitucional. Também como um dos grandes percussores da doutrina da mutação constitucional tem-se o jurista chinês Hsu Dau-Lin, discípulo de Rudolf Smend. Referido autor publicou em 1932 a obra "Die Verfassungswandlung", traduzida para o espanhol com o título "Mutación de la Constitución", que é considerada por Pablo Lucas Verdú como "[...] o melhor estudo sobre as mutações constitucionais que conheço" (In DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución**. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Forster. Onati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 7, tradução nossa).

²⁰⁹Nesse sentido, ver BULOS, 2009, p. 340.

²¹⁰NÚNEZ RIVERO; GOIG MARTINEZ; DÍAZ NIEVA, 1997, p. 105-106.

²¹¹JELLINEK, 1991, p. 15-27; NÚNEZ RIVERO; GOIG MARTINEZ; DÍAZ NIEVA, 1997, p. 106.

²¹²TOMÁS Y VALIENTE, 1996, p. 42-43.

aquele que altera os preceitos constitucionais de modo informal, sem revisões ou emendas, não vindo formalizado nas Constituições, mas estando presente na vida dos ordenamentos jurídicos.²¹³

Cumpra registrar, entretanto, que a mutação não pode ser maliciosa ou subversiva traumatizante, sob pena de se transformar em mutação inconstitucional e se desviar da finalidade para a qual existe.²¹⁴

Assim, tanto a mutação constitucional como a reforma da Constituição são dois processos que expressam uma das formas de defesa da Constituição de suma importância, qual seja, a mudança da Constituição, valendo lembrar, entretanto, o ensinamento de Jorge Miranda²¹⁵, no sentido de que o que garantirá a maior ou menor modificação da Constituição é a estabilidade política e social dominante no país, o grau de institucionalização da vida coletiva que nele se verifica, a cultura político-constitucional e a capacidade de evolução do regime político.

Ao lado da mudança da Constituição, pode-se ainda colocar outro mecanismo que serve como defesa da Constituição, que é o Estado de Necessidade Constitucional.²¹⁶

Tal mecanismo de garantia da Constituição se consubstancia na

[...] previsão e delimitação normativo-constitucional de instituições e medidas necessárias para a defesa da ordem constitucional em caso de situação de anormalidade que, não podendo ser eliminadas ou combatidas pelos meios normais previstos na Constituição, exigem o recurso a meios excepcionais.²¹⁷

A existência de crises e conflitos que podem por em risco a própria existência do Estado Constitucional é inevitável.²¹⁸ Ocorre que qualquer solução que se mostre

²¹³BULOS, 2009, p. 339-340.

²¹⁴Ibid., p. 341. Sem querer adentrar no assunto, o que demandaria um estudo mais apurado e desviaria do foco do presente trabalho, cumpre registrar que tal questão passa pela reflexão acerca de quais seriam os limites da mutação, o que, em última análise, Bulos (In 2009, p. 344) defende que seria a própria consciência do intérprete. Entretanto, acredita-se que o limite estaria mais ligado na legitimidade dada pela sociedade à interpretação e ao intérprete.

²¹⁵In 1996, p.130.

²¹⁶Utiliza-se essa expressão com base em CANOTILHO, 2003 p. 1081 et seq. Entretanto, outras nomenclaturas são comumente utilizadas para designar esse mesmo mecanismo de defesa da Constituição. Assim, por exemplo, MENDES; COELHO; BRANCO (In 2008, p. 1333) preferem falar em organização constitucional dos períodos de crise e BULOS (In 2009, p. 1260) fala em sistema constitucional de crises.

²¹⁷CANOTILHO, 2003, p. 1085.

²¹⁸Nesse sentido, ver MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1336.

extremista, tanto em favor de um poder ilimitado para conter a crise, quanto pela manutenção de uma liberdade total em tal situação, pode levar à implementação de um regime totalitarista, no primeiro caso, ou ao anarquismo, no segundo caso.

Destarte, como forma de se conciliar o reconhecimento dos direitos fundamentais e a salvaguarda dos regimes em tais períodos de crise, a solução que se mostra mais racionalmente adequada é a de que se constitucionalize o regime de necessidade do Estado, ou seja, que o constituinte não só preveja essas crises institucionais, mas também que arme o Estado com instrumentos de autodefesa, que lhe permita absorver os abalos e restabelecer o pronto funcionamento das instituições democráticas.²¹⁹

Aliás, tal solução é também mais conforme com a Constituição, na medida em que é preferível ser ela própria a consagrar e definir os pressupostos dos estados de exceção a ter de se recorrer a princípios de necessidade extra ou supraconstitucional, suscetíveis de manipulação a favor de razões sem qualquer arrimo normativo-constitucional.²²⁰

Dessa forma, o Direito de Necessidade Constitucional não é um direito fora da Constituição, mas sim um direito normativo-constitucionalmente conformado e, ao procurar obter o restabelecimento da normalidade constitucional, certamente pode ser considerado um meio de garantia e defesa da Constituição.²²¹

Do estudo desenvolvido acima acerca desses dois mecanismos de garantia e defesa da Constituição, pode-se, portanto, ratificar a advertência inicial no sentido de que se consubstancia em reducionismo exagerado do tema considerar apenas o controle de constitucionalidade como único mecanismo de defesa da Constituição.

Fundamentada tal observação, passa-se a estudar, especificamente e de forma mais aprofundada, o controle de constitucionalidade, que, apesar de não ser o único mecanismo de defesa da Constituição, como mostrado, é aquele que maior ligação possui com o tema central da presente pesquisa e o que mostrou ser o de maior importância prática e teórica.

²¹⁹ MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1335-1336.

²²⁰ CANOTILHO, 2003, p. 1086.

²²¹ Ibid., p. 1085-1086.

3.2 A INCONSTITUCIONALIDADE

O estudo acerca do controle de constitucionalidade se inicia por meio da análise da inconstitucionalidade, na medida em que ela é justamente o defeito, o vício que o controle de constitucionalidade visa suprimir do sistema jurídico e, portanto, o motivo pelo qual ele foi criado e pensado.

Dessa forma, apresenta-se, neste item, o que consiste a inconstitucionalidade, os objetos sujeitos ao juízo de constitucionalidade, as formas de inconstitucionalidade e, por fim, o efeito da sua declaração.

3.2.1 Definição

A ideia do Direito como sistema normativo-dedutivo e, portanto, com os seus critérios de pertença já apresentados (pertença direta das normas independentes, legalidade e dedutibilidade), implica uma visão escalonada do sistema jurídico, ou seja, existem normas que extraem seu fundamento de validade de outras normas, podendo ser chamadas aquelas de inferiores e estas de superiores.²²²

Pelo critério de pertença direta das normas independentes, estas não são apenas superiores, mas supremas, na medida em que são o fundamento último de validade das outras normas do sistema, não extraindo validade de outra norma jurídica do sistema.

E, conforme demonstrado no capítulo anterior, o paradigma do Constitucionalismo levou à aceitação das normas constitucionais como as normas independentes do sistema, ou seja, como as normas supremas.

²²² Apesar das ideias no presente trabalho não adotarem na integralidade a doutrina de Hans Kelsen, vale frisar que tal jurista checo exerceu relevante e fundamental contribuição para a ideia do Direito como um sistema escalonado de normas, sendo ela perfeitamente aplicável no caso. Para uma visão da elaboração de tal conceito por Kelsen, ver, notadamente, KELSEN, 1998, p. 246 et seq.

Tal constatação implicou na consagração do que se costuma chamar de princípio fundamental da constitucionalidade dos atos normativos, ou seja, estes somente estarão conforme a Constituição se não violarem o sistema formal, consagrado constitucionalmente, da produção dos atos e não contrariarem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais.²²³

Dessa forma, criam-se dois conceitos de relação²²⁴, quais sejam, constitucionalidade e inconstitucionalidade, que se referem à “[...] relação que se estabelece entre uma coisa- a Constituição- e outra coisa- uma norma ou um acto- que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não cabe no seu sentido”.²²⁵

Cumprir registrar, entretanto, que esta relação não se estabelece com a Constituição como um todo, mas apenas com certa norma constitucional, na medida em que a transgressão se dá à norma constitucional uma a uma e não a todas ao mesmo tempo e de igual modo, o que somente poderia ocorrer por meio de uma revolução, tornando o ato anticonstitucional e não inconstitucional apenas.²²⁶

É certo que a ideia de relação de contradição/concordância estabelecida entre uma norma inferior e uma norma superior e suprema existe antes mesmo do Estado Constitucional e, portanto, do surgimento do paradigma do Constitucionalismo²²⁷, mas somente sob a égide deste, notadamente a partir de Marshall e Kelsen, é que se cabe falar em constitucionalidade/inconstitucionalidade, posto que estas são uma relação específica de contradição/concordância, por se ligarem a uma ideia específica de limitação do poder.²²⁸

²²³CANOTILHO, 2003, p. 890.

²²⁴Defendendo que constitucionalidade e inconstitucionalidade são conceitos de relação, ver MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1003; MIRANDA, 1996a, p. 11.

²²⁵MIRANDA, 1996a, p.11.

²²⁶MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996. t. II, p. 311-312.

²²⁷Assim, cf. os exemplos trazidos por Mauro Cappelletti (In 1999, p. 50 et seq.), referentes à Grécia Antiga e a relação hierárquica entre *nómos* (lei em sentido estrito, em linguagem moderna, com certo caráter até de lei constitucional) e *pséfisma* (decreto, em linguagem moderna), e à Idade Média e a relação entre o direito natural como norma superior de derivação divina e as demais normas promulgadas.

²²⁸Nesse sentido, cf. MIRANDA, 1996a, p.35-36.

Além disso, o Constitucionalismo impôs que o cumprimento da Constituição seja obrigatório e, portanto, sua infração antijurídica.²²⁹ Assim, os conceitos de inconstitucionalidade e constitucionalidade não traduzem tão só a ideia de conformidade ou inconformidade com a Constituição, levando intrinsecamente a existência de sanção ao ato inconstitucional e não sanção ao ato constitucional²³⁰, o que acabou por impor, em última análise, a necessidade do controle de constitucionalidade.

3.2.2 Objetos sujeitos ao juízo de Constitucionalidade

Foi visto que a inconstitucionalidade é uma relação que envolve o cumprimento ou não de certa norma jurídica, no caso a norma constitucional, por parte de um comportamento (ato ou fato jurídico). Entretanto, tal ideia merece ser um pouco mais delimitada, tendo em vista que não são todos os comportamentos com relevância jurídica que devem ser analisados sob o prisma da constitucionalidade/inconstitucionalidade.

Na verdade, a tese da inconstitucionalidade foi desenvolvida levando-se em conta, notadamente, os comportamentos do Poder Público, no exercício de sua autoridade própria, sujeitos a regras de Direito Público.²³¹

Dessa forma, ficariam excluídos os comportamentos dos particulares, mesmo que diretamente contrários à Constituição, e também os comportamentos do próprio Poder Público quando submetidos ao regime jurídico de Direito Privado.²³²

²²⁹ Assim, ver o magistério de Ignácio de Otto (apud ATIENZA; MANERO. In LAPORTA, 2003, p. 112); No mesmo sentido, ver TOMÁS Y VALIENTE, 1996, p. 39.

²³⁰ MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1005-1006. Entretanto, vale ressaltar que, num primeiro momento, esta é a noção de inconstitucionalidade apregoada apenas pelo Constitucionalismo estadunidense, já que na Inglaterra, ao menos entre os séculos XVIII e XIX, a inconstitucionalidade era visto como mero juízo de valor subjetivo, não significando infração da legalidade e nulidade, e na França do Estado Constitucional Liberal ela era visto como mero termo de censura. Nesse sentido, ver DICEY apud BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais**. 2. ed. Atualização de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2004, p. 39.

²³¹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11; MIRANDA, 1996b, p. 311-313.

Isto porque seria diferente a função da Constituição perante o Poder Público e perante os particulares, motivo pelo qual diferente também devem ser os meios de garantia das normas e dos valores constitucionais.²³³

Assim, os comportamentos dos particulares e do Poder Público quando submetidos ao regime jurídico de Direito Privado também deveriam ser sancionados, mas por via diversa do controle de constitucionalidade, motivo pelo qual se diz que as conseqüências jurídicas deles não se reconduzem a problemas de inconstitucionalidade.²³⁴

Posteriormente, entretanto, notadamente a partir da teoria da eficácia externa dos direitos fundamentais²³⁵, começou-se a falar que também os atos dos particulares deveriam sim ser analisados sob o enfoque da tese da inconstitucionalidade, já que o respeito à Constituição compete a todos.²³⁶

Porém, apesar de se reconhecer que é possível que um comportamento de um particular viole, até mesmo diretamente, uma norma constitucional, fato é que toda a construção teórica acerca do controle de constitucionalidade e as previsões normativas, inclusive no Brasil²³⁷, sobre as hipóteses de seu cabimento descartam os atos dos particulares como possíveis objetos de controle de constitucionalidade, sendo controlados e sancionados por mecanismos diversos.

Destarte, somente interessam a este trabalho, como objetos sujeitos ao juízo de inconstitucionalidade, os comportamentos do Poder Público.²³⁸

²³²Cf. MIRANDA, 1996b, p. 313.

²³³Ibid., p. 313.

²³⁴Cf. CANOTILHO, 2003, p. 944; BARROSO, 2008, p. 11.

²³⁵Esta teoria, desenvolvida na Alemanha, defende que as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias fundamentais devem ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados. Para uma análise mais apurada da teoria, ver, por todos, CANOTILHO, 2003, p. 1285 et seq.

²³⁶Defendendo esta nova concepção, cf. BULOS, 2009, p. 90-91; MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1006; BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 24.

²³⁷Vale ressaltar, entretanto, que se defende no direito brasileiro (cf., por todos, BARROSO, 2008, p. 284-285) a possibilidade da realização do controle de constitucionalidade, por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, dos atos realizados por entes privados investidos de autoridade pública, como alguns atos de uma concessionária de serviço público, por exemplo. Porém, tal possibilidade somente decorreria pelo fato destes atos se equipararem aos atos públicos, possuindo, portanto, natureza pública.

²³⁸Porém, vale a pena observar alguns exemplos trazidos por Canotilho (In 2003, p. 945) em que algumas normas editadas por entidades privadas, mesmo que não investidas em autoridade pública

Em tese, a inconstitucionalidade pode afetar tanto um ato normativo, gerador de norma, que depois, como que se despreendendo do ato, pode ser autonomamente considerada como inconstitucional ou não, ou até mesmo um comportamento que não se identifique com um ato normativo, podendo tal comportamento ser geral ou individual, concreto ou abstrato.²³⁹

Dessa forma, não apenas uma norma jurídica pode ser objeto do controle de constitucionalidade, como também um comportamento omissivo violador de uma norma constitucional por parte do Poder Público, conforme melhor será analisado quando do estudo da inconstitucionalidade por omissão.

Entretanto, não é qualquer norma jurídica e qualquer comportamento omissivo que pode ser objeto do juízo de constitucionalidade. No caso dos comportamentos omissivos, somente pode ser considerado inconstitucional aqueles que decorrerem de um não cumprimento de um dever posto diretamente por uma norma da Constituição. Já no que diz respeito às normas jurídicas, tem-se que a inconstitucionalidade somente se refere àquelas normas hierarquicamente inferiores à Constituição, já que ela é uma relação entre dois graus de ordem jurídica.²⁴⁰

É majoritária a tese que defende uma ideia mais restrita de inconstitucionalidade, no sentido de que tal vício somente se refere aos atos diretamente inconstitucionais, sob pena de perda de utilidade do conceito de inconstitucionalidade²⁴¹, motivo pelo qual o critério no caso de atos submetidos diretamente à Constituição seria a constitucionalidade e no dos atos só mediatamente subordinados seria a sua legalidade.²⁴²

Entretanto, sendo a inconstitucionalidade apenas a relação de contrariedade entre uma norma da Constituição e outra que lhe é subordinada- e todas as outras normas do sistema o são- não há que se realizar a restrição acima proposta.

como no caso da nota anterior, acabam produzindo efeitos jurídico-públicos, o que representa uma “quebra do monopólio da criação normativa” e levaria, em última análise, à necessidade de um controle de constitucionalidade de tais normas.

²³⁹ Cf. MIRANDA, 1996b, p. 313-314.

²⁴⁰ Cf. MIRANDA, 1996a, p. 19.

²⁴¹ Cf. TAVARES, 2009, p. 198-200.

²⁴² Cf. KELSEN, Hans. A Jurisdição Constitucional. In _____. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 164. Cum

Dessa forma, uma norma que viola uma lei e também uma norma da Constituição, não pode ser analisada apenas pelo prisma da legalidade, mas também pelo da constitucionalidade. Outra coisa diversa é saber se é interessante realizar o controle de constitucionalidade nos mesmos moldes do controle de legalidade, ou seja, se toda norma que viola uma lei e, conseqüentemente, uma norma da Constituição tem que ter o mesmo tipo de controle daquela norma que viola apenas a norma da Constituição, onde aí sim poderia ser interessante diferenciar as duas situações.

Vale registrar também que não só as normas vigentes, mas também as já revogadas, podem ser objetos do juízo de constitucionalidade, posto que é possível que estas últimas devam ainda ser aplicadas a algumas situações, apesar de não mais pertencerem ao sistema, o que torna relevante a análise da constitucionalidade delas.²⁴³

Costuma-se defender, porém, que as normas contrárias a Constituição que foram promulgadas anteriormente a esta não podem ser analisadas sob o prisma da constitucionalidade, posto que a relação entre elas e a Constituição é simplesmente de revogação daquela por esta última.²⁴⁴

Entretanto, esta afirmação deve ser vista com ressalvas, já que apesar da contrariedade das normas promulgadas anteriormente à Constituição com as normas desta última não se resolverem pelo prisma da validade, mas sim da revogação, ligada ao aspecto mais amplo da pertença da norma ao sistema, pode ser necessário, até mesmo por uma questão de segurança jurídica, que se permita o controle de constitucionalidade daquelas normas para se decidir acerca da existência de contradição ou não delas com as normas da Constituição, mesmo porque tal contradição não é autoevidente.

Os atos de Direito Internacional, como os tratados e convenções, quando aplicados à ordem interna do país, podem perfeitamente ser objetos de juízo de inconstitucionalidade.²⁴⁵

²⁴³Cf. KELSEN, 2007, p. 162; CANOTILHO, 2003, p. 946-947; MORESO, 1997, p. 92-95.

²⁴⁴Cf., por todos, KELSEN, 2007, p. 162-163.

²⁴⁵Cf. MIRANDA, 1996b, p. 314.

No caso das próprias normas constitucionais, somente as derivadas de revisão constitucional podem ser objeto de juízo de inconstitucionalidade, já que o que poderia haver no caso das originárias é a ilegitimidade da Constituição como um todo, mas nunca inconstitucionalidade da norma constitucional originária, pois seria incongruente invocar a própria Constituição para justificar a desobediência ou insurgência contra as suas normas, já que quem fornece os critérios de valor do constitucional é a própria norma constitucional.²⁴⁶

3.2.3 Espécies de Inconstitucionalidade

Com base em diferentes elementos ou critérios, é possível se falar em várias espécies de inconstitucionalidade²⁴⁷, repousando a utilidade dessas classificações na possibilidade de se melhor compreender quais são os comportamentos que podem ser contrários à Constituição e como essa contrariedade se manifesta.²⁴⁸

Nesse diapasão, apresentar-se-á as classificações mais disseminadas em sede doutrinária e de maior importância para o objeto deste trabalho, quais sejam: a) inconstitucionalidade por ação e por omissão; b) inconstitucionalidade formal e material; c) inconstitucionalidade total e parcial; d) inconstitucionalidade originária e superveniente.²⁴⁹

Começa-se, então, pela diferenciação da inconstitucionalidade em por ação e por omissão. As normas constitucionais -ao menos a maior parte delas- são normas cogentes, ou seja, normas que, ao contrário das dispositivas, não podem ter sua incidência afastada por vontade das partes, se apresentando de forma proibitiva e preceptiva, quer dizer, proibindo ou determinado comportamentos.²⁵⁰

²⁴⁶Ibid., p. 316-323. Em sentido contrário, cf. BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

²⁴⁷Nesse sentido, por todos, ver BARROSO, 2008, p. 25-26.

²⁴⁸No sentido dessa utilidade, ver BULOS, 2009, p. 67.

²⁴⁹Para um estudo acerca de outras classificações de inconstitucionalidade, ver MIRANDA, 1996b, p. 341-342; BULOS, 2009, p. 82 et seq.; TAVARES, 2009, p. 214-219.

²⁵⁰BARROSO, 2008, p. 31.

A violação de uma norma constitucional proibitiva não ocorre da mesma forma que a violação de uma norma constitucional preceptiva, já que no primeiro caso ela surge da prática de um ato vedado pela norma constitucional, enquanto que no outro caso ela advém da abstenção de um ato que a norma constitucional exigia.²⁵¹

Nesse sentido é que se fala em inconstitucionalidade por ação, no primeiro caso, e inconstitucionalidade por omissão, no segundo caso, referindo-se àquela como positiva, no sentido de que decorre da prática de um ato jurídico que infrinja a norma constitucional, e a esta última como negativa, na medida em que resulta da inércia de qualquer órgão de poder, que deixa de praticar em certo tempo o ato exigido pela norma constitucional.²⁵²

A inconstitucionalidade por ação está ligada à própria construção da tese da inconstitucionalidade e do controle de constitucionalidade, posto que foi em torno dela que esses conceitos inicialmente se desenvolveram.

Por seu lado, a inconstitucionalidade por omissão é criação mais recente, já que somente veio a ser tratada em sede jurisprudencial a partir do final da década de 50 e início da década de 60 do século passado na Itália e na Alemanha, vindo a receber previsão constitucional, mesmo que timidamente, apenas na década de 70, a partir da sua incorporação à Constituição da então Iugoslávia de 1974 e de Portugal de 1976.²⁵³

Atualmente não mais se discute a possibilidade de sua ocorrência e é uníssona a tese de que ela somente ocorre quando se tratar de exigência constitucional de ação e não apenas de mero dever geral de legislar.²⁵⁴

Uma outra classificação da inconstitucionalidade separa as hipóteses em que ela ocorre como sendo material e formal. A primeira surge quando o conteúdo do ato

²⁵¹ *Ibid.*, p. 31.

²⁵² Nesse sentido, cf. MIRANDA, 1996b, p. 338.

²⁵³ BARROSO, 2008, p. 32-33. No que tange ao direito brasileiro, vale observar que Constituição Federal de 1988 trouxe a previsão de dois instrumentos para enfrentar tal modalidade de inconstitucionalidade, quais sejam, o mandado de injunção (artigo 5º, LXXI) e a ação de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º).

²⁵⁴ Nesse sentido, por todos, cf. CANOTILHO, 2003, p. 1033; BARROSO, 2008, p. 33; BULOS, 2009, p. 76-77.

infraconstitucional desrespeita normas constitucionais substantivas, de fundo²⁵⁵, ao passo que a segunda ocorre quando há desrespeito quanto às normas de forma, ou seja, quando o ato foi produzido em desacordo com as normas de competência ou de procedimento.²⁵⁶⁻²⁵⁷

Sob o prisma do ato infraconstitucional violador tal classificação se transmuda em inconstitucionalidade intrínseca e inconstitucionalidade extrínseca, existindo a primeira quando há contradição entre o conteúdo do ato infraconstitucional e o conteúdo da norma constitucional e a segunda quando o ato infraconstitucional se originou de forma contrária às condições constitucionais.²⁵⁸

Uma conseqüência interessante na prática da aplicação dessa classificação da inconstitucionalidade em material e formal é que se a incompatibilidade se der entre uma nova Constituição ou emenda à Constituição e uma norma infraconstitucional preexistente podem ocorrer duas situações: se o vício for material, a norma é

²⁵⁵ Considera-se nesse trabalho que as hipóteses de normas infraconstitucionais criadas com desvio ou excesso de poder legislativo são englobadas dentro da categoria da inconstitucionalidade material. Para uma análise mais apurada dessas situações, ver MIRANDA, 1996b, p. 344-347; BULOS, 2009, p. 72-74. Especificamente sobre o excesso do poder legislativo, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 257 et seq.

²⁵⁶ TAVARES, 2009, p. 204; Marcello Caetano (In 1996, p. 345) e Jorge Miranda (In 1996b, p. 340) preferem classificar autonomamente a hipótese de inconstitucionalidade por violação de norma de competência, chamando-a de orgânica. Já Luis Roberto Barroso (In 2008, p. 26) coloca a inconstitucionalidade orgânica como uma espécie do gênero inconstitucionalidade formal, ao lado da inconstitucionalidade formal propriamente dita. De seu turno, Nelson de Sousa Sampaio (In **O processo Legislativo**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 179) prefere dividir a inconstitucionalidade formal em três hipóteses e subclasses: inconstitucionalidade formal propriamente dita, que ocorre quando a violação é do procedimento; inconstitucionalidade formal orgânica, quando a violação é do órgão competente; inconstitucionalidade formal temporal, quando o ato é criado em tempo proibido pela norma constitucional. No mesmo sentido, ver BULOS, 2009, p. 67-69.

²⁵⁷ Com relação a esta classificação, Hans Kelsen (In 2007, p. 132) afirma que a diferença entre inconstitucionalidade formal e material: “[...] só é admissível com a reserva de que a inconstitucionalidade material é, em última análise, uma inconstitucionalidade formal, no sentido de que uma lei cujo conteúdo está em contradição com as prescrições da Constituição deixaria de ser inconstitucional se fosse aprovada como lei constitucional”. Acrescenta-se, entretanto, que a recíproca também seria verdadeira, ou seja, a inconstitucionalidade formal é, em última análise, material também, posto que quando uma lei é criada fora do procedimento estabelecido por uma norma constitucional, ocorre uma violação do conteúdo desta última norma. Assim, a única forma de evitar este reducionismo da presente classificação, que, ao final implicaria na própria inutilidade desta, é considerar, como apresentado por André Ramos Tavares (In 2009, p. 207), a inconstitucionalidade material como uma questão de nomoestática, ou seja, de avaliação de normas entre si, enquanto que a inconstitucionalidade formal seria um problema de nomodinâmica, ou seja, a inconstitucionalidade decorreria da incompatibilidade entre um processo real de produção de norma e um conteúdo normativo que regula tal processo.

²⁵⁸ TAVARES, 2009, p. 204.

revogada, se o vício for formal apenas, a norma é recepcionada, mas passa a se submeter *ad futurum* ao novo regime formal.²⁵⁹

Uma terceira forma de se classificar a inconstitucionalidade é aquela que parte da análise da extensão que a invalidade assume em relação à norma ou à lei.²⁶⁰ Aplicando ao tema da inconstitucionalidade a clássica tese das inconsistências entre normas, elaborada por Alf Ross²⁶¹, esta classificação distingue a inconstitucionalidade em total e parcial.²⁶²

Tal classificação pode ser analisada sob dois prismas: através da comparação entre o conjunto de normas de um diploma infraconstitucional com o conjunto de normas que formam a Constituição ou por meio da comparação entre uma norma infraconstitucional e uma norma constitucional apenas.²⁶³

No que tange ao primeiro enfoque afirma-se que haveria inconstitucionalidade total quando existe entre a Constituição, entendida como conjunto de normas constitucionais, e o ato infraconstitucional, entendido como conjunto de normas de um diploma infraconstitucional, uma incompatibilidade do tipo total-total ou parcial-total, quer dizer, respectivamente, quando o diploma infraconstitucional e a Constituição não podem ser aplicados sem que entrem em conflito entre si ou quando o diploma infraconstitucional não pode ser aplicada sem entrar em conflito

²⁵⁹BARROSO, 2008, p. 29-30.

²⁶⁰TAVARES, 2009, p. 210.

²⁶¹Para referido jurista escandinavo, a inconsistência entre normas é uma espécie de problema lógico de interpretação que ocorre quando se imputam efeitos jurídicos incompatíveis às mesmas condições fáticas. Esta inconsistência pode ocorrer de três formas: total-total, total-parcial e parcial-parcial. A primeira ocorre quando nenhuma das normas pode ser aplicada sob nenhuma circunstância sem entrar em conflito com a outra. Já a segunda ocorre quando uma das normas não pode ser aplicada sob nenhuma circunstância sem entrar em conflito com a outra, apesar desta última ter um campo adicional de aplicação que não entra em conflito com aquela. Por fim, a inconsistência parcial-parcial ocorre quando cada norma tem um campo de aplicação que entra em conflito com a outra, mas também tem outro campo de aplicação remanescente em que não há o conflito. Para uma melhor análise dessa teoria, ver ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1997, p. 164 et seq.

²⁶²Jorge Miranda (In 1996b, p. 339) propõe a utilização da distinção entre a inconstitucionalidade em total e parcial também sob outro enfoque, qual seja, o tempo de aplicação da norma, motivo pelo qual seria total a inconstitucionalidade que atinge durante todo o seu tempo de vigência e parcial a que atinge apenas em determinado e limitado tempo.

²⁶³Nesse sentido, ver MIRANDA, 1996b, 338; TAVARES, 2009, p. 211. Na verdade, em última análise, mesmo a inconstitucionalidade total e parcial sob o prisma da comparação entre diploma infraconstitucional e a Constituição como um todo se resume a uma questão de inconstitucionalidade total ou parcial por meio da comparação entre uma norma infraconstitucional e uma norma constitucional apenas.

com a Constituição, mas esta tem uma área de aplicação em que não ocorre conflito com o diploma infraconstitucional.²⁶⁴

Já a inconstitucionalidade parcial surge quando existe uma incompatibilidade entre a Constituição e o diploma infraconstitucional do tipo parcial-parcial ou total-parcial. No primeiro caso, cada conjunto de normas tem um âmbito de aplicação em que inexistem conflitos entre eles, mas tem outro âmbito de aplicação em que tal conflito ocorre. Já na segunda hipótese, a Constituição não pode ser aplicada sem entrar em conflito com o diploma infraconstitucional, mas este tem uma área de aplicação que não conflita com a Constituição.²⁶⁵

Já sob o segundo prisma, qual seja, o da comparação entre uma norma como integrante de um diploma infraconstitucional e de uma norma constitucional apenas, ocorreria inconstitucionalidade total quando existe entre a norma constitucional e a norma infraconstitucional uma incompatibilidade do tipo total-total ou parcial-total, quer dizer, respectivamente, quando a norma infraconstitucional e a norma constitucional não podem ser aplicadas sem que entrem em conflito entre si ou quando a norma infraconstitucional não pode ser aplicada sem entrar em conflito com a norma constitucional, mas esta tem uma área de aplicação em que não ocorre conflito com a norma infraconstitucional.²⁶⁶

Já a inconstitucionalidade parcial surge quando existe uma incompatibilidade entre a norma constitucional e a norma infraconstitucional do tipo parcial-parcial ou total-parcial. No primeiro caso, cada norma tem um âmbito de aplicação em que inexistem conflitos entre elas, mas tem outro âmbito de aplicação em que tal conflito ocorre. Já na segunda hipótese, a norma constitucional não pode ser aplicada sem entrar em conflito com a norma infraconstitucional, mas esta tem uma área de aplicação que não conflita com a norma constitucional.²⁶⁷

Esta classificação, seja por qualquer dos dois prismas acima relatados, permite chegar a uma conclusão importante. É que havendo inconstitucionalidade total, seja do tipo total-total ou parcial-total, a norma infraconstitucional é sempre inválida.²⁶⁸

²⁶⁴TAVARES, 2009, p. 210-211.

²⁶⁵Ibid., p. 211.

²⁶⁶TAVARES, 2009, p. 210-211.

²⁶⁷Ibid., p. 211.

²⁶⁸BULOS, 2009, p. 78-79; TAVARES, 2009, p. 211.

Entretanto, havendo inconstitucionalidade parcial, a invalidade da norma infraconstitucional somente atinge uma parcela do diploma infraconstitucional ou um âmbito de aplicação da norma infraconstitucional.²⁶⁹

A última forma de se classificar as inconstitucionalidades é quanto ao diverso momento de edição das normas constitucionais. Assim, tem-se a inconstitucionalidade originária quando na vigência de certa norma constitucional se emite um ato ou se realiza um comportamento omissivo que a viola²⁷⁰, ou seja, quando a norma infraconstitucional já ingressa no mundo jurídico violando uma norma constitucional em vigor.²⁷¹

Por outro lado, tem-se a inconstitucionalidade superveniente quando uma nova norma da Constituição, inserida seja por uma nova Constituição ou por uma emenda constitucional, vem dispor de forma contrária a uma norma infraconstitucional precedente.²⁷²⁻²⁷³

Estas são as formas em que o vício da inconstitucionalidade pode se manifestar e ser analisado. A seguir, tratar-se-á dos efeitos que a decisão reconhecendo tal vício produz em uma norma do sistema.

²⁶⁹BULOS, 2009, p. 79.

²⁷⁰MIRANDA, 1996b, p. 341.

²⁷¹BARROSO, 2009, p. 40.

²⁷²MIRANDA, 1996b, p. 341.

²⁷³Cumprir registrar, entretanto, que o STF sustenta que não existe, tecnicamente, uma inconstitucionalidade nesta hipótese, mas sim revogação da norma anterior, conforme entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.501 MC. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília. 15.05.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jan. 2010. Entretanto, André Ramos Tavares (In 2009, p. 214) apresenta uma situação em que, mesmo se for seguida a orientação do STF, seria correta a utilização da expressão “inconstitucionalidade superveniente”, qual seja, a que ocorre quando uma lei que, embora constitucional passa a ser incompatível com novo entendimento conferido à norma constitucional decorrente de mudança ocorrida por via interpretativa na significação desta.

3.2.4 Efeitos da decisão de inconstitucionalidade

O debate travado acerca da natureza do vício da inconstitucionalidade foi, basicamente, polarizado entre a corrente que entende pela nulidade do ato inconstitucional e a que entende pela anulabilidade de tal ato.

A primeira corrente possui sua maior expressão no direito constitucional estadunidense, notadamente no campo doutrinário a partir de Alexander Hamilton, por meio do “artigo n. 78”, do “Federalista”, e, posteriormente, pela aplicação da teoria em 1803 pelo Juiz John Marshall no caso *Marbury versus Madison*.

Segundo esta corrente, o ato normativo considerado inconstitucional é inválido e deve ser considerado nulo de pleno direito, posto que, se ele puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele período em relação àquela matéria.²⁷⁴

Dessa forma, uma decisão que dispusesse acerca da inconstitucionalidade de determinado ato normativo teria natureza declaratória e produziria efeitos *ex tunc*, ou seja, retiraria todos os efeitos normativos do ato desde a sua promulgação.

Entretanto, a partir da década de 60 do século passado esta tese sofreu algumas atenuações, como forma de se preservar determinadas situações consolidadas sob a égide da lei inconstitucional e, assim, evitar maiores repercussões negativas sobre a paz social e sobre a exigência de um mínimo de certeza e de estabilidade das relações e situações jurídicas.²⁷⁵

Portanto, apesar de se reconhecer a nulidade do ato inconstitucional, seria possível de se preservar, excepcionalmente, os efeitos normativos produzidos por tal ato em determinadas situações.

²⁷⁴Cf. BARROSO, 2008, p. 16-17.

²⁷⁵Cf. CAPPELLETTI, 1999, p. 123-124; BARROSO, 2008, p. 16.

A tese da nulidade do ato inconstitucional, com as ressalvas quanto à possibilidade de reconhecer efeitos ao ato em excepcionais situações, foi acolhida em diversos países, como Itália, Alemanha, Portugal e Espanha.²⁷⁶

No Brasil, Rui Barbosa²⁷⁷ foi o seu primeiro grande defensor, sendo a tese acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, mas também com as ressalvas quanto à possibilidade de reconhecer efeitos ao ato em excepcionais situações²⁷⁸, o que acabou sendo positivado pelas previsões do artigo 27, da Lei n. 9.868/99²⁷⁹, e do artigo 11, da Lei 9.882/99.²⁸⁰

Do lado oposto à tese da nulidade do ato inconstitucional, tem-se a corrente que defende a anulabilidade do ato inconstitucional, cujo maior expoente foi, sem dúvida, Hans Kelsen.

Referido jurista defendeu que não existe nulidade absoluta em um sistema de direito positivo, mas somente anulabilidade com vários graus, já que o ato precisa existir legalmente para ser objeto de julgamento por uma autoridade.²⁸¹

Para adequar esta noção com as suas teses de que uma lei inválida não pertence ao Direito e, portanto, é inexistente e que o fundamento de validade da lei é a Constituição, o que poderia levar à conclusão de que a lei inconstitucional é inexistente, Kelsen se vê obrigado a criar a ideia de que as normas da Constituição que autorizam a criação de normas com caráter de lei são disposições alternativas, o que significa dizer que elas possuem uma cláusula alternativa tácita autorizando o

²⁷⁶Cf. BARROSO, 2008, p. 16-18.

²⁷⁷Nesse sentido, cf. JEVEAUX, 2008, p. 151; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35; BARROSO, 2008, p. 18. Para a análise dos argumentos do próprio Rui Barbosa, cf. BARBOSA, 2004, p. 39-44.

²⁷⁸Nesse sentido, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 122202. Relator: Ministro Francisco Rezek. Segunda Turma. Brasília, 10 ago. 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 30.03.2010.

²⁷⁹“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

²⁸⁰“Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

²⁸¹Cf. KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In _____, 2007, p. 308.

órgão competente a criar uma lei com procedimento e regulando a matéria de forma diferente do previsto na Constituição.²⁸²

Assim, as leis inconstitucionais seriam, na verdade, leis conformes com a Constituição, mas que podem deixar de ter efeito mediante um procedimento especial. Conseqüência disso é que as normas inconstitucionais são anuláveis, sendo que a decisão de inconstitucionalidade é, na verdade, constitutiva.²⁸³

Entretanto, Kelsen reconhece que é possível que a anulação possua efeito retroativo, mas a segurança jurídica leva à inexistência, ao menos em regra, deste efeito, somente ele existindo quando o ordenamento expressamente autorizar.²⁸⁴

Tal tese foi acolhida na Áustria²⁸⁵, sendo que a Constituição deste país, com a reforma de 1929, mitigou o efeito *ex nunc*, ao permitir que a decisão que reconheceu a inconstitucionalidade também atinja determinado caso concreto, quando a análise da constitucionalidade for decorrente de provocação perante a Corte Constitucional por parte de uma Corte Superior austríaca que esteja julgando tal caso concreto.²⁸⁶

Vale registrar também que esta ideia da anulabilidade da lei inconstitucional e do caráter constitutivo negativo da decisão que reconhece a inconstitucionalidade teve também alguma acolhida na doutrina brasileira²⁸⁷ e, com a edição das Leis n. 9868/99 e 9882/99, chegou-se até a falar em uma formal aproximação do Brasil à tese de Kelsen.²⁸⁸

Entretanto, apesar das relevantes contribuições dadas ao estudo da teoria da inconstitucionalidade por parte destas duas teses, notadamente quanto aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade sobre o ato normativo, fato é que elas possuem algumas premissas teóricas que não se compatibilizam com as complexidades do caso concreto.

Assim, não é possível acolher a ideia de que o ato inconstitucional é nulo de pleno direito, quando se verifica que, em diversas situações, é mais interessante que se

²⁸²KELSEN, 1998b, p. 295 et seq.

²⁸³Ibid, p. 300 et seq.

²⁸⁴Cf. KELSEN, 2007, p. 143-146; KELSEN, 2007, p. 308-309.

²⁸⁵Nesse sentido, cf. BARROSO, 2008, p. 16-18.

²⁸⁶Cf. CAPPELLETTI, 1999, p. 120-121.

²⁸⁷Cf. referências em BARROSO, 2008, p. 19-20.

²⁸⁸Cf. FERREIRA FILHO, 2007, p. 36.

atribua alguns efeitos ao ato inconstitucional, ao invés de declarar que ele nunca foi capaz de produzir efeitos.

A tentativa da tese da nulidade em resolver esta falha afirmando que é possível que em determinadas situações excepcionais o ato inconstitucional produza efeito é a própria negação da sua premissa, ou seja, que o ato inconstitucional é nulo e, conseqüentemente, a declaração de inconstitucionalidade deve ter efeito *ex tunc*.

Por outro lado, não se pode conceber a ideia de Kelsen de que as normas da Constituição que autorizam a criação de normas com caráter de lei são disposições alternativas, já que isto significa a aniquilação da estrutura hierárquica do sistema jurídico e leva à conclusão de que a possibilidade da Constituição controlar a legalidade seja uma quimera.²⁸⁹

Porém, também não se deve abdicar da ideia de que a Constituição é que dá validade às demais normas do sistema, já que esta noção está na base do próprio Constitucionalismo.

Dessa forma, deve-se buscar uma explicação alternativa que seja capaz de superar estas deficiências apresentadas pelas teorias da anulabilidade e da nulidade do ato inconstitucional.²⁹⁰

Tal explicação pode ser encontrada, sem dúvida, com base na diferença estabelecida por Eugênio Bulygin entre pertença e aplicabilidade da norma. Para Bulygin, a ideia de que para um observador (jurista ou juiz) situado em um tempo dado somente são aplicáveis as normas pertencentes ao sistema correspondente a este tempo é equivocada ou ao menos exagerada, posto que com muita freqüência

²⁸⁹MORESO, 1997, p. 69.

²⁹⁰Regina Maria Macedo Nery Ferrari (In **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 289-296), ciente dos defeitos das teorias da nulidade e da anulabilidade da norma inconstitucional, procurou apresentar uma explicação alternativa para o fenômeno do efeito da declaração da inconstitucionalidade na norma infraconstitucional, baseando-se na ideia de que não há que se falar nem em nulidade, nem em anulabilidade da norma inconstitucional, mas sim simplesmente em sua invalidade, sendo que a natureza da decisão de inconstitucionalidade é constitutiva negativa, já que retira a incerteza acerca da existência ou não da inconstitucionalidade da norma e cria uma situação norma de certeza, o que não significaria, necessariamente, a impossibilidade de tal decisão gerar efeitos *ex tunc* em alguns casos. Entretanto, a solução aqui proposta, ao menos no plano teórico, será diversa, como se verá a seguir, mesmo porque baseada em referenciais teóricos não adotados por aquela autora.

resultam aplicáveis normas que não mais pertencem ao sistema deste tempo, mas sim que pertencem a algum sistema anterior, que já foi revogado.²⁹¹

Aplicando esta ideia à noção da inconstitucionalidade, tem-se que um ato inconstitucional é inválido e, portanto, não pertence a determinado sistema, motivo pelo qual a decisão que reconhece tal inconstitucionalidade é, neste sentido, declaratória e apenas reconhece algo que já existia, não constituindo e nem desconstituindo nada.²⁹²

Porém, na medida em que geralmente o controle de constitucionalidade é realizado repressivamente, ou seja, depois de promulgada a norma infraconstitucional, pode ser que esta última tenha sido aplicada em determinadas situações e que, conseqüentemente, retirar tal aplicação àqueles casos represente afronta à outra norma constitucional que aconselhe a manutenção daquela aplicação.

Assim, no plano da aplicabilidade, o confronto não se dá entre a norma infraconstitucional e uma norma da Constituição, mas sim, em última análise, entre duas normas constitucionais. Destarte, para resolver tal conflito não cabe o critério da legalidade, já que se trata de conflito entre normas constitucionais e que, portanto, se situam no mesmo plano hierárquico e não são válidas ou inválidas, mas sim aceitas ou não.²⁹³

Portanto, a única saída que resta é a de verificar, através de um juízo de ponderação²⁹⁴, qual das normas em conflito, naquele caso específico, deve prevalecer como forma de se preservar a eficácia sistêmica, no sentido de apresentação de resultados favoráveis ao fim do sistema²⁹⁵, qual seja, a implementação e preservação do Constitucionalismo e de seus pilares, já que é este

²⁹¹ Cf. BULYGIN; MENDONÇA, 2005, p. 70.

²⁹² Cf. MORESO, 1997, p. 92.

²⁹³ Isto leva até mesmo à demonstração da imprecisão do termo “controle de constitucionalidade” quando se estiver falando da questão relativa à aplicabilidade da norma infraconstitucional, motivo pelo qual seria melhor se falar em “controle da eficácia sistêmica”. De qualquer forma, por já ter sido bastante difundida, aceita-se aqui a preservação daquela primeira nomenclatura.

²⁹⁴ O que, certamente, aumenta a responsabilidade e a carga argumentativa do órgão julgador.

²⁹⁵ A ideia de eficácia sistêmica como produção de resultados almejados pelo sistema e de eficácia sistêmica reversa como produção de resultados indesejados pelo sistema foi desenvolvida e apresentada ao público por Angel Rafael Marino Castellanos, orientador deste trabalho, em palestra proferida no dia 07.10.2009 com o título “As exigências de validade das decisões judiciais estrangeiras”, no 1º Congresso de Direito Processual Civil, realizado em Vitória-ES.

último que fundamenta o sistema jurídico em um Estado Constitucional e conduz à aceitação da Constituição e das suas normas como normas supremas do sistema.

Consequência disto é que a decisão reconhecendo a inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional, sob o prisma da aplicabilidade desta norma, é constitutiva, já cria uma nova situação a respeito da aplicabilidade ou não desta norma a determinados casos.

Nesse diapasão, a decisão sobre a inconstitucionalidade do ato declara a invalidez deste, ou seja, a sua não pertença de pleno direito, desde o início, ao sistema, mas constitui a sua inaplicabilidade a determinadas situações ou a todas, dependendo do resultado encontrado pela ponderação realizada ao caso concreto.

Por fim, cumpre registrar que, como visto anteriormente quando do estudo dos objetos sujeitos ao juízo de constitucionalidade, também é possível que a inconstitucionalidade seja verificada em um ato já revogado, mas que ainda produz efeitos, motivo pelo qual a conclusão que se alcança, ao contrário do que pareceria à primeira vista, é que o efeito necessário gerado pela decisão de inconstitucionalidade diz respeito não à retirada de pertença da norma ao sistema, mas à sua inaplicabilidade, cuja extensão dependerá do que decidir o órgão julgador.²⁹⁶

3.3. O PRESSUPOSTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Costuma-se dizer que a supremacia da Constituição é consequência da sua rigidez, ou seja, somente onde exista ou uma impossibilidade de alteração das normas constitucionais ou um processo de alteração mais dificultoso dessas normas com

²⁹⁶MORESO, 1997, p. 93-95 et seq.

relação às demais normas do sistema é que se poderia falar em supremacia da Constituição.²⁹⁷

Entretanto, não é a dificuldade de reforma que torna a Constituição suprema, mas a sua supremacia que aconselha a dificuldade de reforma, como mecanismo para garanti-la.²⁹⁸

É que a rigidez é um importante instrumento para se garantir a estabilidade e a conservação da Constituição contra alterações aniquiladores do seu núcleo essencial.²⁹⁹ Assim, a rigidez deve ser vista como uma garantia da Constituição³⁰⁰, mas não como algo que lhe dá o caráter de suprema.

Na verdade, ao que parece, o erro da teoria que coloca a supremacia como consequência da rigidez está na utilização equivocada dos termos “supremacia formal” e “supremacia material”.

Isto porque se costuma relacionar a supremacia formal da Constituição com a rigidez e a supremacia material da Constituição com a existência de uma consciência constitucional que leva ao acatamento dela pelos particulares e pelo Poder Público³⁰¹, motivo pelo qual se afirma que somente as Constituições rígidas podem possuir tanto a supremacia material como a formal, sendo que as flexíveis somente podem possuir aquela.³⁰²

Entretanto, essa relação inexistente, posto que a distinção entre supremacia material e formal somente se justifica se for levado em conta a classificação da Constituição não e rígida ou flexível³⁰³, mas sim em absoluta (material) ou relativa (formal).³⁰⁴

²⁹⁷ Nesse sentido, cf., por vários, SILVA, 2009, p. 45; VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de constitucionalidade**. 3. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 24; FERRARI, 2004, p. 62.

²⁹⁸ Cf. SCHMITT, 1996, p. 43; CANOTILHO, 2003, p. 890.

²⁹⁹ Nesse sentido, ver SCHMITT, 1996, p. 41; CANOTILHO, 2003, p. 888-889; BULOS, 2009, p. 54.

³⁰⁰ Sobre a existência de um procedimento de reforma da Constituição diverso do procedimento legislativo ordinário como sendo uma garantia da Constituição, cf. PÉREZ-ROYO, 2003, p. 171 et seq. Cumpre ressaltar, entretanto, que, conforme será melhor explicado à frente, não se concorda com a ligação necessária que tal autor faz entre procedimento de reforma diferenciado e o controle de constitucionalidade.

³⁰¹ Cf. BULOS, 2009, p. 59-60.

³⁰² Cf. BULOS, 2009, p. 60; SILVA, 2009, p. 46; BERNARDES, 2004, p. 11-12.

³⁰³ Conforme lições de Zeno Veloso (In 2003, p. 23-24) Constituição rígida é aquela “[...] que só pode ser alterada através de um procedimento especial, dificultado e solene, distinto do que é estabelecido para a elaboração das leis ordinárias” e Constituição flexível é “[...] a constituição que pode ser

É que supremacia da Constituição nada tem a ver com procedimento de reforma, mas sim com o fato dela ser a fonte de validade das demais normas, na medida em que ela é formada por normas democraticamente feitas e aceitas (legitimidade processual democrática), informadas pelos pilares do Constitucionalismo e por ser nela onde se estabelece como devem ser criadas as outras normas para estarem de acordo com esses pilares (legitimidade material).

Dessa forma, supremacia formal se refere ao fato de determinada norma ser a fonte de validade das outras normas por simplesmente está inserida em um documento considerado supremo (Constituição formal ou relativa) e supremacia material se refere a essa condição de fonte de validade decorrer do conteúdo das normas constitucionais e não do local onde elas estão previstas (Constituição material ou absoluta).

Assim, frisa-se que supremacia não quer dizer procedimento de reforma diferenciado, sendo prova disso, por exemplo, o fato de que não se considera uma Lei Complementar como suprema em relação a uma Lei Ordinária, apesar do *quorum* qualificado para aprovação e, conseqüentemente, para reforma daquela.³⁰⁵

A conseqüência imediata que se pode extrair de tal raciocínio é que a rigidez não é um requisito essencial para a existência do controle de constitucionalidade.³⁰⁶ Na verdade, o controle de constitucionalidade é mais um mecanismo, além da rigidez, para se defender a primazia jurídica da Constituição³⁰⁷, motivo pelo qual ele procura garantir a supremacia da Constituição e não a sua rigidez.

reformada a qualquer momento, pelo mesmo processo legislativo para a elaboração das leis ordinárias”.

³⁰⁴Segundo Schmitt (In 1996, p. 37-38), enquanto que o conceito absoluto de Constituição analisa a questão sob o aspecto material, seu conteúdo, para o conceito relativo o que importa é o formal, suas características externas e acessórias, tanto podendo ser um procedimento de reforma diferenciado, quanto o fato de ser escrita.

³⁰⁵Cf., por todos, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 632154 AgR. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Segunda Turma. Brasília, 01 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 30.03.2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 709691 AgR, Relator: Ministro Eros Grau. Segunda Turma. Brasília, 28 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 30.03.2010.

³⁰⁶Nesse sentido, ver BULOS, 2009, p. 111; CANOTILHO, 2003, p. 890-891. Em sentido contrário, entendendo que a rigidez é requisito indispensável para a existência do controle de constitucionalidade, ver FERRARI, 2004, p. 76; MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1003; PÉREZ-ROYO, 2003, p. 155.

³⁰⁷Cf. BERNARDES, 2004, p. 13.

Nesse sentido, não se concebe qualquer óbice para que exista controle de constitucionalidade em países que possuam uma Constituição flexível, apesar de se reconhecer que tal controle ocorreria não de forma tão ampla quanto nas Constituições rígidas.³⁰⁸

Destarte, seria perfeitamente possível mesmo em um sistema de Constituição flexível o controle da constitucionalidade, por exemplo, de uma lei ordinária que foi aprovada sem o quorum mínimo previsto por uma norma constitucional.

E não há que se falar que em tal situação se deve utilizar o critério da *lex posterior derogat priori* para resolver esse conflito e se entender pela existência de uma revogação implícita da norma constitucional pela lei ordinária, posto que essa máxima romana somente se aplica quando as normas em conflito forem de igual hierarquia, o que não é o caso, já que a norma constitucional é que dá validade às demais normas, seja pela sua posição em um documento escrito aceito como supremo, seja pelo conteúdo nela previsto e considerado de caráter fundamental.

Nesse diapasão, apesar de se reconhecer que o controle de constitucionalidade tem a sua potencialidade como defesa da Constituição elevada em um sistema em que a Lei Suprema é rígida e prevista em um único documento formal, não se pode concluir com isso que ele seja uma exclusividade de tal modelo de sistema.

Dessa forma, a necessidade de um mecanismo para repelir do sistema jurídico uma norma que esteja em contradição com a Constituição decorre da própria lógica do sistema jurídico e dessa posição da Constituição como ponto de partida, como norma suprema do mesmo.³⁰⁹

Assim é que o controle de constitucionalidade³¹⁰, entendido como “[...] o conjunto de mecanismos dispostos para garantir a supremacia constitucional por meio da identificação e eventual reparação de condutas incompatíveis a determinadas

³⁰⁸ Nesse sentido, ver CANOTILHO, 2003, 890-891.

³⁰⁹ PÉREZ-ROYO, 2003, p. 156. Também nesse sentido, notadamente no que tange ao controle de constitucionalidade advir da necessidade de se dar garantia à supremacia da Constituição, ver MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1006; BULOS, 2009, p. 110-111.

³¹⁰ Vale lembrar que foi Alexandre Hamilton, através no artigo n. 78 do “Federalista”, quem trouxe pela primeira vez de modo expresso e justificado a ligação necessária entre Constituição e controle de constitucionalidade.

normas constitucionais”³¹¹, tem como pressuposto para sua existência apenas a ideia da supremacia da Constituição.

3.4 A DUPLA PRETENSÃO DE CORREÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO EXERCIDA PELO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Em clássica discussão travada com Eugenio Bulygin³¹², Robert Alexy defende que existe uma relação necessária entre Direito e Moral pelo fato do primeiro possuir como elemento necessário uma pretensão de correção, que é uma pretensão de justiça, o que, portanto, vincula o Direito com a Moral.³¹³

Dessa forma, tanto as normas jurídicas, incluindo as decisões judiciais isoladas, como também os sistemas jurídicos como um todo, formulam necessariamente uma pretensão de correção.³¹⁴ Isto significa que nos processos de criação e aplicação do Direito os participantes têm necessariamente uma pretensão de correção, que seria, basicamente, uma pretensão de correção moral.³¹⁵

³¹¹BERNARDES, 2004, p. 20. Cumpre registrar a observação feita por CANOTILHO (In 2003, p. 892) no sentido de que o caráter de norma jurídica direta e imediatamente vinculativa atribuída à Constituição e a necessidade de considerar a garantia e segurança imediata da lei fundamental como uma das tarefas centrais do Estado colocam o problema do controle da conformidade dos atos do poder público com a Constituição como uma das questões chaves da moderna ciência constitucional.

³¹²A discussão se desenvolveu, basicamente, sobre se a relação entre Direito e Moral é contingente ou conceitual, quer dizer, necessária e, principalmente, se o argumento da pretensão de correção apresentado por Alexy é capaz de justificar que a relação entre Direito e Moral é conceitual. Bulygin defende tanto que a relação é contingente, quanto que o argumento da pretensão não prova nada a favor de uma suposta relação conceitual, o que discorda Alexy. Tal discussão, na íntegra, pode ser encontrada em ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho**. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral. Série de Teoría Jurídica y filosofía del derecho, n. 18. Tradução e Introdução de Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001.

³¹³A tese da pretensão de correção como elemento necessário do Direito e como argumento a favor da relação conceitual entre Direito e Moral foi desenvolvida por Robert Alexy na obra “Der Begriff und Geltung des Rechts”, de 1992. Tal obra foi traduzida para o espanhol, que foi a versão pesquisada neste trabalho. Assim, acerca do desenvolvimento inicial desta tese da pretensão de correção como elemento necessário do Direito, cf. ALEXY, Robert. **El Concepto y Validez del Derecho**. Tradução de Jorge M. Sena. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 41-44.

³¹⁴Cf. ALEXY, 2004, p. 41 et seq; ALEXY, Robert. La crítica de Bulygin al argumento de la corrección. In: ALEXY, BULYGIN, 2001, p. 54.

³¹⁵ALEXY, Robert. La crítica de Bulygin al argumento de la corrección. In: ALEXY, BULYGIN, 2001, p. 54 et seq.

Assim, quando se promulga uma norma jurídica se está prescrevendo algo que supõe uma crença na sua correção, ou seja, o ato de prescrever traz a intenção de mudar um estado de coisas de conformidade com algo que se pretende ser correto.³¹⁶

Sem qualquer intenção de se aprofundar nesse embate desenvolvido entre Alexy e Bulygin, mesmo porque isto fugiria ao enfoque central deste trabalho, o que se pretende neste momento é apenas pegar emprestados o termo e a noção central de pretensão de correção apresentada por Alexy para adaptá-la ao tema do controle de constitucionalidade e, por fim, demonstrar que este último exerce uma dupla pretensão de correção do sistema jurídico.

Isto porque, conforme visto anteriormente, a consolidação do Constitucionalismo como paradigma político e normativo e, conseqüentemente, como “regra de reconhecimento” do sistema jurídico, elevou a Constituição à posição de elemento normativo central do Estado Constitucional.

Dessa forma, é na Constituição onde são encontradas as normas independentes do sistema jurídico e, portanto, ela é ponto de referência obrigatório para a análise da pertença ou não das outras normas ao sistema.

Entretanto, a prática já demonstrou que é utópico pensar que todas as autoridades que criam as normas o fazem obedecendo integralmente as normas constitucionais. Ou seja, os chamados “Mundos Jurídicos Ótimos”³¹⁷ não existem.

Apesar disso, o Constitucionalismo e a visão da Constituição como elemento normativo central do Estado Constitucional forçam à tentativa de reparar essas falhas que fazem com que o “Mundo Jurídico Real”³¹⁸ seja deficiente em comparação com o “Mundo Jurídico Ótimo”.

³¹⁶Cf. ALEXY, Robert. Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin. In: ALEXY, BULYGIN, 2001, p. 99. No mesmo sentido, cf. GAIDO, Paula. Introducción. In: ALEXY, BULYGIN, 2001, p. 22.

³¹⁷Esta expressão foi extraída de Moreso (In 1997, p. 88 et seq) e significa aquele plano ideal em que todas as autoridades que criam normas o fazem em virtude de uma norma prévia que as autorize, ou seja, obedecem integralmente o critério da legalidade, havendo coincidência entre normas existentes e normas válidas.

³¹⁸Expressão criada com base em Moreso (In 1997, p. 88 et seq) e significa aquele plano real em que nem sempre as autoridades que criam normas o fazem em virtude de uma norma prévia que as

O que garante que tal tentativa seja operacionalizada é justamente o controle de constitucionalidade, com o seu intento de converter um mundo jurídico não ótimo em um mundo jurídico ótimo.³¹⁹

Dessa forma, ao trazer a intenção de mudar um estado de coisas para torná-las em conformidade com algo que se entende correto, ou seja, com a Constituição, o controle de constitucionalidade exerce uma pretensão de correção do sistema jurídico existente sob a égide constitucional.

Por outro lado, é através do controle de constitucionalidade que também se pode defender e justificar a adequação de determinada norma objeto de controle com a Constituição e, portanto, com o paradigma do Constitucionalismo.

E, como afirmado por Alexy³²⁰, formular uma pretensão de correção de um ato significa não só afirmar que este ato é correto, mas também garantir que ele pode ser justificado e esperar que todos os destinatários da pretensão o aceitem, motivo pelo qual se tem que o controle de constitucionalidade é uma forma de se exercer a pretensão de correção da própria norma positivada, na medida em que permite a justificação da sua consonância com a Constituição e, portanto, a sua correção.

Dessa forma, por tanto permitir a adequação do mundo jurídico não ótimo em um mundo jurídico ótimo, ao viabilizar a retirada de pertença de norma inconstitucional do sistema, como também por permitir que determinada norma objeto controle de constitucionalidade possa ter a sua correção justificada perante o sistema, tem-se que o controle de constitucionalidade possui uma dupla pretensão de correção do sistema jurídico.

autorize, ou seja, existem casos em que elas desobedecem o critério da legalidade, não havendo, necessariamente, coincidência entre normas existentes e normas válidas.

³¹⁹Cf. MORESO, 1997, p. 89 et seq.

³²⁰Cf. ALEXY, Robert. Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin. In: ALEXY, BULYGIN, 2001, p. 99.

3.5 MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A partir do momento em que se aceita e se reconhece a função do controle de constitucionalidade como dupla pretensão de correção do sistema jurídico e a sua importância para a defesa da constitucionalidade e, conseqüentemente para a garantia da supremacia da Constituição, surgem as questões de se saber a quem deve ser confiada a titularidade para exercê-lo e o modo como ele deve ser realizado.

As respostas a essas indagações foram dadas através de três modelos básicos, sendo que a base do controle de constitucionalidade de todos os países em que vigora o paradigma normativo do Constitucionalismo pode ser identificada em um desses modelos ou até mesmo na combinação entre eles.

Passa-se, então, à exposição desses três modelos para, ao afinal, apresentar algumas linhas gerais acerca do modelo brasileiro.

3.5.1 O modelo de fiscalização política

Começa-se o estudo dos modelos de controle de constitucionalidade pelo modelo de fiscalização política. O controle político de constitucionalidade é aquele exercido por órgão com atividade política e não jurisdicional³²¹, o que significa dizer que ele conta com alto grau de discricionariedade, ao contrário do jurisdicional, que se utiliza de um método técnico-jurídico para dirimir a questão (processualização da decisão), com pouca discricionariedade em relação às opções advindas do processo de controle.³²²⁻³²³

O controle político costuma ser associado à experiência constitucional francesa e remonta ao período revolucionário o empenho em criar um órgão político de controle de constitucionalidade³²⁴, motivo pelo qual é inspirado na concepção *rousseauniana-jacobina* da lei como instrumento da vontade geral e da doutrina da soberania do

³²¹ Segundo José Roberto Dromi (In **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992. tomo I, p. 34, tradução nossa) “[...] por função jurisdicional entendemos aquela atividade do Estado comissionada para dirimir controvérsias entre partes com força de verdade legal e exercida por um órgão constitucional, imparcial, exclusivo e independente, que se manifesta através de uma norma jurídica individual, produzida por um procedimento regulado”. Em sentido análogo, Agustín GORDILLO (In **Tratado de Derecho Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. tomo I, p. 12) defende que as características própria da função jurisdicional é a decisão poder ser definitiva e emanada de um órgão imparcial e independente.

³²² Cf. PALU, Oswaldo Luiz. **Controle da Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 98-99. Para maiores considerações acerca da diferença entre controle político e jurisdicional, cf. Juliano Taveira Bernardes (In 2004, p. 30), no sentido de que a diferença fundamental entre essas duas modalidades de controle de constitucionalidade é que a jurisdicional está atrelada a parâmetro jurídico indisponível enquanto que a política está pautada por parâmetros subjetivos, não normativos, com ampla liberdade de critério.

³²³ Cumpre registrar que a utilização do termo “política” para qualificar esta forma de controle de constitucionalidade não tem a intenção de retirar certo caráter político nas decisões do controle jurisdicional de constitucionalidade, mesmo porque a diferença entre atividade legislativa e jurisdicional é, do ponto de vista substancial, quantitativa e não qualitativa, já que ambos constituem processos de criação de Direito, mas o legislativo se depara com limites substanciais menos freqüentes e precisos do que os que se deparam os juizes. No sentido dessa diferença, cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 23-27; TAVARES, 2005, p. 92. Em sentido análogo, cf. KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In _____, 2007, p. 250-251. De qualquer forma, o que se pretende deixar claro é que existe uma diferença, mesmo que apenas quantitativa, quanto a essas duas modalidades de controle de constitucionalidade.

³²⁴ Costuma-se afirmar que foi Sieyès quem primeiro idealizou a existência de um mecanismo de controle político de constitucionalidade ao sugerir a criação de um conselho de cidadãos eméritos que detivesse poder para subtrair os efeitos dos atos inconstitucionais, sendo que tal sugestão foi repelida pela Assembléia Constituinte de 1795, logrando parcial acolhimento na Constituição do Ano VIII, de 1799, com o “Senado Conservador”, incumbido do controle de constitucionalidade. Entretanto, tal prerrogativa não chegou a ser efetivamente exercida por este último órgão, já que ela sempre sucumbia à vontade de Napoleão. Nesse sentido, cf. BERNARDES, 2004, p. 22; BARROSO, 2008, p. 42.

Parlamento inglês, o que levava à soberania da lei e à ideia de que só as próprias assembleias legislativas poderiam politicamente controlar as leis.³²⁵

Tal fato é justificado por raízes históricas e ideológicas que levaram os franceses à desconfiança em relação ao poder dos juízes e dos tribunais, com a consequente adoção de um modelo rígido de separação de poderes, rejeitando-se, portanto, a fórmula do controle judicial.³²⁶

Destarte, tal modelo de controle de constitucionalidade é apelidado de francês.³²⁷ Porém, cabe registrar que ele teve aplicação até mesmo em sistemas contrastantes, como os ligados à filosofia marxista-leninista.³²⁸

As experiências nos países que adotaram tal modelo mostram que ele é confiado, geralmente, ao Parlamento ou a um órgão político especialmente constituído para o feito, seja ligado ao Parlamento (Comitê Constitucional francês de 1946 a 1958, Comissão Constitucional romena de 1965 a 1989, Comitê de Supervisão Constitucional da União Soviética de 1989), seja dele independente (Juria Constitucional de Sieyès, Senado Conservador napoleônico, Conselho Constitucional francês de 1958).³²⁹

Assim, por geralmente estar associado ao controle exercido pelo órgão legislativo, a principal crítica que este modelo recebe é a de que ele feriria o princípio de que

³²⁵BARROSO, 2008, p. 42; CANOTILHO, 2003, p. 897.

³²⁶BARROSO, 2008, p. 42; CAPPELLETTI, 1999, p. 94-99.

³²⁷Nesse sentido, ver MIRANDA, 1996b, p. 381. Vale frisar, entretanto, a observação de Luís Roberto Barroso (In 2008, p. 43) no sentido de que é mais apropriado se falar que o modelo francês é de controle não judicial ao invés de político, já que é o fato de não integrar o Poder Judiciário e de não exercer função jurisdicional o que singulariza o *Conseil Constitutionnel*, junto com o caráter prévio de sua atuação. Entretanto, tanto o critério de nomeação de seus integrantes, como a fundamentação jurídica de suas decisões o aproxima do padrão das cortes constitucionais européias. Em sentido contrário, Osvaldo Alfredo Gozaíni. (In **Introducción al derecho procesal constitucional**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 81) defende que a prática do Conselho Constitucional francês da Constituição de 1958 não é jurisdicional porque trabalha esquematicamente e sem forma de processo, ainda que haja um juízo de constitucionalidade. CAPPELLETTI (In 1999, p. 29) acrescenta ainda que a função exercida pelo Conselho Constitucional francês, antes de ser um mecanismo de controle de constitucionalidade, é um ato, um parecer vinculatório acerca da constitucionalidade da norma, que vem a se inserir no próprio processo de formação da lei e, portanto, assume a mesma natureza deste processo, qual seja, a política.

³²⁸MIRANDA, 1996b, p. 381; PALU, 2001, p. 112. Entretanto, cumpre registrar que os motivos que levaram à existência de um controle político nos países partidários desse tipo de sistema não se relacionam com as teorias da soberania do parlamento e da separação dos poderes, mas sim pela negação dessa última tese, posto que os poderes deveriam ser unidos em um órgão supremo, de direta emanção popular e, portanto, caberia a ele o controle de constitucionalidade. Nesse sentido, cf. CAPPELLETTI, 1999, p. 32.

³²⁹MIRANDA, 1996b, p. 381; PALU, 2001, p. 101.

ninguém pode ser juiz em causa própria e, conseqüentemente, concentraria demasiado poder naquele órgão, violando a separação dos poderes³³⁰, o que leva até mesmo ao questionamento de se realmente se trataria de uma espécie de controle, no sentido estrito do termo.³³¹

De outro lado, a maior virtude apontada a ele consiste no fato do órgão político ser aquele que consegue mais dominar a dinâmica da ordem jurídica, já que um órgão do Judiciário não teria tanta sensibilidade política.³³²

3.5.2 O modelo estadunidense de fiscalização judicial

Ao contrário do que ocorreu na revolução francesa do século XVIII, nos Estados Unidos da América os juízes foram parte do movimento revolucionário pela independência.³³³ Isto porque, conforme visto no capítulo inicial deste trabalho, a revolução estadunidense se desenvolveu em torno do rechaço aos abusos do parlamento inglês, sendo que a atuação dos juízes no sentido de controlar esses abusos e não aplicar as leis que violassem a *common law* gerou a confiança por parte da população neles.³³⁴

Dessa forma, os cidadãos estadunidenses estavam imersos em uma cultura de controle das leis pelo Judiciário, sendo que o parâmetro de tal controle passa a ser a Constituição a partir da consolidação da tese da sua supremacia normativa, decorrente da concretização do Constitucionalismo naquele país, como já anteriormente demonstrado.³³⁵

³³⁰Cf. KELSEN, 2007, p. 150-155; BULOS, 2009, p. 114.

³³¹Cf. CAPPELLETTI, 1999, p. 35.

³³²BULOS, 2009, p. 114.

³³³Cf. GOZAÍNI, 2006, p. 36

³³⁴Cf. PALU, 2001, p. 109.

³³⁵Sobre a construção da ideia da supremacia normativa da Constituição nos Estados Unidos e as relevantes contribuições dadas para o desenvolvimento desta tese por, dentro outros, John Locke, Edward Coke e Alexandre Hamilton, ver o item “2.4 A Constituição como elemento normativo central do Estado Constitucional”.

Assim, foi consolidada nos Estados Unidos da América a ideia de que cabe ao juiz interpretar a lei para o fim de aplicá-la no caso concreto, sendo que havendo conflito entre duas leis, de força normativa diversas, deve prevalecer a de maior força, no caso a Constituição, sobre a de menor força, no caso as leis.³³⁶ Destarte, qualquer juiz chamado a aplicar uma lei a um caso concreto submetido a sua apreciação pode fiscalizar a constitucionalidade daquela lei.³³⁷

Esta ideia forma, portanto, a base de um sistema de fiscalização da constitucionalidade diverso do modelo do controle político francês, podendo ser chamado de modelo estadunidense de fiscalização judicial (*judicial review*), e que é definitivamente sedimentado na prática com a famosa decisão proferida pelo Juiz John Marshall no caso *Marbury versus Madison* de 1803.³³⁸⁻³³⁹

Pode-se afirmar que este modelo é não apenas judicial, mas também jurisdicional, na medida em que a questão da constitucionalidade dos atos normativos é deixada ao cargo de certos órgãos, no caso, os juízes, que são independentes, imparciais e decidem segundo critérios jurídicos em processos regulados por lei nos seus pressupostos e nos seus trâmites.³⁴⁰

Ele é exercido por via incidental, em que a questão da constitucionalidade do ato normativo somente surge no curso e como incidente de um caso concreto e na medida em que esse ato, cuja constitucionalidade se discute, seja relevante para a decisão do caso.³⁴¹

³³⁶Cf. CAPPELLETTI, 1999, p. 75.

³³⁷Cf. CANOTILHO, 2003, p. 898.

³³⁸Cf., por todos, CAPPELLETTI, 1999, p. 47-48; TAVARES, 2005, p. 120; GOIZAÍNI, 2006, p. 36; SEGADO, Francisco Fernández. Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aporte a la justicia constitucional em América Latina. In: TAVARES, André Ramos (coord.). **Justiça Constitucional e democracia na América Latina**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 18. Entretanto, cumpre sempre frisar que a decisão de Marshall não foi uma improvisação, mas antes um ato amadurecido através de séculos de história, não apenas americana, mas universal, conforme exposto supra.

³³⁹Apesar de ser a partir desta decisão que a Suprema Corte estabeleceu sua competência para exercer controle sobre atos, leis e decisões estaduais em face da Constituição e das leis federais, somente em 1819, no julgamento do caso *McCulloch v. Maryland*, a questão da constitucionalidade de uma lei federal foi novamente objeto de análise. Entretanto, tal lei foi reconhecida como constitucional, sendo que somente em 1857, no caso *Dred Scott v. Sandford*, é que a Suprema Corte voltou a declarar uma lei inconstitucional, o que foi considerada a pior decisão daquela Corte, posto que entendeu que a lei que aboliu a escravidão em determinadas regiões feriria a propriedade privada. Nesse sentido, cf. BARROSO, 2008, p. 9-10.

³⁴⁰Cf. MIRANDA, 1996a, 170.

³⁴¹Cf., por todos, CAPPELLETTI, 1999, p. 102-103.

Ademais, cabe a todos os juízes exercê-lo, motivo pelo qual recebe o qualificativo de difuso, valendo registrar, entretanto, que cabe recurso da questão da constitucionalidade a um tribunal supremo, encarregado de assegurar um controle uniforme, o que acaba sendo garantido pelo princípio do *stare decisis*³⁴², vigente no direito estadunidense e nos países de tradição da *common law*.³⁴³

Todavia, este modelo de fiscalização da constitucionalidade levanta algumas objeções. A primeira grande crítica é que ele viabilizaria uma espécie de “governo dos juízes”³⁴⁴, já que os juízes poderiam se utilizar do controle de constitucionalidade como subterfúgio para aniquilar leis de seu desagrado político, ideológico, econômico ou ético, sob pretexto da inconstitucionalidade.³⁴⁵

A resposta dada a tal crítica foi no sentido de que, além do controle da constitucionalidade dos juízes ser decorrente da própria lógica da supremacia normativa da Constituição, como já demonstrado, o Judiciário é o poder menos perigoso, devido a sua estrutura, natureza e composição.³⁴⁶

A segunda grande crítica ao modelo americano de fiscalização judicial da constitucionalidade é direcionada não ao órgão que exerce o controle, mas ao modo pelo qual ele é exercido. É que, por somente ser exercido diante de um caso concreto, o controle fica dependente deste para acontecer, o que pode levar a situações em que uma lei, claramente inconstitucional, sequer venha a ser objeto de controle.³⁴⁷

Além disso, o fato do sistema ser difuso pode gerar um grave inconveniente nos países que não possuem a prática de adotar a tese do *stare decisis*, posto que possibilita a existência de diversas decisões contraditórias quanto à

³⁴² Segundo Mauro Cappelletti (In 1999, p. 80), o princípio do *stare decisis* dispõe que uma decisão de uma corte superior vincula uma corte inferior da mesma jurisdição.

³⁴³ Cf. NÚÑEZ RIVERO; GOIG MARTINEZ; DÍAZ NIEVA, p. 118; CAPPELLETTI, 1999, p. 80 et seq.

³⁴⁴ Segundo Tavares (In 2005, p. 94) a expressão “Government by Judiciary” ou, em português, “governo dos juízes” foi criada por Louis Boudin em um estudo de 1911, mas ganhou fama com a obra clássica “Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois”, de 1921.

³⁴⁵ Nesse sentido, inclusive apresentando exemplos práticos dos excessos cometidos pela Suprema Corte americana, notadamente no governo de Franklin Roosevelt, cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006, p. 178 et seq; TAVARES, 2005, p. 95 et seq.

³⁴⁶ Cf. CAPPELLETTI, 1993, p. 49 et seq; TAVARES, 2005, p. 100.

³⁴⁷ Cf. CAPPELLETTI, 1999, p. 112.

constitucionalidade das leis, o que geraria incerteza do direito e conflito entre os órgãos.³⁴⁸

3.5.3 O modelo *kelseniano* de fiscalização jurisdicional concentrado em um Tribunal Constitucional

A tentativa de superar, por um lado, as críticas ao modelo americano de fiscalização judicial de constitucionalidade, por outro, as críticas ao sistema de fiscalização político de constitucionalidade, foi a responsável pela elaboração na Europa de um terceiro modelo de fiscalização de constitucionalidade dos atos normativos: o modelo de fiscalização jurisdicional concentrado em um Tribunal Constitucional.³⁴⁹

Não é exagero algum considerar que este modelo teve sua origem por meio da obra pessoal de Hans Kelsen, notadamente a partir da sua concretização por meio da Constituição austríaca de 1920.³⁵⁰ É por esse motivo, inclusive, que tal modelo é costumeiramente chamado de sistema austríaco de controle de constitucionalidade.

Partindo da premissa de que a principal e mais eficaz garantia da constitucionalidade é a anulação do ato inconstitucional³⁵¹, Kelsen rechaça a ideia de que cabe ao Parlamento o controle da constitucionalidade das leis, na medida em que este não pode ser obrigado de modo eficaz a garantir a constitucionalidade do ato e seria ingenuidade política contar que ele anularia ato criado por ele próprio somente porque outro órgão o declarou inconstitucional.³⁵²

Assim, para que haja uma efetiva garantia da constitucionalidade, deve-se reservar a um órgão diferente e independente do Parlamento ou de qualquer outra autoridade

³⁴⁸Cf. CAPPELLETTI, 1999, p. 77-78.

³⁴⁹Nesse sentido, Cappelletti (In 1999, p. 99-100) defende que este sistema de fiscalização foi, de certa forma, uma tentativa de se apresentar uma solução intermediária entre o sistema americano e o francês.

³⁵⁰Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006, p. 63.

³⁵¹Cf. KELSEN, 2007, p. 148 et seq.

³⁵²Ibid., p. 150 et seq.

estatal a fiscalização da constitucionalidade e o poder de anular os atos inconstitucionais.³⁵³

Kelsen rebate as principais objeções formuladas contra este sistema, quais sejam, a de que ele feriria a soberania do Parlamento e a separação de poderes. Quanto à primeira, Kelsen afirma que, fora o fato da soberania pertencer à própria ordem estatal e não apenas a um órgão, o procedimento legislativo está regulado pela Constituição, o que submete o Parlamento a esta.³⁵⁴ Já quanto à segunda crítica, referido jurista defende que a anulação de uma lei é uma atividade legislativa também, mas de caráter negativo, motivo pelo qual a criação de um outro órgão para exercer essa finalidade impediria a concentração do poder na mão do Parlamento, o que antes se coaduna com o princípio da separação dos poderes do que o rechaça.³⁵⁵

Além disso, em interessante debate acadêmico travado com Carl Schmitt³⁵⁶, Kelsen rebate a afirmação deste último de que o guardião da Constituição deveria ser o presidente do *Reich*.

Contrário a tal tese, Kelsen afirma que é falsa a conclusão de que o chefe do Estado expressa a vontade geral do povo unitário, já que esta vontade não existe e uma eleição não representa nenhuma garantia de que o chefe de Estado conseguiria equilibrar interesses em conflito.³⁵⁷

³⁵³KELSEN, 2007, p. 147-150. No mesmo sentido, cf. também KELSEN, 2007, p. 239-240.

³⁵⁴Ibid., p. 150-151.

³⁵⁵Ibid., p. 151-152.

³⁵⁶Segundo TAVARES (In 2005, p. 78 et seq.), esta polêmica se iniciou quando Carl Schmitt, em dois escritos intitulados de *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, de 1929, posteriormente ampliados no *Der Hüter der verfassung*, de 1931, criticou a afirmação de Kelsen de que o controle de constitucionalidade deve ser feito por órgão diverso do emissor dos atos a serem controlados e que tal órgão deve ser um Tribunal Constitucional. Para tanto, Schmitt sustentou a tese de que os magistrados constitucionais não eram neutros, razão pela qual o defensor da Constituição deveria ser o Chefe do *Reich*, pois era independente dos partidos políticos e foi escolhido pela totalidade do povo Alemão, ao contrário do Parlamento, motivo pelo qual expressaria verdadeiramente a vontade da maioria do povo. Kelsen rebate tal crítica em seu estudo “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?”, de 1930-1931, com tradução para o português de “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. As razões da réplica de Kelsen serão expostas a seguir.

³⁵⁷KELSEN, 2007, p. 283.

Ademais, a crítica de que os juízes são parciais, também caberia ao chefe do Estado, que é quem os nomeia, com a desvantagem deste, ao contrário daqueles, não possuir uma neutralidade já por sua ética profissional.³⁵⁸

As críticas apresentadas por Kelsen às teses da defesa da constitucionalidade pelo Parlamento e pelo chefe de Estado não o levaram a defender um controle de constitucionalidade nos moldes exercidos nos Estados Unidos da América.

Kelsen rechaça a ideia de um controle de constitucionalidade difuso e concreto, posto que o fato do controle ser difuso pode gerar uma ausência de decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, o que é uma grande ameaça a autoridade da própria Constituição, e o fato do controle ser concreto coloca à disposição do interesse privado a discussão acerca da constitucionalidade de uma lei, o que, na verdade, é questão de interesse público.³⁵⁹

Além disso, ele tenta evitar um governo dos juízes, notadamente pela vigência na Europa da época da doutrina da Escola Livre do Direito, que queria liberar, de certa forma, os juízes da observância das leis.³⁶⁰

Dessa forma, na tentativa de superar todos esses inconvenientes, Kelsen defende que o controle de constitucionalidade deve ser concentrado em apenas um único órgão, qual seja, o Tribunal Constitucional, e a fiscalização da constitucionalidade deveria ser dar por via principal e abstrata apenas, ou seja, independente do caso concreto, devendo a decisão nela proferida possuir eficácia *erga omnes* e não apenas para determinado caso.³⁶¹

Quanto à forma de nomeação dos membros deste Tribunal, Kelsen entende que não há a necessidade de ser parecida com a do Parlamento, ou seja, eleitos por sufrágio, já que a atuação daquele, diferente deste último, que possui uma livre criação, é absolutamente determinada pela Constituição. Assim o Tribunal exerce

³⁵⁸ KELSEN, 2007, p. 284. Entretanto, cumpre ressaltar que Kelsen (In 2007, p. 286 et seq.) não nega que o chefe do Estado possa ser também o guardião da Constituição, mas rebate apenas a tese de que somente caberia a este e não também a um Tribunal Constitucional tal função.

³⁵⁹ Cf. KELSEN, 2007, p. 140 et seq.

³⁶⁰ Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006, p. 140.

³⁶¹ Cf. CAPPELLETTI, 1999, p. 104-105. Para maiores análises sobre as diferenças entre os controles de constitucionalidade concentrado e abstrato e difuso e concreto, cf., por todos, BARROSO, 2008, p. 41-51; CANOTILHO, p. 898 et seq.; NÚNEZ RIVERO; GOIG MARTINEZ; DÍAZ NIEVA, 1997, p. 118 et seq.

função principalmente de aplicação e somente em pequena medida de criação do Direito, o que torna tal atuação efetivamente jurisdicional, motivo pelo qual os mesmos princípios que presidem sua constituição são os mesmos válidos para a organização dos tribunais judiciais ou dos órgãos executivos.³⁶²

De qualquer sorte, Kelsen propõe que, respeitadas algumas peculiaridades das Constituições, algumas condições gerais da organização da jurisdição constitucional devam ser obedecidas, quais sejam: número de membros limitados; reserva de vagas a juristas de carreira; exclusão dos membros do parlamento ou do governo.³⁶³

Apesar de alguns antecedentes³⁶⁴, esse modelo de fiscalização da constitucionalidade elaborado por Kelsen foi definitivamente consagrado com a Constituição austríaca de 1920.³⁶⁵

Porém, já em 1929 é promulgada uma lei de revisão da Constituição austríaca, modificando, parcialmente, este sistema de fiscalização da constitucionalidade, permitindo-se ao Tribunal Supremo das causas cíveis e penais (*Oberster Gerichtshof*) e o das causas administrativas (*Verwaltungsgerichtshof*) levantarem perante a Corte Constitucional a questão da constitucionalidade de uma lei surgida no curso de um processo ordinário que se encontrava naquelas cortes.³⁶⁶

Tal mudança veio a atender a falha do sistema anterior que somente permitia a determinados órgãos políticos a instauração do controle de constitucionalidade e que se mostrou ineficaz, notadamente porque a constitucionalidade de leis que tratavam de direitos e liberdades individuais raramente eram questionadas.³⁶⁷

³⁶²Cf. KELSEN, 2007, p. 153-155.

³⁶³Ibid., p. 153-155.

³⁶⁴Dentre esses antecedentes, costumam-se citar as próprias cortes austríacas anteriores a de 1920 e o Tribunal da Checoslováquia, criado meses antes que o Austríaco de 1920. Entretanto, apesar de exercerem já certo controle de constitucionalidade, é demasiado atribuir a eles a consagração do modelo de fiscalização jurisdicional concentrado em um Tribunal Constitucional, posto que as cortes austríacas limitavam o seu controle de constitucionalidade a forma de publicação da lei apenas e o Tribunal checoslováquio teve existência efêmera, já que não exerceu efetivamente o controle de constitucionalidade. Nesse sentido, cf. KELSEN, 2007, p. 303-304; TAVARES, 2005, p. 133-134.

³⁶⁵Cf. TAVARES, 2005, p. 131.

³⁶⁶CAPPELLETTI, 1999, p. 105-106.

³⁶⁷Ibid., p. 107-496 passim. Em sentido análogo, García de Enterría (In 2006, p. 168) coloca que as objeções levantadas em torno do Tribunal Constitucional são duas: a) a tensão entre política e direito (os problemas políticos que se submetem a uma decisão do Tribunal podem se resolver com os critérios e métodos de uma decisão judicial?); b) da onde se extrai o poder do Tribunal, sua legitimidade democrática.

A partir dessas modificações, o modelo definitivamente se expande por grande parte da Europa, notadamente após a 2ª Guerra Mundial, e, posteriormente, também para países da América Latina, como Peru e Guatemala.³⁶⁸

De forma geral, a principal crítica a tal modelo é no sentido de que faltaria legitimidade democrática ao Tribunal Constitucional.³⁶⁹ Na verdade, esta não seria uma crítica exclusiva ao sistema de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade por um Tribunal Constitucional, mas sim se aplicaria a qualquer modelo em que a fiscalização da constitucionalidade fosse de competência de um órgão ou conjunto de órgãos cujos integrantes não são eleitos pelo povo.

Isto porque a crítica parte da premissa da teoria tradicional da democracia, que repudia limitações ao governo do povo, salvo aquelas decorrentes da própria vontade deste, exigindo que as políticas governamentais sejam fiscalizadas por pessoas eleitas pelo próprio povo.³⁷⁰

Entretanto, é justamente na deficiência desta premissa adotada que se podem extrair os argumentos para rechaçá-la e demonstrar a legitimidade democrática do Tribunal Constitucional. É que, notadamente a partir do surgimento do modelo do Estado Constitucional Democrático e Pluralista no século passado, como já exposto neste trabalho, a concepção de democracia sofreu uma mudança substancial, não sendo mais sinônimo somente de princípio majoritário, mas também de realização de valores substantivos, concretização de direitos fundamentais e observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária das pessoas nos processos decisórios.³⁷¹

Assim, a concepção de democracia já não mais está ligada apenas ao método da eleição de representantes, podendo ser alcançada também pela utilização de diversos outros instrumentos, como, por exemplo, um processo participativo.³⁷²

³⁶⁸Cf. TOMÁS Y VALIENTE, 1996, p. 38-39. Sobre a expansão desse modelo e suas adaptações pela Europa, notadamente na Itália e Alemanha, cf. CAPPELLETTI, 1999, p. 108 et seq; GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006, p. 141-142.

³⁶⁹Cf. TAVARES, 2005, p. 110.

³⁷⁰Ibid., p. 492-493.

³⁷¹Cf. BARROSO, 2008, p. 58.

³⁷²Cf. TAVARES, 2005, p. 495; HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997, p. 36-40.

Somando-se a isso, tem-se que o Constitucionalismo defende o controle dos poderes como uma exigência de um Estado limitado e a primazia da Constituição positivada sobre o postulado da soberania popular representativa, já que a vontade momentânea da maioria deve ceder à vontade constituinte.³⁷³

Dessa forma, é necessária a instituição de um poder neutro que não só verifique e impeça que os demais poderes constituídos violem os limites que lhes foram traçados pelo povo, constantes da Constituição, como também que se proteja e promova a vontade constitucional, mesmo que diante de uma maioria política ocasional.³⁷⁴⁻³⁷⁵

Nesse diapasão, a legitimidade democrática do Tribunal Constitucional, enquanto órgão de fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos, não é extraída, preponderantemente, da forma como os seus integrantes foram eleitos, mas sim da importância da função que ele exerce e da sua forma de atuação.³⁷⁶

Quanto à sua função, tem-se que o Tribunal Constitucional é uma instituição democrática, na medida em que compete a ele a defesa da vontade constitucional, garantindo, por um lado, a harmonia do sistema jurídico e, por outro, protegendo os direitos da minoria quanto ao estrangulamento pela maioria ocasional.³⁷⁷

Quanto à sua atuação, o Tribunal Constitucional retira sua legitimidade democrática pelo fato da defesa da constitucionalidade por ele propiciada ser exercida em um processo participativo, marcado por critérios e métodos jurídicos e técnicos.³⁷⁸ Sem dúvida que o Tribunal Constitucional resolve conflitos políticos, ante a norma constitucional ser, em várias situações, recheada de valores políticos. Entretanto,

³⁷³Cf. TAVARES, 2005, p. 498-503.

³⁷⁴Ibid., p. 498-503.

³⁷⁵Nesse sentido, defende Barroso (In 2008, p. 59) que uma das funções essenciais da Constituição é justamente a de veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, que não devem ser preteridos por maiorais políticas ocasionais.

³⁷⁶Em sentido análogo, cf. TAVARES, 2005, p. 494-507 passim. Otto Bachof (apud TAVARES, 2005, p. 495) coloca argumento irrefutável para afastar a falsa correlação que se faz entre democracia e eleição, quando afirma que os ministros de Estado não são eleitos diretamente pelo povo, o que, entretanto, não impediu que se reconhecesse que eles exercem um poder democrático.

³⁷⁷Nesse último sentido, cf. KELSEN, 2007, p. 181; GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006, p. 202; BARROSO, 2008, p. 57.

³⁷⁸Cf. TAVARES, 2005, p. 504 et seq.

os critérios e métodos para resolver esses conflitos são jurídicos, ou seja, são realizados por meio da razão chamada de Direito.³⁷⁹

A renúncia a métodos políticos decorre da enorme importância da função exercida pelo Tribunal Constitucional, que o obriga a buscar na Constituição como norma jurídica as soluções dos casos, o que somente é garantido de forma objetiva e acertada se for adotado o método jurídico.³⁸⁰

Dessa forma, fato é que, quanto às críticas teóricas apresentadas à legitimidade democrática do Tribunal Constitucional, o Tribunal da História já o absolveu.³⁸¹ Entretanto, da sua atuação prudente e sábia, com observância do método jurídico e sem sucumbir à tentação de uma excessiva atuação política que a matéria com que ele lida o induz, é que dependerá a sua existência e a sua aceitação dentro do corpo político.³⁸²

3.5.4 O modelo combinado brasileiro

A superioridade dos sistemas de fiscalização de constitucionalidade jurisdicional estadunidense e *kelseniano* face ao sistema político francês, principalmente diante da maior imparcialidade dos órgãos que exerce o controle nos dois primeiros modelos, somada às maiores garantias apresentadas pelo método jurisdicional, fizeram com que esses sistemas jurisdicionais fossem incorporados na maioria dos países, notadamente a partir do século XX.

Entretanto, como já demonstrado, essa superioridade não significa perfeição, já que tanto o modelo estadunidense, quanto o *kelseniano* também apresentam algumas deficiências, motivo pelo qual o que se assistiu, na maioria das vezes, foi a

³⁷⁹GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006, p. 191.

³⁸⁰Ibid., p. 197.

³⁸¹Expressão esta extraída de GARCIA DE ENTERRÍA, 2006, p. 187.

³⁸²Em sentido análogo, cf. CAPPELLETTI, 1999, p. 113-114.

incorporação de um desses modelos com alguma adequação com base em característica do outro, como forma de superar tais deficiências.

Assim, a Itália, com a Constituição de 1948 e a criação da Corte Suprema em 1956, e a Alemanha, com a Constituição de Bonn de 1949, por exemplo, incorporaram a ideia de uma Corte Suprema, permitindo a certos legitimados ingressarem com ação autônoma diretamente perante aquela Corte para analisar a constitucionalidade dos atos normativos, mas também autorizaram a todos os juízes o poder de submeter a questão da constitucionalidade surgida diante de um caso concreto à apreciação da Corte Suprema.³⁸³

Dessa forma, a originária, nítida e radical contraposição entre o método estadunidense do controle de constitucionalidade via incidental e o método austríaco do controle pela via principal foi se atenuando.³⁸⁴ Assim, os modelos austríaco e estadunidense que antes eram vistos como antagônicos passaram a ser analisados como compatíveis.³⁸⁵

Um exemplo clássico dessa realidade é o modelo consagrado no Brasil, notadamente com a Constituição Federal de 1988, e que, devido à pertinência com o tema central desta pesquisa, passa-se a apresentar as suas notas gerais.³⁸⁶

Inicialmente, vale dizer que a Constituição Federal de 1988 consagrou também um controle político de constitucionalidade dos atos normativos, exercido tanto pelo Executivo, através, por exemplo, do veto de uma lei inconstitucional pelo Presidente,

³⁸³CAPPELLETTI, 1999, p. 108-110.

³⁸⁴Ibid., p. 111.

³⁸⁵Nesse sentido, cf. TAVARES, 2005, p. 101. Na verdade, Tavares, na obra citada, chega a ir além, defendendo a tese de que existe uma coincidência parcial de ambas as teses e não apenas a compatibilidade, já que a proteção pelo Judiciário leva a um tribunal de cúpula denominado, tecnicamente, de Tribunal Supremo e que pode se confundir, do ponto de vista funcional, com um Tribunal Constitucional, motivo pelo qual a adoção de um controle abstrato ao lado do concreto é o coroamento deste segundo modelo.

³⁸⁶Opta-se por uma análise apenas dos traços gerais do modelo brasileiro, pois assim não se desvia excessivamente do tema central deste trabalho, o que aconteceria se fosse realizada uma análise pormenorizada, na medida em que esta levantaria uma grande gama de questões. Assim, dispensam-se abordagens detalhadas acerca dos instrumentos disponibilizados pela Constituição Federal de 1988 para o exercício do controle de constitucionalidade e da própria História do controle de constitucionalidade no Brasil. Dessa forma, quanto à evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil, indica-se, desde logo, para uma leitura mais profunda, dentre outros, VELOSO, 2003, p. 29-35; MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 42-119; PALU, 2001, 120-133; STRECK, p. 313 et seq; BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 409 et seq.

como pelo Legislativo, através, por exemplo, da rejeição de um projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça.³⁸⁷

Entretanto, é o modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade consolidado pela Constituição de 1988 o que interessa neste momento, na medida em que ele é a regra no direito brasileiro³⁸⁸, possui conseqüências mais relevantes que o controle político³⁸⁹, mesmo porque é exercido de forma repressiva, além de que é o que maior relação possui com a presente pesquisa.

Por consagrar tanto a possibilidade do controle por via incidental e difusa (estadunidense), quanto o controle por via principal e concentrado (*kelseniano*), costuma-se dizer que este modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade consagrado pela atual Constituição Federal do Brasil é eclético, misto, híbrido.³⁹⁰

Entretanto, prefere-se seguir aqui André Ramos Tavares, no sentido de que o modelo brasileiro não é misto, mas sim combinado.³⁹¹ Isto porque o modelo brasileiro não é somente a união de elementos diferentes dos modelos *kelseniano* e estadunidense, mas sim a combinação deles, mesmo porque o diferente é também inconciliável se não houver tal combinação.³⁹²

Dessa forma, tem-se que a Constituição Federal de 1988 manteve tanto a possibilidade de um controle por via incidental e difuso, que vinha desde o início da República³⁹³, como a possibilidade de um controle por via principal e concentrado, implementado pela Emenda Constitucional n. 16/65.³⁹⁴

³⁸⁷Para uma análise mais detida destas e de outras hipóteses de controle político de constitucionalidade no Brasil, cf. BARROSO, 2008, p. 67 et seq.

³⁸⁸Ibid., p. 67.

³⁸⁹Cf. PALU, 2001, p. 156.

³⁹⁰Cf., por todos, VELOSO, 2003, p. 34; BARROSO, 2008, p. 64.

³⁹¹TAVARES, 2009, p. 228.

³⁹²Ibid., p. 229.

³⁹³Segundo Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (In 2009, p. 44-46), a Constituição de 1891, por força de Rui Barbosa e da forte inspiração deste no modelo americano, consolidou o modelo difuso e concreto de controle de constitucionalidade inaugurado já na Constituição Provisória de 1890. Posteriormente, a lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, explicitou ainda mais tal modelo, ao permitir, em seu artigo 13, §10, aos juízes e tribunais da Justiça Federal deixar de aplicar “[...] aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis e com a Constituição”. Por fim, a reforma constitucional implementada em 1926 veio a reforçar tal modelo.

³⁹⁴A Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, introduziu o sistema de controle de constitucionalidade concentrado no direito brasileiro, através do estabelecimento da representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada

O controle jurisdicional difuso é previsto na Constituição Federal de 1988 de forma expressa, porém oblíqua³⁹⁵, tanto pela disciplina do recurso extraordinário no artigo 102, III³⁹⁶, quanto pela regra da maioria absoluta para a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público por parte dos Tribunais, prevista no artigo 97.³⁹⁷

Por intermédio dele se permite, nos moldes do modelo estadunidense, que, no curso de qualquer ação, seja arguida/suscitada por qualquer das partes, pelo Ministério Público e até mesmo de ofício pelo juiz a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, seja municipal, estadual ou federal.³⁹⁸

Já o controle jurisdicional concentrado e abstrato foi bastante ampliado pela Constituição de 1988, na medida em que aumentou o rol dos legitimados para provocá-lo e os instrumentos para exercê-lo.

pelo Procurador Geral da República, ou seja, uma verdadeira ação direta de inconstitucionalidade. Nesse sentido, cf., por todos, JEVEAUX, 2008, p. 133; VELOSO, 2003, p. 33-34; BASTOS, 2001, p. 413-414. Entretanto, cumpre a observação de que já sob a égide da Constituição de 1934 existia uma espécie de controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade da lei, representado pela previsão da Ação Interventiva, que era uma ação proposta pelo Procurador Geral da República dirigida ao STF com o objetivo de submeter a esta Corte a lei federal de intervenção promulgada pelo Congresso Nacional quando este decidisse que um Estado deixou de observar os princípios constitucionais sensíveis e, portanto, decretasse a intervenção federal em tal Estado, o que era feito por meio desta lei interventiva. Assim, reconhecida a constitucionalidade dessa lei federal pelo STF, a intervenção poderia ser realizada. Ocorre que esta ação é hipótese de controle concentrado, mas, conforme nos adverte Streck (In 2003, p. 347-348), é exagero considerá-la como modalidade de controle abstrato de constitucionalidade, já que o julgamento da ação constituía pressuposto da decretação da intervenção federal. Assim, não se trata de um processo objetivo, sem partes e sem um caso concreto subjacente, significando, na verdade, uma fórmula peculiar de composição judicial de conflitos federativos. Nesse sentido, cf. também BARROSO, 2008, p. 306; MARTINS; MENDES, 2009, p. 48.

³⁹⁵Cf. BARROSO, 2008, p. 65, com a ressalva de que tal autor não chega a mencionar o artigo 97, da CF/88, como exemplo dessa recepção oblíqua.

³⁹⁶Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.

³⁹⁷Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

³⁹⁸Cf. STRECK, 2002, p. 361; FERREIRA FILHO, 2007, p. 40; PALU, 2001, p. 157; BULOS, 2009, p. 128-130.

Dessa forma, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) em face de lei ou ato normativo federal ou estadual teve seu rol de legitimados ampliados, passando não mais a ser apenas o Procurador-Geral da República, como era desde a Emenda Constitucional n. 16/65, para alcançar ampla gama de representantes da sociedade e do Estado.³⁹⁹

Além disso, por inspiração do constitucionalismo português e iugoslavo⁴⁰⁰, criou-se também a possibilidade de manejo da ADIn para os casos de inconstitucionalidade por omissão⁴⁰¹, ou seja, como visto anteriormente, para aquelas situações em que a inconstitucionalidade resulta da inércia de qualquer órgão do Poder, que deixa de praticar em certo tempo o ato normativo exigido pela norma constitucional.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 inovou com a criação da figura da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)⁴⁰², que visa preservar as regras e princípios constitucionais considerados fundamentais.⁴⁰³

Tal medida veio a enriquecer o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das normas, já que questões até então excluídas de análise no âmbito do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade pelo STF, como os atos normativos anteriores à Constituição, passaram a poder ser analisados por meio desta figura.⁴⁰⁴

³⁹⁹Neste sentido, o artigo 103, da CF/88, dispõe que: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;
 II - a Mesa do Senado Federal;
 III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
 IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
 V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
 VI - o Procurador-Geral da República;
 VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
 VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
 IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

⁴⁰⁰Nesse sentido, cf. STRECK, 2003, p. 361.

⁴⁰¹Cf. artigo 103, §2º, da CF/88, *in verbis*: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

⁴⁰²Inicialmente prevista no artigo 102, parágrafo único, da CF/88, sendo convertido em parágrafo primeiro deste mesmo artigo pela Emenda Constitucional n. 3, de 13 de março de 1993. Entretanto, ela somente veio a ser regulamentada com a Lei n. 9882, de 3 de dezembro de 1999. Anteriormente a esta regulamentação, o Supremo Tribunal Federal entendia pela não auto-aplicabilidade da medida. Nesse último sentido, cf., por todos, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet-AgR 1140. Relator: Ministro Sydney Sanches. Tribunal Pleno. 02 mai. 1996. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.03.2010.

⁴⁰³Cf. TAVARES, 2009, p. 286 et seq.; BULOS, 2009, p. 236 et seq.

⁴⁰⁴Cf., por todos, MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1062.

Somando-se a esta inovação, a Emenda Constitucional n. 03/93, trouxe a figura da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), que permite ao STF reconhecer expressamente a constitucionalidade de ato normativo federal com a Constituição, evitando-se a incerteza jurídica e a existência de divergentes decisões sobre a constitucionalidade do ato.⁴⁰⁵

Além disso, a CF/88 ainda determinou, em seu artigo 125, §2º⁴⁰⁶, a instituição nos Estados-Membros de representação de inconstitucionalidade de lei e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição estadual.

Dessa forma, percebe-se que a Constituição Federal de 1988 ampliou bastante o controle jurisdicional de constitucionalidade concentrado e abstrato no Brasil.⁴⁰⁷ A ênfase passou do controle difuso e concreto para o abstrato e concentrado.⁴⁰⁸

Tal fato representa o atual movimento por uma maior objetivação do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, alcançando, inclusive, o próprio controle difuso e concreto, na medida em que, a partir da instituição pela Emenda Constitucional n. 45/2004 da figura da repercussão geral como pressuposto do recurso extraordinário, este último passou a ser de defesa da ordem constitucional objetiva, convertendo-se um processo tipicamente subjetivo em processo com características e elementos inegavelmente objetivos.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵Nesse sentido, cf., por todos, BARROSO, 2008, p. 217-218; FERREIRA FILHO, 2007, p. 42.

⁴⁰⁶“Art. 125 [...] § 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

⁴⁰⁷Nesse sentido, cf. BARROSO, 2008, p. 67; JEVEAUX, 2008, p. 133-134.

⁴⁰⁸Cf. GANDRA; MENDES, 2009, p. 86-87.

⁴⁰⁹Cf. TAVARES, 2009, p. 283; GANDRA; MENDES, 2009, p. 104.

4. A COISA JULGADA FORMADA NO PROCESSO CIVIL

Após realizado o estudo do controle de constitucionalidade e demonstrada sua condição de pressuposto de normatividade ao paradigma do Constitucionalismo, passa-se, neste momento, à análise do instituto que está no outro ponto da tensão tratada nesta pesquisa, qual seja, a coisa julgada.

Defende-se aqui que a coisa julgada, ao garantir a estabilidade da decisão judicial, também se constitui em um pressuposto de normatividade do Constitucionalismo.

Para sua maior compreensão, discorrer-se-á acerca dos seus fundamentos, da sua conceituação, da diferenciação entre coisa julgada formal e material, da sua força vinculativa e dos seus limites objetivos e subjetivos.

4.1 FUNDAMENTOS

A ideia de Direito surge da necessidade de se regular as condutas das pessoas e de se resolver os conflitos de interesses entre elas, como forma de se garantir a preservação da própria existência e estrutura da sociedade e do Estado.⁴¹⁰

Entretanto, para atingir adequadamente seu mister, é necessário que o Direito traga consigo a certeza e a segurança⁴¹¹, sendo tal exigência ainda mais marcante em um Estado Constitucional.

⁴¹⁰Em sentido análogo, ver, por todos, REALE, 2005, p. 2.

⁴¹¹Sobre segurança e certeza como elementos indispensáveis ao Direito cf. diversas passagens de RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução e prefácios de L. Cabral de Moncada. 4. ed., revista e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Coimbra: Armênio Amado, Editor, Sucessor, 1961, v. II, pp. 7; 121-122; 135. Entretanto, o próprio Radbruch (In 1961, p. 122) sustenta que “Conforme vimos, só a ideia de segurança jurídica podia servir de fundamentação à obrigatoriedade do direito injusto. Todavia vimos também que havia, ou podia haver, casos duma tal injustiça e duma tal inadequação do direito ao seu fim que o valor da segurança jurídica os não conseguia compensar.”. Dessa forma, apesar da segurança e a certeza serem inerentes à ideia de Direito, elas

Isto porque, como visto, este modelo estatal é moldado pelo paradigma do Constitucionalismo, sendo um dos seus pilares o Estado de Direito⁴¹² e que, segundo Canotilho, possui como um dos seus subprincípios concretizadores o princípio geral da segurança jurídica.⁴¹³

A ideia de segurança jurídica é desenvolvida com base em dois conceitos basilares: o da estabilidade das decisões dos poderes públicos e o da previsibilidade dos efeitos jurídicos dos atos normativos.⁴¹⁴

Dessa forma, somente se alcança a segurança exigida pelo Estado Constitucional quando os indivíduos sabem os efeitos jurídicos dos seus comportamentos e quando existe uma possibilidade de estabilização das decisões dos poderes públicos.

Para garantir o primeiro elemento, qual seja, a previsibilidade dos efeitos jurídicos dos atos normativos, bastam mecanismos como a clareza e precisão dos atos e a proibição de retroatividade de tais atos, salvo autorização constitucional.⁴¹⁵

Mas, para garantir a estabilidade das decisões, é necessário algo diverso, qual seja, que estas decisões não sejam objetos de indefinidas alterações futuras, sendo o instituto da coisa julgada justamente um meio para se alcançar esta condição, já que ela impede qualquer mudança pelo Estado na decisão tomada.⁴¹⁶

não são valores absolutos. Em sentido análogo, afirma Eduardo Couture (In 2002, p. 330, tradução nossa) que “[...] a necessidade de firmeza deve ceder, em determinadas condições, ante a necessidade de que triunfe a verdade”.

⁴¹²Cf. item sobre Constitucionalismo.

⁴¹³CANOTILHO, 2003, p. 257 et seq. Em sentido análogo, defendendo a ideia da segurança jurídica como um dos fundamentos do Estado de Direito, cf. BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2001, p. 49 et seq.

⁴¹⁴CANOTILHO, 2003, p. 264. Vale frisar ainda que o mesmo CANOTILHO (In 2003, p. 257) chama o primeiro desses conceitos basilares como princípio da segurança jurídica e o segundo de proteção da confiança dos cidadãos, que juntos formam o princípio geral da segurança jurídica.

⁴¹⁵Ibid., p. 258-264.

⁴¹⁶Sem dúvida que a coisa julgada demonstrou ser o meio mais eficaz e, talvez, nos tempos atuais, é até mesmo necessário para se conseguir a estabilidade das decisões judiciais. Entretanto, isto não exclui, num juízo hipotético, a existência de outras formas em que tal estabilidade poderia ser garantida. Giuseppe Chiovenda (In **Principii di Diritto Processuale Civile**. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene: Napoli, 1965, p. 906-907) já afirmava que existem sistemas de Direito, como o antigo norueguês, em que a sentença poderia ser impugnada indefinidamente e RESTA (apud LIEBMAN, Enrico Tullio. Ainda sobre a Sentença e sobre a coisa julgada. In _____, **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. São Paulo: Forense, 2006, p. 167) já dizia que o instituto da coisa julgada parece desconhecido ao direito mulçumano. Ao menos que se queira sustentar que nestes exemplos de sistemas de Direito reinava a instabilidade e a insegurança e, portanto, sequer

Entretanto, nem todas as decisões normativas são conciliáveis com o instituto da coisa julgada. Isto porque, ao menos em um Estado Constitucional como o brasileiro, onde vigora a inafastabilidade da jurisdição, assegurando ao prejudicado pelo ato legislativo e administrativo a sua revisão jurisdicional e a impossibilidade de interferência das outras atividades na atividade jurisdicional, não é possível cogitar que as decisões legislativas e administrativas possam adquirir a autoridade da coisa julgada.⁴¹⁷

Este impedimento, contudo, não existe para a sentença, mas, ao contrário, a ideia da coisa julgada, enquanto forma de alcançar a estabilidade da decisão, parece mesmo se encaixar perfeitamente à ela. É que a sentença é o ato da autoridade jurisdicional contendo um comando que exprime e afirma a concreta disciplina que deve regular, segundo as normas do sistema jurídico, o conflito de interesses submetido à apreciação do Estado-Juiz.⁴¹⁸

de Direito se poderia falar, o que se desconhece que alguém tenha chegado a afirmar tal exagero, fato é que a própria sobrevivência desses sistemas demandou certa estabilidade das decisões jurisdicionais, o que, se não era justificado por meio da coisa julgada, já que esta era desconhecida, ao menos se alcançava por meio do reduzido número de alterações perpetradas à sentença, por outros fatores. Quais seriam estes fatores é questão que somente se poderia responder através de uma pesquisa pormenorizada sobre estes sistemas, o que foge ao objeto deste trabalho. De qualquer forma, poderia se cogitar, senão nestes sistemas, ao menos em outros hipotéticos, que a confiança nos juízes e nas suas decisões ou mesmo os altos custos para se interpor um recurso poderiam ser fatores que garantiriam a estabilidade destas decisões, independentemente da coisa julgada.

⁴¹⁷Cf. TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua Revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 47-48. Em sentido contrário, adotando uma visão peculiar da coisa julgada, Merkel (apud LIEBMAN, Enrico Tullio. *A eficácia natural da sentença como ato do Estado*. In: _____, **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. São Paulo: Forense, 2006, p. 133) defendeu que a coisa julgada se estende a todos os atos jurídicos do Estado, na medida em que toda norma é ilimitadamente válida no tempo, salvo expressa disposição contrária. Liebman (In 2006, p. 134-135) rebateu Merkel afirmando que somente a sentença está sujeita à coisa julgada, já que os atos administrativos podem ser impugnados judicialmente e a Administração pode revogá-los e alterar seus efeitos, e os atos legislativos são naturalmente mutáveis, com o objetivo de se adaptar às variáveis necessidades da vida social e à mutável apreciação do Poder Legislativo. Esta tese da impossibilidade dos atos legislativos e administrativos adquirirem a coisa julgada é consolidada no direito brasileiro (cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Notas ao § 7º*. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. São Paulo: Forense, 2006, p. 148-150).

⁴¹⁸Tal definição de sentença foi extraída com base em LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efeitos da Sentença e Coisa Julgada*. In: _____, **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. São Paulo: Forense, 2006, p. 283. Sobre sentença como uma afirmação da vontade da lei que garante a alguém um bem da vida no caso concreto, cf. CHIOVENDA, 1965, p. 134-891 passim.

Assim, ao contrário da maioria dos atos normativos estatais, que possuem a função primordial de regular condutas de forma abstrata e geral, a sentença exerce um papel principal de resolver conflitos de interesses concretos, extraindo do sistema jurídico a solução normativa ao caso dado à sua apreciação.

Nesse diapasão, a sentença cumpre a função de extirpar a incerteza jurídica provocada pelo litígio, que é um mal à sociedade, que se sente afetada pelo risco de não prevalecerem no convívio social as normas estatuídas pela ordem jurídica como garantia de preservação do relacionamento civilizado.⁴¹⁹

Portanto, mais do que qualquer outro ato normativo, a sentença necessita de estabilidade para atender adequadamente o seu mister⁴²⁰, motivo pelo qual a coisa julgada é instituto que com ela se coaduna.

Isto porque a coisa julgada permite à sentença adquirir a estabilidade por ela tanto almejada, já que impossibilita, por um lado, a reforma da sentença no bojo do processo na qual ela foi prolatada⁴²¹ e, por outro, não permite ao Estado-Juiz dar solução diversa ao caso decidido na sentença, mesmo que em outro processo, evitando-se, assim, também um conflito prático entre decisões.⁴²²

⁴¹⁹Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In NASCIMENTO, Carlos Valder do Nascimento (coordenador). **Coisa Julgada Inconstitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 91.

⁴²⁰Nesse sentido, João Carlos Barbosa Moreira (In Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In _____. **Temas de Direito Processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 244) chega a afirmar que “A atividade do órgão jurisdicional, entretanto, seria vã e não atingiria o fim a que visa-se o resultado conseguido ficasse indefinidamente à mercê de discussões e impugnações”.

⁴²¹Assim, Pontes de Miranda (In **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: forense, 1959. t. IV, p. 97) afirma que a coisa julgada serve para por fim às “[...]” descargas aos estímulos combativos”. Também no sentido da coisa julgada como obstáculo à perpetuação dos litígios e garantia da estabilidade das relações, cf. MONTEIRO, João. **Programma de um Curso de Theoria do Processo Civil e Commercial**. 5 ed. São Paulo: Typographia Academica, 1936, p. 736-737; AMERICANO, Jorge. **Da Acção Rescisória**. São Paulo: Casa Vanorden, 1922, p. 7.

⁴²²Cf., LIEBMAN, Enrico Tullio. A autoridade da coisa julgada. In: _____, **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvidio Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. São Paulo: Forense, 2006, p. 50-51.

Destarte, a coisa julgada se apresenta como um mecanismo peculiar à sentença⁴²³, que assenta sua estabilidade definitiva⁴²⁴ e permite a resolução e regulação definitiva dos conflitos, na medida em que torna imutável a norma jurídica concreta a ser aplicada ao caso⁴²⁵, garantindo, portanto, o primado do princípio geral da segurança jurídica inerente ao Estado de Direito.⁴²⁶ E, como o Estado de Direito é um dos pilares do Constitucionalismo, o instituto da coisa julgada acaba por ser também um pressuposto de normatividade deste.

⁴²³Cumprir observar, entretanto, que o fato da coisa julgada ser peculiar à sentença não significa chegar ao extremo da afirmação de Couture (In 2002, p. 335-336, tradução nossa) de que “Sem coisa julgada não há jurisdição”. Na verdade, o que se quer dizer é que somente com a decisão jurisdicional a coisa julgada é compatível, ao menos num Estado de Direito nos moldes antes referidos, onde vigora o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Neste sentido, cf., novamente TALAMINI, 2005, p. 47-50. Por fim, vale lembrar a ressalva feita pelo mesmo Talamini (In 2005, p. 46) e também por, dentre outros, Ovídio A. Baptista da Silva (In **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1, p. 485), no sentido de que, por ser compatível apenas com a atividade jurisdicional, mas não essencial a esta, não é todo ato jurisdicional que deve ter aptidão para adquirir a coisa julgada, mas apenas aqueles que a lei atribui tal autoridade.

⁴²⁴Cf., por todos, MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, p. 61; CANOTILHO, 2003, p. 264-265; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: 2004b. v. III, p. 296-297.

⁴²⁵Em sentido análogo, cf. MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Atualizado por Ovídio Rocha Barrosa Sandoval. Prefácio de Domingos Franciulli. 9. ed. atual., Campinas: Millennium, 2003, p. 517; DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. Bahia: Editora JusPODIVM, 2009, v. 2, p. 408.

⁴²⁶Sobre coisa julgada como atributo de garantia da segurança jurídica e, consequentemente, do Estado de Direito, cf., por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 52, n. 317, p. 16, mar. 2004; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da Coisa Julgada**: hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 21-22; NERY JÚNIOR, Nelson. Coisa Julgada e o Estado Democrático de Direito. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano XXXI, n. 96, p. 233 et seq., dez. 2004. Em sentido contrário, defendendo que a ideia de coisa julgada como corolário da segurança jurídica é uma falácia, já que fatores sociais (como fome e exclusão social), por exemplo, não permitem a estabilidade social, mesmo que se tenha a coisa julgada, cf. NASCIMENTO, Carlos Valder do; PEREIRA JÚNIOR, Lourival. Natureza da coisa julgada: uma abordagem filosófica. In NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 58. Contra este argumento e em defesa da coisa julgada como garantidora da segurança do Direito, pode-se afirmar que, certamente, a coisa julgada não resolverá todos os problemas que levam à desestabilidade da sociedade, mas ela cumpre perfeitamente o fim a que se destina, qual seja, o de evitar que a desestabilização da sociedade decorra da incerteza do Direito a ser aplicado ao caso concreto.

4.2 CONCEITUAÇÃO

A ideia da coisa julgada como fundamentada na necessidade de viabilizar a segurança jurídica, notadamente em um Estado de Direito, conforme demonstrado no item anterior, é praticamente uníssona entre os juristas.⁴²⁷

Porém, o mesmo não se pode dizer quanto à conceituação dada ao instituto da coisa julgada, tendo sido, ao longo dos anos e até mesmo dos séculos, elaborados diversos conceitos a respeito dela.⁴²⁸

A primeira grande concepção sobre a coisa julgada que se registra é a chamada concepção materialista, nascida em Roma.⁴²⁹ Segundo a tradição romanística clássica, via-se na *res iudicata* (o equivalente à coisa julgada) a força criadora da sentença e a consumação da *actio*, já que o *iudicatum* ou impunha ao réu uma obrigação ou então o liberava do vínculo emergente da *litis contestatio*, sendo que, em qualquer caso, haveria uma impossibilidade de se repropor a ação, como consequência natural da consumação processual.⁴³⁰

Dessa forma, a *res iudicata* era o bem da vida que o autor deduziu em juízo (*res in iudicium deducta*) depois que foi julgado como devido ou não devido, sendo ela,

⁴²⁷No sentido da existência dessa unanimidade, cf. PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa Julgada Civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 48. Opinião divergente quanto à coisa julgada decorrer da necessidade de se assegurar a segurança jurídica é encontrada, conforme já demonstrado na nota anterior, em NASCIMENTO; PEREIRA JÚNIOR. In NASCIMENTO; DELGADO (coord.), 2006, p. 58.

⁴²⁸Neste sentido, cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In: _____. **Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 133. No mesmo sentido, Moacyr Amaral Santos (In **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 21. ed. atualizada por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 49, grifos do autor) afirma que “Não há entre os juristas unidade de pensamento quanto ao *fundamento jurídico* da autoridade da coisa julgada”, sendo da mesma opinião também PORTO, 2006, p. 48. Cumpre registrar, entretanto, que o que Santos e Porto chamam de fundamento jurídico da coisa julgada, em oposição ao fundamento político e filosófico, que seria a ideia da coisa julgada como decorrente da necessidade de segurança e certeza nas relações jurídicas, prefere-se falar aqui de conceito da coisa julgada, já que também a necessidade de segurança jurídica é um fundamento jurídico da coisa julgada, posto que decorre de uma exigência do Estado de Direito e do próprio Direito, sendo, portanto, uma exigência não só política, mas jurídica também.

⁴²⁹Cf. KLIPPEL, Rodrigo. **A coisa julgada e sua impugnação**: relativização da coisa julgada. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 21.

⁴³⁰LIEBMAN, Enrico Tullio. Introdução. In: _____. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. São Paulo: Forense, 2006, p. 3-4.

verdadeiramente, o único e exclusivo efeito do *iudicatum*, não representando eficácia especial.⁴³¹

Nesse sentido, a coisa julgada era o próprio conflito de direito material julgado⁴³² e que, ao invés de declarar direito existente, criava direito novo, o que fazia da *res iudicata* o que mais de concreto existia.⁴³³

Entretanto, a partir do momento em que se deixa de conceber o Direito unicamente como sistema de ações, como ocorria na época romana clássica, para vê-lo como sistemas de direitos, cabendo ao processo somente garantir o gozo deles, passou-se a afirmar solidamente o caráter essencialmente declarativo contido na sentença.⁴³⁴

Este fato, somado à noção da coisa julgada como efeito próprio e específico da decisão judicial e à visão da estrutura silogística da sentença, o que levava à conclusão desta ser necessariamente verdadeira⁴³⁵, fez com que se chegasse à ideia de que a coisa julgada consistia na imposição da verdade da declaração do direito contida na sentença.⁴³⁶

Nesse diapasão, guiados por textos de Ulpiano, juristas da Idade Média desenvolveram a teoria da coisa julgada como presunção de verdade. Segundo ela, a finalidade do processo era a busca da verdade, mas esta, como comprovam as sentenças injustas por erro de fato, nem sempre é alcançável, motivo pelo qual a coisa julgada fazia com que pairasse sobre a sentença uma presunção de verdade.⁴³⁷

Esta teoria foi adotada por Pothier, que a consagrou no Código de Napoleão, daí se expandindo para vários outros diplomas legais, valendo registrar o Regimento n. 737, de 1850, que vigorou no Brasil, cujo artigo 185 rezava: “São presunções legais

⁴³¹ Cf. CHIOVENDA, 1965, p. 907; BIONDI apud LIEBMAN, 2006, p. 4.

⁴³² Cf. KLIPPEL, 2006, p. 22.

⁴³³ LIEBMAN, 2006, p. 4.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 19.

⁴³⁵ Cf. CHIOVENDA, 1965, p. 907-908.

⁴³⁶ LIEBMAN, 2006, p. 19.

⁴³⁷ Cf. SANTOS, 2003, p. 50; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 1, p. 334; PORTO, 2006, 49.

absolutas os fatos ou atos que a lei expressamente estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrário, como a coisa julgada”.⁴³⁸

Baseado na mesma constatação feita pela teoria da presunção de verdade, no sentido de que é possível existirem sentenças injustas resultantes de erro de fato ou de direito, Savigny elaborou a teoria da ficção de verdade, segundo a qual a coisa julgada estaria na ficção de verdade que reveste a sentença, já que a declaração nela contida nada mais representava que uma verdade aparente.⁴³⁹

Entretanto, a partir do século XIX, estas ideias de coisa julgada como ficção ou presunção de verdade começaram a sofrer grandes embates, no sentido de que a coisa julgada não procura resguardar a afirmação da verdade do fato, mas sim da existência da vontade da lei ao caso concreto.⁴⁴⁰

Ademais, ao instituir a coisa julgada, o legislador não estaria preocupado em valorar a sentença no sentido de verdadeira/falsa e justa/injusta, mas sim apenas impedir que se volte a discutir questões já soberanamente decididas pelo Poder Judiciário, sendo, portanto, uma preocupação com a segurança nas relações.⁴⁴¹

Assim, foram desenvolvidas várias outras teorias com o intuito de superar as deficiências acima apontadas, podendo ser citadas como as principais as desenvolvidas por Hellwig, Chiovenda e Carnelutti.⁴⁴²

A primeira é chamada de teoria da eficácia da declaração e sustenta que a coisa julgada é identificada com a eficácia da declaração da sentença, ou seja, a declaração obrigatória e indiscutível que a sentença produz.⁴⁴³

⁴³⁸ Cf. SANTOS, 2003, p. 50.

⁴³⁹ Cf. PORTO, 2006, p. 49; SANTOS, 2003, p. 50. Esta teoria era bastante adotada pela doutrina no Brasil no final do século XIX e início do XX, ou seja, antes da chegada de Liebman e sua obra ao Brasil, conforme se verifica em RIBAS, Antônio Joaquim. **Consolidação das Leis do Processo Civil comentada pelo Conselheiro Dr. Antonio Joaquim Ribas com a colaboração de seu filho Dr. Julio A. Ribas**. Rio de Janeiro: Dias da Silva Júnior, 1879, v. 1, p. 362; BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de Theoria e pratica do Processo Civil Comparado com o Commercial e de Hermenêutica Jurídica**. 8. ed. São Paulo: Saraiva & Comp., 1935, p. 139.

⁴⁴⁰ CHIOVENDA, 1965, p. 908-909; TALAMINI, 2006, p. 38.

⁴⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1, p. 598.

⁴⁴² Sobre outras teorias acerca da coisa julgada, como a teoria da extinção da obrigação jurisdicional de Ugo Rocco, a teoria da força legal, substancial, da sentença de Pagenstecher e a teoria de Merkl da coisa julgada como relativa à duração de validade da norma concreta contida na decisão judicial que, não obstante a excelência dos seus elaboradores, possuem valor secundário para este trabalho, mesmo porque são poucos os que a aceitam no direito brasileiro, cf. LIEBMAN, 2006, p. 38 et seq.; SANTOS, 2003, p. 51-53; RODRIGUES, 2003, p. 334.

Já a teoria de Chiovenda, também chamada de teoria da vontade do Estado, defendia que o juiz somente era representante do Estado quando afirma a vontade da lei ao caso concreto e não quando raciocina para chegar a esta vontade, motivo pelo qual pouco importa se ele comete um erro lógico.⁴⁴⁴

Dessa forma, a sentença somente seria uma afirmação da vontade do Estado que garante a alguém um bem da vida no caso concreto e, portanto, somente a esta afirmação pode se estender a autoridade do julgado, motivo pelo qual a coisa julgada era um efeito da sentença, consistente na produção de certeza acerca da afirmação da vontade concreta da lei contida na sentença.⁴⁴⁵

A teoria de Carnelutti também entendia que a autoridade da coisa julgada está no fato da sentença provir do Estado.⁴⁴⁶ Porém, ele separou a coisa julgada sob o ponto de vista da eficácia da sentença, no sentido de que aquela representava a imperatividade desta diante da sua qualidade de ato estatal, e a coisa julgada sob o aspecto da imutabilidade, entendendo que esta decorria da preclusão dos recursos.⁴⁴⁷

Não obstante a reverência prestada aos autores de todas essas teorias apontadas, Enrico Tullio Liebman não se conteve com as explicações por elas apresentadas para o instituto da coisa julgada e, em obra magistral e de notável influência no direito processual brasileiro, defendeu uma teoria particular a respeito da coisa julgada.⁴⁴⁸

Para ele, as teorias antes apresentadas oscilavam entre considerar a coisa julgada como um dos efeitos da sentença ou mesmo como sua eficácia específica⁴⁴⁹, o que acabava por vincular eficácia natural da sentença com coisa julgada, o que seria

⁴⁴³ Cf. HELLWIG apud LIEBMAN, 2006, p. 21.

⁴⁴⁴ CHIOVENDA, 1965, p. 909.

⁴⁴⁵ CHIOVENDA, 1965, p. 909-910; LIEBMAN, 2006, p. 20.

⁴⁴⁶ Cf. SANTOS, 2003, p. 53-54.

⁴⁴⁷ CARNELUTTI, p. 136 et seq; LIEBMAN, 2006, p. 49.

⁴⁴⁸ O trabalho referido é o seu "Efficacia e autorità della sentenza", publicado pela primeira vez em 1935. Tal trabalho foi traduzido para o português por Alfredo Buzaid e Benvindo Aires em 1945, sob o título de "Eficácia e Autoridade da Sentença". Utiliza-se na presente pesquisa a quarta edição em português, que contém, além da obra principal, outros escritos sobre a coisa julgada, sendo que os textos posteriores à primeira edição tiveram tradução de Ada Pellegrini Grinover.

⁴⁴⁹ Cf. LIEBMAN, 2006, p. 3.

inadmissível, a partir do momento que se constatou que a sentença possui diversos efeitos além do declarativo e apresenta variados conteúdos.⁴⁵⁰

Assim, Liebman criticou a teoria de Hellwig, já que, ao vincular coisa julgada com eficácia declarativa da sentença, ela acabava retirando a possibilidade de incidência da coisa julgada nos outros efeitos da sentença.⁴⁵¹

Quanto a Chiovenda, Liebman reconheceu a relevante contribuição ao tema da coisa julgada dada por seu mestre, ao diferenciá-la de conceitos e fenômenos afins, separando, por exemplo, autoridade da coisa julgada da simples preclusão, ao distingui-la do fato processual da irrecorribilidade de uma sentença ou de um despacho interlocutório e ao, conseqüentemente, limitar a coisa julgada à decisão de mérito da ação e, assim, restringir o campo de ação da coisa julgada ao ato de vontade ditado na sentença, e não à atividade lógica desenvolvida pelo juiz no processo.⁴⁵²

Entretanto, Liebman considerou que tais contribuições não foram suficientes para que Chiovenda enxergasse a coisa julgada como algo diverso da eficácia da sentença e de seus efeitos, já que ele via na coisa julgada também um efeito da sentença, consistente na produção de certeza acerca da afirmação da vontade concreta da lei contida na sentença.⁴⁵³

Quanto à teoria de Carnelutti, Liebman a criticou pelo fato dela levar à conclusão de que seria possível a existência da autoridade da coisa julgada antes que a sentença transitasse em julgado, ou seja, antes que ela não pudesse mais ser recorrida.⁴⁵⁴

Para superar as contradições que todas essas teorias geravam e, assim, harmonizar o instituto da coisa julgada com a identificação da existência de vários efeitos na sentença, Liebman apresentou a ideia de que coisa julgada e eficácia da sentença são fenômenos diversos.

A sentença, como ato jurídico que é, deve ser eficaz, ou seja, deve ter uma aptidão para produzir seus efeitos.⁴⁵⁵ Além disso, enquanto ato normativo estatal, assim

⁴⁵⁰ Cf. LIEBMAN, 2006, p. 20-21.

⁴⁵¹ Ibid., p. 26.

⁴⁵² Ibid., p. 6.

⁴⁵³ Ibid., p. 47.

⁴⁵⁴ Ibid., p. 49-50.

como os são os atos legislativos e administrativos, possui uma presunção de legalidade decorrente da qualidade do órgão da qual ela emana e das garantias previstas para sua emissão.⁴⁵⁶

Destarte, salvo expressa disposição legal em sentido contrário, a sentença produz seus efeitos desde o momento em que ela surge, posto que é presumida como em conformidade com o Direito. Liebman, assim, afirma que a sentença possui uma eficácia que lhe é natural, intrínseca, sequer havendo necessidade de norma expressa a prevendo.⁴⁵⁷

Ocorre que esta eficácia é independente da existência ou não de possibilidade de mudança na sentença, assim como a lei é eficaz independente da possibilidade de sua alteração posterior. Dessa forma, a simples eficácia não impede que outra decisão venha a contraditar a sentença.⁴⁵⁸

Porém, foi visto no tópico anterior que a sentença cumpre a função de extirpar a incerteza jurídica provocada pelo litígio, o que, na maioria dos casos, exigirá dela uma estabilidade. É justamente aí que surgiria para Liebman a coisa julgada, enquanto indiscutibilidade ou imutabilidade da sentença e dos seus efeitos, um atributo que qualifica e potencializa a eficácia que a sentença naturalmente produz, segundo a sua própria essência de ato estatal.⁴⁵⁹

Ela torna imutável o ato em seu conteúdo, em sua formalidade e nos seus efeitos, no sentido de que já não poderá ser substituído por outro, com fundamento em nova e divergente apreciação do caso.

Com essas ideias, Liebman prestou, sem dúvida, uma das maiores contribuições já dadas por um jurista ao tema da coisa julgada, sedimentando a ideia de que eficácia da sentença não se confunde com coisa julgada, apesar de serem assuntos ligados, já que esta serve para perpetuar aquela.⁴⁶⁰

⁴⁵⁵Cf. LIEBMAN, 2006, p. 288.

⁴⁵⁶Ibid., p. 137.

⁴⁵⁷Ibid., p. 125-288 passim.

⁴⁵⁸Ibid., p. 51.

⁴⁵⁹Ibid., p. 60.

⁴⁶⁰Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover (In Notas ao §1º. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover.

A doutrina brasileira acolheu, em grande medida, a ideia de Liebman⁴⁶¹, sem, porém, deixar de apresentar algumas críticas com vistas ao seu aprimoramento. Sem dúvida, uma das mais importantes destas críticas veio por parte de José Carlos Barbosa Moreira⁴⁶², quando ele, apesar de reconhecer a distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, ainda vê na construção de Liebman “[...] a coisa julgada conceitualmente presa à rede dos efeitos da sentença, como algo que a eles adere para fazê-los imutáveis”.⁴⁶³

Nesse sentido, Moreira entende que os efeitos da sentença não se tornariam imutáveis com o trânsito em julgado, mas sim o que se torna imutável é o próprio conteúdo da sentença, sendo somente esta construção a respeito da coisa julgada a que permite a sua libertação plena da problemática relativa à eficácia da sentença.⁴⁶⁴

Isto seria assim, porque, por exemplo, cumprida a decisão espontaneamente pelo devedor ou terminada a execução forçada da sentença condenatória, este efeito desapareceria, não havendo, portanto, sentido em falar na sua imutabilidade.⁴⁶⁵

Dentro destas premissas, referido jurista finaliza conceituando a coisa julgada como uma nova situação jurídica que caracteriza a sentença quando esta transita em julgado, ou seja, quando cessa a possibilidade dela ser impugnada por meio de recurso.⁴⁶⁶

Dessa forma, a coisa julgada não se identificaria nem com a sentença trânsita em julgado e nem com o atributo de imutabilidade que ela se reveste, mas com a situação jurídica em que passa a existir após o trânsito em julgado. Ingressando em

Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. São Paulo: Forense, 2006, p. 9) escreveu que a teoria da coisa julgada desenvolvida por Liebman “[...] talvez possa ser considerada como a construção mais significativa no invulgar pensamento do Mestre [...]”.

⁴⁶¹Nesse sentido, inclusive indicando diversas referências provando tal acolhida, cf. GRINOVER, 2006, p. 9-10.

⁴⁶²Outra crítica relevante, notadamente pela pena de quem vem, pode ser encontrada em MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. rev. e aument. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997, tomo V, p. 100 et seq., onde referido autor afirma que Liebman agiu bem ao diferenciar força declarativa declaratória e força da coisa julgada, mas caiu no exagero de teorizar a diferença entre eficácia e coisa julgada material.

⁴⁶³MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada e Declaração. In _____. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 89.

⁴⁶⁴MOREIRA, 1977, p. 89.

⁴⁶⁵Id., 1971, p. 138-139.

⁴⁶⁶Ibid., p. 145-146.

tal situação, a sentença adquire uma autoridade de resistência a subseqüentes tentativas de modificação de seu conteúdo, sendo, portanto, a esta autoridade e não à coisa julgada propriamente dita que corresponde o conceito de imutabilidade.⁴⁶⁷

Objecção semelhante à apresentada por Moreira, mas não com o intuito de sustentar que a coisa julgada é uma situação jurídica que se refere apenas ao conteúdo da sentença, mas sim de reafirmar a teoria da identificação da coisa julgada com o efeito declaratório da sentença, já havia sido levantada por críticos na década de 1930 a Liebman, a qual ele respondeu afirmando que o que a coisa julgada torna imutável é o efeito da sentença, ou seja, a sua declaração ou mudança, mas não a relação jurídica em que incide o efeito, já que sobre esta ainda permanece às partes a liberdade de dispô-la.⁴⁶⁸

Assim, Liebman afirma que se deve entender a imutabilidade dos efeitos da sentença não como eternização deles, mas como a impossibilidade deles serem substituídos por outro diverso, com fundamento em nova e divergente apreciação do caso concreto.⁴⁶⁹

Destarte, com referência àquela situação existente ao tempo em que a sentença foi prolatada, os efeitos da sentença permanecem inalterados, não podendo ser discutidos até que fatos novos intervenham criando situação jurídica diversa.⁴⁷⁰

Talamini, defendendo a concepção de Moreira, retrucou a resposta dada por Liebman, ao afirmar que o mestre italiano acabou, neste ponto, confundindo eficácia da sentença, isto é, a sua aptidão para produzir efeitos, com os próprios efeitos, já que estes se referem à concreta repercussão do comando sentencial sobre a situação objeto de julgamento.⁴⁷¹ Portanto, se é possível a esta situação ser modificada pelas partes depois de sofrer a repercussão da sentença, isso significa que os próprios efeitos estarão sendo modificados, extintos ou impedidos de operar, motivo pelo qual somente permanece incólume o conteúdo do *decisum*.⁴⁷²

⁴⁶⁷MOREIRA, 1971, p. 146.

⁴⁶⁸Cf. TALAMINI, 2006, p. 36 e o próprio LIEBMAN, 2006, p. 177-178.

⁴⁶⁹LIEBMAN, 2006, p. 178.

⁴⁷⁰Ibid., p. 281.

⁴⁷¹TALAMINI, 2006, p. 36-37.

⁴⁷²Ibid., p. 37.

Ao que parece, é mesmo correta a ideia de que a coisa julgada se refere apenas ao conteúdo do comando da sentença, já que o que ela se destina mesmo, como já afirmado, é garantir a estabilidade das decisões normativas estatais, mas não os seus efeitos.

E como a decisão normativa dada pelo Estado-Juiz ao caso colocado à sua apreciação é aquela contida no conteúdo da sentença, mais precisamente em seu comando, não há razão para se rejeitar a ideia de que a coisa julgada é justamente a imutabilidade do conteúdo deste comando.

Cumprir registrar, entretanto, que, diversamente de Moreira, não se consegue aqui vislumbrar uma diferença substancial entre dizer que a coisa julgada é a imutabilidade do conteúdo do comando da sentença e afirmar que ela é a situação jurídica que a sentença adquire quando transita em julgado, já que, na verdade, esta situação jurídica nova é justamente a condição de imutabilidade que o conteúdo do comando da sentença passa a se revestir, ou seja, ele passa de mutável para imutável. Destarte, dizer que a coisa julgada é a situação jurídica nova de imutabilidade que a sentença passa a adquirir com o seu trânsito em julgado é, substancialmente, o mesmo que simplesmente afirmar que ela é a imutabilidade do conteúdo do comando da sentença.

Ovídio Baptista da Silva, retomando lições de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda⁴⁷³, criticou esta concepção, já que entendia que a coisa julgada não é nem a imutabilidade que atinge os efeitos da sentença e nem a imutabilidade do comando contido na sentença, mas sim a imutabilidade que atinge apenas a declaração contida na sentença, motivo pelo qual, por exemplo, quando uma dívida é paga, ocorre uma extinção do efeito condenatório da sentença, o mesmo podendo ocorrer com todos os efeitos da sentença, exceto o declaratório.⁴⁷⁴

Para refutar tal posicionamento, Moreira demonstrou a diferença entre conteúdo e efeitos da sentença. Segundo ele, apesar de ser natural que se estabeleça uma

⁴⁷³Cf. MIRANDA, 1997, p. 96 et seq. e compare a semelhança desta posição com a encampada por Ovídio Baptista da Silva.

⁴⁷⁴SILVA, 2003, p. 74 et seq. No mesmo sentido, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 647 et seq. Cumprir registrar a diferença desta concepção para a de Hellwig, já que ela, diversamente da teoria deste último, não reputa que a coisa julgada seja indispensável para que a sentença tenha efeito declaratório.

relação íntima entre o conteúdo e os efeitos de um ato jurídico, isto não significa que ambos se confundem, já que o efeito é algo que está necessariamente fora daquilo que o produz, que é justamente o conteúdo do ato. Assim, por exemplo, numa sentença constitutiva, o seu conteúdo é o ato de modificar a situação anterior, já a modificação enquanto efeito é a situação nova, conseqüente ao ato modificativo.⁴⁷⁵

Talamini também rebate a tese de Ovídio Baptista da Silva. Para tanto, ele afirma que as partes não ficam vinculadas à declaração jurisdicional no caso das relações disponíveis, podendo abdicar, em comum acordo, da solução dada pela sentença quanto ao reconhecimento de uma relação e, assim, podem, perfeitamente, regular a relação de forma diversa, motivo pelo qual não é correto dizer que o efeito declarativo adquiriria o caráter de imutabilidade com a coisa julgada.⁴⁷⁶

Ocorre que esta crítica de Talamini poderia levar à conclusão de que também o conteúdo do comando da sentença pode ser modificado pela vontade das partes. Entretanto, o que a coisa julgada procura é impedir que o comando normativo contido na sentença seja alterado por meio de insurreição de qualquer das partes ou até mesmo de ambas em conjunto perante o Estado.⁴⁷⁷ Dessa forma, é no que diz respeito a este último que o conteúdo do comando da sentença deve permanecer imutável.

Se o sistema permite às partes alterar a relação entre elas da forma como regulada pela sentença é questão que decorre do caráter congente ou não da norma, ou seja, que ela estabeleça ou não posições jurídicas indisponíveis.⁴⁷⁸ Isto porque, assim como a norma em abstrato, também a norma em concreto, que é justamente o comando da sentença, pode ser de caráter disponível ou não, estando, portanto, a indisponibilidade não na sentença, mas na norma atuada.⁴⁷⁹

Destarte, a imutabilidade do conteúdo do comando da sentença é vista sob o prisma da impossibilidade do Estado em fornecer novo comando normativo àquela relação,

⁴⁷⁵MOREIRA, José Carlos Barbosa. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. **Revista de Processo**, ano 10, n. 40, out.-dez. 1985. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 7-12.

⁴⁷⁶TALAMINI, 2006, p. 39-43.

⁴⁷⁷Ibid., p. 43.

⁴⁷⁸Ibid., p. 41-42.

⁴⁷⁹Ibid., p. 42.

mesmo que com a anuência das partes, reservando-se ao caráter cogente ou não da norma a disponibilidade do conteúdo da relação.

Para finalizar este tópico, cumpre verificar a definição de coisa julgada que se colhe do direito positivo brasileiro atual, já se advertindo, desde logo, para o erro crasso *a priori* que se comete quando o legislador procura conceituar institutos.⁴⁸⁰

O artigo 6º, §3º, da Lei de Introdução do Código Civil (LICC) dispõe que “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”⁴⁸¹. Inobstante a duvidosa vigência deste dispositivo no sistema jurídico brasileiro atual⁴⁸², fato é que ele acaba por não definir a coisa julgada, mas sim o momento de sua formação.⁴⁸³ Dessa forma, ele se detém ao aspecto cronológico e deixa de lado o aspecto ontológico da coisa julgada.⁴⁸⁴

Já o artigo 467, do CPC, dispõe que “Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Grinover critica tal dispositivo, já que ele levaria a crer que coisa julgada é efeito e não qualidade da sentença, além do que ele serviria, no máximo, para o conceito de coisa julgada formal⁴⁸⁵, que será mais bem explicado no item seguinte.

Cintra, por sua vez, afirma que, apesar da imprecisão na utilização da palavra “eficácia”, que significa aptidão para produzir efeitos, é lícito sustentar que tal termo foi utilizado no sentido de efeito, razão pela qual o CPC teria conceituado a coisa

⁴⁸⁰A esta inconveniência parece advertir, em nota de rodapé n. 5, MOREIRA, 1971, p. 135.

⁴⁸¹A doutrina brasileira da época da promulgação deste dispositivo acolheu tal conceituação. Neste sentido, cf. RIBAS, 1879, p. 349; AMERICANO, Jorge. **Processo Civil e Commercial no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva & C., 1925, p. 217; BAPTISTA, 1935, p. 139.

⁴⁸²Isto porque, conforme assevera Antônio Carlos de Araújo Cintra (In **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Forense, 2003, v. 4, p. 309) Alfredo Buzaid escreveu que o Anteprojeto do Código de Processo Civil apresentava definição diversa de coisa julgada justamente para tentar solucionar os problemas gerados pelo dispositivo da LICC, ou seja, havia uma clara intenção de revogação legislativa.

⁴⁸³MOREIRA, 1971, p. 135-136; RODRIGUES, 2003, p. 336; MARINONI; ARENHART, 2008, p. 646;

⁴⁸⁴MOREIRA, 1971, p. 136.

⁴⁸⁵In notas ao §1º. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. São Paulo: Forense, 2006, p. 10-11. Em sentido análogo, cf. MIRANDA, 1997, p. 113.

julgada como um efeito da sentença, se ajustando à ideia de Celso Neves, com base em Hellwig.⁴⁸⁶

Já Talamini acredita que a alusão à coisa julgada como “eficácia” não chega ao extremo de considerá-la como um efeito declaratório da sentença, mas sim como outro efeito diverso que vem se somar aos tradicionais efeitos declaratório, constitutivo, condenatório etc.⁴⁸⁷

Por sua vez, Marinoni e Arenhart criticam tal dispositivo, já que a coisa julgada não é um efeito da sentença, mas sim a qualidade de imutabilidade dada ao efeito declaratório da sentença.⁴⁸⁸

Entretanto, a crítica mais contundente a tal dispositivo vem do próprio Talamini⁴⁸⁹, ao sustentar que o artigo 467, do CPC, é inadequado não só no que diz respeito a esta ou aquela conceituação dada pela doutrina sobre a coisa julgada, mas sim, e principalmente, por ser contrária à própria conceituação de coisa julgada que se pode extrair do sistema jurídico por meio da análise de outros dispositivos, já que, por exemplo, não seriam sobre todas as sentenças não mais sujeitas a recurso que incidiria a coisa julgada material, mas apenas naquelas em que houve resolução de mérito.⁴⁹⁰

De qualquer sorte, a deficiência técnica e a incoerência do legislador não são suficientes para tornar incompatível a conceituação legislativa de coisa julgada com aquela defendida neste trabalho como sendo a imutabilidade do conteúdo do comando da sentença, ao menos quando se adota uma interpretação sistemática, mesmo porque não se vislumbra algum caso em que a adoção desta última conceituação ao invés da literalmente prevista pela lei possa trazer consequências diferentes.

⁴⁸⁶CINTRA, 2003, p. 310.

⁴⁸⁷TALAMINI, 2006, p. 44.

⁴⁸⁸In 2008, p. 646-647.

⁴⁸⁹In 2006, p. 30-44 passim.

⁴⁹⁰Cf., a contrario sensu, o disposto no artigo 485, *caput*, do CPC, *in verbis*: “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...]”.

4.3 A COISA JULGADA FORMAL E A COISA JULGADA MATERIAL

É bastante comum se distinguir a coisa julgada em formal e material (substancial). Entretanto, a forma como esta distinção é feita não chega a ser uníssona dentre os juristas que se ocupam da matéria.

Certamente que a tese mais compartilhada é a elaborada por Chiovenda⁴⁹¹, segundo a qual a coisa julgada material mira a questão da imutabilidade fora do processo, como obrigatoriedade no futuro juízo, e a coisa julgada formal se refere à indiscutibilidade da sentença dentro do processo, ocasionada pela preclusão⁴⁹² de impugnação recursal à sentença.⁴⁹³

Ademais, sustentou Chiovenda que a coisa julgada material somente seria capaz de atingir a sentença que reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes, ou seja, a sentença que julgar o mérito da demanda, posto que somente a ela tem interesse a imutabilidade fora do processo.⁴⁹⁴

Já Carnelutti⁴⁹⁵ desenvolveu teoria peculiar, já que, apesar de concordar que a coisa julgada formal age dentro do processo e a material fora, sustenta que somente a primeira se refere à imutabilidade da sentença, enquanto que a segunda está ligada à imperatividade da sentença.

⁴⁹¹Cf. CHIOVENDA, 1965, p. 910-914; CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Paolo Capitano, com anotações de Enrico Tullio Liebman. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, v. 1, p. 452.

⁴⁹²Entretanto, vale frisar que o próprio Chiovenda (In 1965, p. 911) já ressaltou que não se deve confundir coisa julgada e preclusão, já que esta é instituto geral no processo, que tem aplicação em muitos casos diversos da coisa julgada, além de que a preclusão de uma questão nem sempre dá lugar à formação de coisa julgada. No mesmo sentido, cf. TALAMINI, 2006, p. 132-134, o qual ainda esclarece que existe um ponto de encontro entre o instituto da preclusão e o da coisa julgada, consistente no fato de ser a preclusão da faculdade de recorrer do ato apto a pôr fim ao processo que implicará o trânsito em julgado, o qual, por sua vez, acarretará a coisa julgada formal e, conforme o caso, a material também, motivo pelo qual a preclusão opera apenas de modo indireto na formação da coisa julgada.

⁴⁹³A título exemplificativo, como adeptos desta distinção, cf., na doutrina estrangeira, COUTURE, 2002, p. 339-341; GOLDSCHMIDT, James. **Direito Processual Civil**. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, t. 1, p. 448; na doutrina pátria, MARQUES, 2003, p. 519-520; SANTOS, 2003, p. 47-48. MARINONI e ARENHART (In 2008, p. 642-643) parecem, a princípio, seguir esta tese, ao identificar coisa julgada formal como a indiscutibilidade da sentença dentro do processo e a coisa julgada material como a indiscutibilidade fora do processo, mas, diversamente de Chiovenda, eles chegam ao extremo de afirmar que a coisa julgada formal não é sequer coisa julgada, mas sim espécie de preclusão.

⁴⁹⁴Cf. CHIOVENDA, 1965, p. 912. No mesmo sentido no direito brasileiro, por todos, cf. DINAMARCO, 2004b, p. 301.

⁴⁹⁵In 1997, p. 137-142.

Esta tese foi atacada por Liebman que afirmou, com base na diferença por ele estabelecida entre eficácia natural da sentença e autoridade da coisa julgada, que a eficácia da sentença (imperatividade) não poderia ser vista como sinônimo de coisa julgada, além do que entender que somente a coisa julgada formal tem ligação com a imutabilidade significa concluir que seria possível a existência da coisa julgada material antes mesmo da sentença ser imutável, o que é totalmente contraditório com a própria finalidade do instituto da coisa julgada.⁴⁹⁶

Apesar de reconhecer a sua aceitação na doutrina⁴⁹⁷, Liebman também apresentou críticas à teoria de Chiovenda, consubstanciada, na verdade, mais em uma crítica geral à distinção entre coisa julgada formal e material, já que ele entendia que a diferença está no comando contido na sentença e nos seus efeitos e não na coisa julgada, que permanece a mesma.⁴⁹⁸

Dessa forma, o fato, por exemplo, de uma sentença que acolhe uma preliminar relativa à ausência de um pressuposto processual poder se tornar imutável apenas dentro do processo no qual foi proferida e outra sentença que julgar o mérito da demanda poder se tornar imutável também fora do processo no qual foi proferida não decorre da diferença entre a coisa julgada formada em um e no outro caso, mas sim pelo fato do comando sentencial no primeiro caso somente ter importância no âmbito daquele mesmo processo, enquanto que no segundo caso seu comando também possui relevância para outros processos.⁴⁹⁹

Entretanto, também a tese de Liebman não fica a salvo de críticas. É que, apesar de se reconhecer que o comando sentencial varia conforme se resolva ou não o mérito da demanda, não é correta a ideia de que tal comando tem importância meramente dentro do processo no qual foi proferido quando ele se limita a extinguir o processo, sem resolução de mérito.

Uma sentença que, por exemplo, acolhe uma incompetência absoluta do juízo pode sim ter interesse também fora do processo no qual foi proferida, bastando apenas que se veja o conteúdo do comando de tal sentença não como simplesmente

⁴⁹⁶Sobre as críticas de LIEBMAN à teoria de CARNELUTTI, cf. LIEBMAN, 2006, p. 49 et seq.

⁴⁹⁷Ibid, p. 55.

⁴⁹⁸Ibid, p. 56. Em sentido análogo, cf. TALAMINI, 2006, p. 132.

⁴⁹⁹Ibid., p. 55-56.

declarando que determinado juízo é incompetente para julgar aquele determinado processo, mas sim como que a incompetência é para julgar aquela lide, seja neste, seja em outro processo.⁵⁰⁰

E mais ainda se pode dizer das sentenças que extinguem o processo, sem resolução de mérito, acolhendo a falta de uma das condições da ação, como por exemplo, a da ilegitimidade ativa da parte, cujo interesse fora do processo no qual foi proferida pode estar presente na impossibilidade de se decidir em outro processo pela legitimidade da parte, já que esta se refere não ao processo, mas à ação, que é sempre a mesma, independente de em quantos processos ela é exercida.⁵⁰¹

Dessa forma, a ideia que vem desde Chiovenda e que Liebman também acaba aceitando, no sentido de que existe uma ligação entre coisa julgada material e comando sentencial que resolve o mérito da demanda é, no máximo, de natureza legal⁵⁰², mas não necessária no plano teórico, na medida em que não existe empecilho lógico para se imaginar um sistema jurídico em que seja possível ao conteúdo do comando de uma sentença que extingue o processo, sem resolução de mérito, mas que possua interesse também para fora daquela relação processual, possa adquirir a coisa julgada material.

Assim, a distinção entre coisa julgada formal e material não passa pela análise do comando da sentença, mas sim pelo âmbito de incidência da imutabilidade do conteúdo do comando sentencial, não importando qual seja este.⁵⁰³

O instituto da coisa julgada se manifesta de duas formas para dar à sentença a condição de estabilidade a ela necessária, com o fito de cumprir adequadamente a sua função de eliminar a incerteza jurídica provocada pelos conflitos. Por um lado,

⁵⁰⁰Neste sentido, José Carlos Barbosa Moreira (In 1967, p. 122) cita doutrina alemã que entende que a decisão que acolhe a incompetência do juízo é apta a adquirir a coisa julgada material, com a ressalva de que a sua autoridade, neste caso, atingiria apenas a questão resolvida, somente impedindo a repropositura da demanda na medida em que subsista o defeito em que o pronunciamento foi fundado. Ademais, Barbosa Moreira (In 1967, p. 122-123) também cita o exemplo italiano, onde renomados juristas daquele país, até mesmo por expressa previsão legal, consideram decisões sobre conflito de competência como aptas a produzir coisa julgada material.

⁵⁰¹Neste sentido, com base no CPC de 1939, mas com raciocínio que certamente vale para o atual, cf. MOREIRA, 1967, p. 118-121.

⁵⁰²Nesse sentido, Barbosa Moreira (In 1971, p. 142-143) defende que a discriminação dos casos em que existe apenas coisa julgada formal ou também a material resulta do que dispõe o direito positivo, que possui critérios que comportam “[...] certa dose de discricionariedade, conforme atestam as discrepâncias observáveis na matéria entre os vários ordenamentos”.

⁵⁰³Neste sentido, cf. MOREIRA, 1971, p. 142; THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 595.

ela garante tal estabilidade à sentença ao torná-la imutável dentro do processo no qual foi proferida e, por outro, ao impedir que haja outra sentença em outro processo tratando da mesma lide dispendo de forma contrária a ela.

A imutabilidade inerente à coisa julgada pode incidir em quatro âmbitos diversos: a) restrita ao processo em que foi proferida a sentença; b) restrita a outros processos apenas; c) restrita ao processo em que foi proferida a sentença e mais alguns outros processos; d) englobando tanto o processo em que a sentença foi proferida quanto qualquer outro processo.

No caso, a segunda situação, qual seja, a da imutabilidade da sentença se dá apenas com relação a outros processos, apesar de teoricamente possível a sua existência, não tem muita utilidade prática, posto que é pouco provável que a legislação preveja uma situação em que a sentença seja imutável fora do processo, quando ainda permaneça mutável dentro deste, motivo pelo qual tal situação costuma passar despercebida pelos juristas e, assim, sequer se costuma nomeá-la.

Algo similar ocorre com a terceira situação, qual seja, a da imutabilidade da sentença se restringir ao processo em que foi proferida a sentença e mais alguns outros processos, posto que, apesar de ser perfeitamente viável em alguns casos, como o de se vincular a sentença anteriormente proferida apenas ao mesmo juízo em que ela foi prolatada, a existência desta hipótese não é comum nas legislações, motivo pela qual ela também não é tratada e definida pela doutrina.

O mesmo não se pode dizer das outras duas situações, havendo aí sim que se falar de coisa julgada formal, no primeiro caso, e de coisa julgada material, no outro caso.

A primeira é a imutabilidade do conteúdo do comando da sentença, mas restrita ao processo na qual esta última foi proferida. Já a coisa julgada material significa tal imutabilidade acrescida de uma peculiaridade diversa da existente na coisa julgada formal, qual seja, a da imutabilidade não ser apenas dentro, mas também atingir fora do processo no qual foi proferida a sentença⁵⁰⁴, impedindo que se julgue de forma contrária não só no mesmo processo, mas também em outro que envolva a mesma

⁵⁰⁴Nesse sentido da coisa julgada material, cf., por todos, MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no Sistema do Processo Civil Brasileiro. In _____. **Temas de Direito Processual**. Saraiva: São Paulo, 1977, p. 97; MOREIRA, 1971, p. 142.

lide, mesmo que o juiz do segundo processo se convença da injustiça da decisão precedente.

Nesse sentido, a diferença entre coisa julgada formal e material é quanto à extensão da imutabilidade, posto que a coisa julgada formal se refere à imutabilidade no âmbito do próprio processo em que a sentença foi proferida e a coisa julgada material se refere à imutabilidade tanto dentro quanto fora deste processo.⁵⁰⁵

Esta afirmação, entretanto, não significa chegar ao extremo de deixar completamente à irrestrita liberdade do legislador estabelecer quando haverá coisa julgada material e quando existirá apenas a formal, posto que, apesar de ser uma escolha com caráter político, ela deve ser moldada por razões jurídicas e, notadamente, por parâmetros constitucionais.⁵⁰⁶

Assim, é necessário que as decisões que julgam o mérito da demanda possam ser suscetíveis de gerar coisa julgada material, já que, do contrário, não haveria a pacificação do litígio e, portanto, a coisa julgada não atingiria a sua finalidade última de garantir a estabilidade da sentença e, conseqüentemente, a segurança jurídica.

Porém, razões constitucionais levam ao impedimento de que toda e qualquer decisão que julgar o mérito possa adquirir a coisa julgada material, já que somente aquelas em que houve o contraditório é que serão aptas a adquirir tal espécie de imutabilidade, o que exclui, por exemplo, uma decisão dada sem a oitiva da parte contrária.⁵⁰⁷

Isto porque, notadamente no Estado Constitucional Democrático e Pluralista, somente é constitucionalmente deferível a coisa julgada material às decisões em que houve participação das partes, através de contraditório, na sua formação.

⁵⁰⁵ Dessa forma, a coisa julgada material é um *plus* no que tange ao âmbito de imutabilidade com relação à coisa julgada formal, motivo pelo qual aquela pressupõe esta. Neste sentido, cf. MIRANDA, 1997, p. 99-100; CHIOVENDA, 1965, p. 911; COUTURE, 2003, p. 341; GOLDSCHMIDT, 2003, p. 448; RODRIGUES, 2003, p. 340.

⁵⁰⁶ Em sentido análogo, cf. TALAMINI, 2005, p. 53.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 53. Em sentido análogo, por vários, cf. BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: procedimento comum: ordinário e sumário. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, t. I, p. 392-394; MARINONI; ARENHART, 2008, p. 645; PORTO, 2006, p. 100.

Além disso, a decisão deverá ter sido precedida de uma cognição exauriente sob o aspecto vertical⁵⁰⁸, sob pena de tornar imutável uma decisão baseada em juízo superficial e, portanto, provisório, violando até mesmo a cláusula do devido processo legal.⁵⁰⁹

Dessa forma, apesar de se reconhecer certa liberdade ao legislador para escolher os casos em que haverá coisa julgada material ou apenas a formal, esta liberdade deve ser exercida dentro do quadrante do Constitucionalismo e da própria finalidade do instituto da coisa julgada, o que impõe, como regra, que as sentenças que julguem o mérito da demanda e que foram feitas com base em uma cognição exauriente⁵¹⁰ sejam aptas a adquirir a coisa julgada material.

Para encerrar, cumpre registrar que, como somente através da coisa julgada material o conteúdo do comando sentencial pode adquirir efetivamente uma imutabilidade no seu aspecto mais amplo, já que não poderá ser modificado nem dentro nem fora do processo no qual foi proferido, é sobre ela que se tratará no decorrer deste trabalho quando se referir simplesmente ao vocábulo “coisa julgada”.

⁵⁰⁸ Neste sentido, cf. TALAMINI, 2005, p. 54-58 passim. Sobre a diferença entre cognição horizontal e vertical, entendendo aquela como ligada à extensão cognoscível do conflito, à amplitude do objeto da cognição, e esta como ligada à profundidade da investigação do juiz sobre determinada matéria, ou seja, refere-se à intensidade da própria cognição, cf. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Perfil, 2005, p. 127 et seq.

⁵⁰⁹ TALAMINI, 2005, p. 54. Sobre o direito à cognição adequada à natureza da controvérsia como parte do conceito de devido processo legal, cf. WATANABE, 2005, p. 142-143.

⁵¹⁰ Cognição exauriente não implica que todas as questões relativas à lide devem ser efetivamente decididas, mas simplesmente a possibilidade de sê-las. Neste sentido, cf. TALAMINI, 2005, p. 60.

4.4 A FORÇA VINCULATIVA POSITIVA E NEGATIVA DA COISA JULGADA

Ao tornar o conteúdo do comando da sentença imutável, a coisa julgada traz consigo uma força vinculativa⁵¹¹ perante os juízes, sendo que a forma como ela se expressa é questão que ainda não se encontra resolvida pela doutrina.

Para uns, tal força vinculativa seria negativa, na medida em que impede a repositura da demanda entre as partes.⁵¹² Por outro lado, seria positiva no sentido de que a coisa julgada vincularia os juízes a emitir novo pronunciamento de conteúdo igual ao anterior que transitou em julgado.⁵¹³

Já outros entendem que a coisa julgada exerce uma força vinculativa positiva, no sentido de obrigar qualquer juiz a seguir o *decisum* sobre o qual já recai a coisa julgada, quando estiver julgando outro processo entre as partes, de cujo resultado dependa logicamente a solução dada naquela decisão.⁵¹⁴ Por outro lado, a força vinculativa da coisa julgada seria negativa no sentido de proibir qualquer órgão jurisdicional de tornar a apreciar o mérito do objeto processual sobre o qual já recai a

⁵¹¹ Preferiu-se utilizar aqui a expressão “força vinculativa da coisa julgada” por uma questão de melhor sonoridade e por ela enfatizar mais o caráter vinculativo que a coisa julgada traz para os juízes. Porém, registra-se que outras expressões são também utilizados pela doutrina no mesmo sentido, como, por exemplo, “função da coisa julgada” (MONTEIRO, 1936, p. 736; CHIOVENDA, 1965, p. 915-915) e “efeitos da coisa julgada” (SILVA, 1998, p. 500; MARINONI; ARENHART, 2008, p. 649).

⁵¹² KELLER apud LIEBMAN, 2006, p. 53; MONTEIRO, 1936, p. 746; THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 600. Para mais referências, cf. MOREIRA, 1967, p. 71-72. Cumpre registrar, entretanto, que é criticável tal posição, já que esta força vinculativa negativa não se referiria ao juiz, mas às partes, além do que a coisa julgada não impede a repositura da demanda, mas sim que o juiz julgue novamente a demanda.

⁵¹³ KELLER apud LIEBMAN, 2006, p. 53-54; Para mais referências, cf. MOREIRA, 1965, p. 71.

⁵¹⁴ Cf. TALAMINI, 2006, p. 130. No mesmo sentido, cf. CHIOVENDA, 2002, p. 462; CHIOVENDA, 1965, p. 914-915; SILVA, 1998, p. 501; MARINONI; ARENHART, 2008, p. 649. Em sentido diverso, Cintra (In 2003, p. 306) sustenta que a função positiva da coisa julgada é a de estabelecer a regra de conduta para as partes, o que pode ser criticado pelo fato de que a regra de conduta para as partes é estabelecida pela sentença e não pela coisa julgada, que apenas torna tal regra imutável para o juízo. Já Monteiro (In 1936, p. 736) entende que esta função positiva é a de afirmar irrefratavelmente a verdade, devendo todos a terem como tal, ideia que não tem como se sustentar diante da superação da teoria da coisa julgada como ficção de verdade pela teoria da coisa julgada como imutabilidade do conteúdo do comando da sentença, pelas razões já demonstradas anteriormente. Por sua vez, Theodoro Júnior (In 2007, p. 600) afirma que a função positiva da coisa julgada impõe à autoridade judiciária acatar a decisão tornada imutável e impõe às partes obediência ao julgado como norma indiscutível de disciplina da relação entre elas. Quanto à primeira imposição, nada tem a se criticar, posto que ela corresponde mesmo à ideia defendida neste trabalho. Porém, quanto à existência da imposição às partes de obediência ao julgado como norma indiscutível, a possibilidade sustentada anteriormente das partes regularem a relação de forma diversa, mesmo após a formação da coisa julgada, no caso de normas dispositivas, faz com que esta imposição não seja necessária.

coisa julgada⁵¹⁵, motivo pelo qual o impedimento é não só de proferir uma decisão contrária à precedente, mas simplesmente de proferir uma nova decisão.⁵¹⁶

Dessa forma, o vínculo seria positivo quando a questão já decidida reaparecesse como prejudicial e seria negativo quando tal questão ressurgisse como principal de um processo.

Liebman, influenciado por regra do direito positivo italiano que permitia a utilização de recurso extraordinário (revogação ou recurso de cassação, conforme o caso) para a proteção da coisa julgada somente quando a sentença fosse contrária à outra precedente passada em julgado, entendia que não era aplicada, ao menos na Itália, a ideia de que a coisa julgada teria função negativa nestes últimos moldes.⁵¹⁷

Para ele, o vínculo da coisa julgada seria sim negativo, mas no sentido de que impediria todo juízo diferente que contradiga ou contraste os efeitos produzidos pela precedente sentença.⁵¹⁸

No Brasil, entretanto, a tese que prevaleceu é a de ver a função negativa da coisa julgada não como apresentado por Liebman, mas sim naquele sentido de que os juízes estão impedidos não só de julgar a lide de forma contrária ao anteriormente decidido, mas também de julgar a lide da mesma forma como já decidido.⁵¹⁹

É o que se costuma chamar de *ne bis in idem*⁵²⁰, sendo que o próprio direito positivo pátrio trata a questão assim, ao impedir a decisão das questões já decididas,

⁵¹⁵Cf. TALAMINI, 2006, p. 130.

⁵¹⁶Cf. CHIOVENDA, 2002, p. 462; CHIOVENDA, 1965, p. 914-915; SILVA, 1998, p. 500. Para mais referências, cf. MOREIRA, 1965, p. 71-72.

⁵¹⁷LIEBMAN, 2006, p. 54.

⁵¹⁸Ibid., p. 54-55.

⁵¹⁹Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Notas ao §3º. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 66.

⁵²⁰Cf. SILVA, 1998, p. 501; PORTO, 2006, p. 67-68.

relativas à mesma lide, pelo juiz, conforme prevê o *caput* do artigo 471, do CPC.⁵²¹⁻
522

Um argumento que poderia ser levantado pelos defensores da força vinculativa positiva da coisa julgada para os juízes, no sentido formulado por Liebman, é o de que faltaria interesse na desconstituição de sentença que tenha decidido a lide novamente, mas da mesma forma que a havia decidido uma sentença precedente transitada em julgado.

Mas José Carlos Barbosa Moreira afastou tal argumento afirmando que, apesar de num primeiro momento não parecer ter o vencedor tal interesse, já que a nova decisão também lhe é favorável, e nem o vencido, já que a rescisão da sentença não impede a subsistência da primeira, que também lhe foi contrária, fato é que eventuais juros de mora, que passariam a ser fluentes em datas diversas, em cada caso, ou mesmo as custas processuais, que podem não ser as mesmas nos dois feitos, demonstram que o interesse pode sim existir.⁵²³

Destarte, quando o artigo 798, I, *b*, do CPC/39⁵²⁴, fala da ofensa da coisa julgada como uma das hipóteses para se interpor ação rescisória, ele está se referindo tanto quando a sentença posterior julga de forma diversa, como quando julga de forma igual ao decidido na sentença anteriormente transitada em julgado.⁵²⁵

Entretanto, o argumento decisivo apresentado por Moreira⁵²⁶ que faz ruir qualquer tentativa de ver na coisa julgada uma função positiva nos moldes apresentados por Liebman é o de que seria um contrassenso admitir que o segundo juiz possa reexaminar a questão, mas, forçosamente, tenha que chegar à mesma conclusão igual à que teve o primeiro juiz, não havendo, portanto, utilidade nesta hipotética autorização para investigar.

⁵²¹“Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei”.

⁵²²GRINOVER, 2006, p. 66. No mesmo sentido, mas quanto ao Código de Processual Civil de 1939, onde tal ilação decorria do artigo 289, *caput*, cf. MOREIRA, 1965, p. 74.

⁵²³MOREIRA, 1965, p. 73.

⁵²⁴O dispositivo correspondente no atual CPC é o artigo 485, IV, *in verbis*: “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] IV - ofender a coisa julgada”.

⁵²⁵MOREIRA, 1965, p. 73-74.

⁵²⁶In 1965, p. 72.

Dessa forma, as ideias da força vinculativa positiva da coisa julgada ou negativa nos moldes de Liebman, no sentido de vincular o juiz a decidir da mesma forma como foi decidido na sentença anterior que transitou em julgado, são insubsistentes, posto que o que a força vinculativa da coisa julgada faz perante o juiz, quando se trata de questão já decidida que reaparece como principal novamente em outro processo, não é apenas impedi-lo de rejulgar a matéria em sentido diverso, mas sim de impedi-lo de rejulgar.

Porém, quando se tratar de questão já decidida que reaparece como prejudicial, aí sim a coisa julgada exerceria uma força vinculativa no sentido positivo, mas não no sentido de impedir o juiz de apenas rejulgar a matéria em sentido diverso e sim somente no sentido de obrigar o juiz a aceitar o decidido naquele julgado como premissa da sua decisão.

4.5 OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

O estudo acerca dos limites objetivos da coisa julgada consiste em delimitar o objeto em que esta incide, ou seja, em verificar o quê fica coberto pelo manto da imutabilidade inerente à coisa julgada.⁵²⁷

Na medida em que o objeto da imutabilidade é encontrado no próprio conceito de coisa julgada, a questão dos limites objetivos desta acaba sendo uma individuação, uma delimitação de um termo do seu conceito.

Como visto anteriormente, defende-se neste trabalho que a coisa julgada deve ser vista como a imutabilidade do conteúdo do comando da sentença, motivo pelo qual, a partir deste conceito, limitar a coisa julgada objetivamente significa verificar no que consiste o conteúdo do comando da sentença.⁵²⁸

⁵²⁷Cf. PORTO, 2006, p. 74.

⁵²⁸Em sentido análogo, PORTO (In 2006, p. 83) fala que os limites objetivos da coisa julgada seriam “[...] a extensão que se atribui à norma concreta editada (declarada!) pela sentença [...]”.

Nesse diapasão, muitos juristas falam que a questão dos limites objetivos se refere ao problema de se identificar qual parte da sentença adquire a autoridade da coisa julgada.⁵²⁹

A primeira grande discussão que gira em torno desta identificação consiste em verificar se os fundamentos, os motivos da decisão fazem parte do conteúdo da sentença sujeito à imutabilidade.

O principal defensor da tese de que tais motivos fazem coisa julgada foi Friedrich Carl von Savigny. Ele dividia os motivos em objetivos e subjetivos, entendendo os primeiros como os elementos constitutivos das relações jurídicas cuja afirmação ou negação põe os fundamentos da decisão, sendo os segundos os móveis que exercem influência no íntimo do juiz e o levam a semelhante afirmação ou negação, ou seja, seriam as razões do seu convencimento à luz das regras de direito e das provas produzidas pelas partes.⁵³⁰

Assim, sendo os motivos objetivos as mesmas relações jurídicas que foram causa da sentença e os subjetivos apenas as razões e argumentos que moveram o ânimo do juiz, somente caberia se falar em aptidão para adquirir a autoridade de coisa julgada aos primeiros.⁵³¹

A negativa da possibilidade dos motivos objetivos adquirirem a coisa julgada significava, para Savigny, negar eficácia, na prática, à tutela dispensada à coisa julgada, já que a simples expressão abstrata não revela o pensamento do juiz, sem o qual seria absolutamente impossível aplicar a autoridade da coisa julgada a processo ulterior.⁵³²

Segundo relata Grinover, impulsionados pela redação do parágrafo único, do artigo 287, do CPC de 1939, que prescrevia que “Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituem premissa necessária da conclusão”, boa parcela da

⁵²⁹Cf., por vários, RODRIGUES, 2003, p. 348; BUENO, 2007, p. 388; SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. **A coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; p. 90.

⁵³⁰SAVIGNY apud MOREIRA, 1967, p. 80-81.

⁵³¹SAVIGNY apud MONTEIRO, 1936, p. 764.

⁵³²SAVIGNY apud MOREIRA, 1967, p. 81-85 passim.

doutrina brasileira adotava, mesmo que com algumas variáveis, a tese de Savigny.⁵³³

Entretanto, esta ideia foi e continua sendo objeto de diversas críticas que demonstraram a sua insubsistência. Assim, Liebman, por exemplo, afirmou que somente o comando pronunciado pelo juiz se torna imutável, não se podendo dizer o mesmo da atividade lógica exercida pelo magistrado para preparar e justificar a decisão.⁵³⁴

Isto porque a sentença representa a resposta do juiz aos pedidos das partes e por isso, fora o caso da decisão *extra petita*, tem os mesmos limites desses pedidos, motivo pelo qual a coisa julgada deve se limitar à resposta dada pelo juiz aos pedidos e, portanto, é restrita à parte dispositiva da sentença.⁵³⁵

Dessa forma, entendia ele que seria duplamente inexata a afirmação de que a coisa julgada se estenderia a todas as questões debatidas e decididas na sentença. Primeiro que mesmo a questão que pudesse ter sido discutida no processo, mas não o foi, não mais poderia ser utilizada para negar ou contestar o resultado chegado naquele processo.⁵³⁶ Segundo que as questões que, sem constituir objeto do processo em sentido estrito, o juiz examinou como premissa da questão principal foram apenas conhecidas, mas não decididas, já que o juiz não sentenciou a respeito delas, motivo pelo qual elas podem ser apreciadas livremente em outro processo, desde que para fim diverso do objetivado no processo anterior.⁵³⁷

⁵³³GRINOVER, 2006, p. 12. Na verdade, até mesmo antes do Código de Processo Civil de 1939 alguns juristas pátrios já acompanhavam os ensinamentos de Savigny, complementado pelos de Cogliolo, sendo que este último entende que todos os motivos são, na verdade, subjetivos, já que moveram o espírito do juiz, e são também objetivos, no sentido de se terem externado ou objetivado na sentença, motivo pelo qual a *res iudicata* pressupõe o juízo do julgador e este pressupõe a controvérsia das partes, logo fazem coisa julgada as relações jurídicas que realmente foram controvertidas e julgadas. Nesse sentido, cf. MONTEIRO, 1936, p. 764; AMERICANO, 1925, p. 236. Para uma lista mais completa de juristas pátrios e estrangeiros que seguiram, mesmo que com algumas adequações, mas sem alterar a sua essência, a linha de Savigny, cf. MOREIRA, 1967, p. 84.

⁵³⁴Cf., por vários, CHIOVENDA, 1965, p. 917; CHIOVENDA, 2002, p. 493-495; LIEBMAN, 2006, p. 52.

⁵³⁵Cf. LIEBMAN, 2006, p. 62-63. No mesmo sentido, entendendo que a coisa julgada se limita ao dispositivo da sentença, cf., por vários, CHIOVENDA, 1965, p. 917-918; CHIOVENDA, 2002, p. 493-495; MOREIRA, 1967, p. 89 et seq; MIRANDA, 1997, p. 121-138; MARINONI; ARENHART, 2008, p. 655; TALAMINI, 2006, p. 82; SANTOS, 2003, p. 66; THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 605-607; DINAMARCO, 2004b, p. 313; RODRIGUES, 2003, p. 341; TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 142 et seq.

⁵³⁶Esta situação será melhor analisada posteriormente, quando se tratar da eficácia preclusiva da coisa julgada.

⁵³⁷LIEBMAN, 2006, p. 62.

Entretanto, Liebman faz uma ressalva, no sentido de que se deve entender o dispositivo da sentença num aspecto substancial e não meramente formal, o que significa dizer que ele abrange não só a parte final da sentença, mas também qualquer outro ponto em que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes.⁵³⁸

José Carlos Barbosa Moreira, tratando do tema das questões prejudiciais⁵³⁹ e a coisa julgada, defendeu posição análoga a de Liebman, ao restringir ao *decisum* propriamente dito o campo de atuação da coisa julgada.⁵⁴⁰

Combatendo o principal argumento da teoria de Savigny, qual seja, o de que o não reconhecimento da extensão da coisa julgada aos motivos objetivos da decisão impossibilitaria a suscitação útil, em processo ulterior, da exceção da coisa julgada, Barbosa Moreira defende que a extensão da coisa julgada a tais motivos, ao invés de fortalecê-la, na verdade a enfraquece, posto que a invocabilidade desta no segundo processo se subordinaria à condição de serem as mesmas questões debatidas em ambos.⁵⁴¹

Assim, por exemplo, caso fosse adotada a tese de Savigny, numa ação reivindicatória de posse, onde se exigiria para a procedência do pedido tanto que o autor seja o proprietário, quanto que o réu tenha a posse do bem, caso o réu alegasse não ser possuidor e tal argumento fosse repellido pelo juiz e, portanto, a demanda fosse julgada procedente, ainda ficaria ressalvada ao réu a possibilidade de reabrir em juízo a controvérsia, arguindo agora a qualidade de locatário, ou de

⁵³⁸LIEBMAN, 2006, p. 63. No mesmo sentido, cf. CHIOVENDA, 2002, p. 494-495; CHIOVENDA, 1965, p. 917; SANTOS, 2003, p. 68; THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 606; TALAMINI, 2006, p. 82 Na jurisprudência pátria, cf. os seguintes julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ): BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 193.829/SP. Relator: Ministro Gilson Dipp. 5ª Turma. 08 nov. 1999. Brasília. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 30.03.2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ag 162593/RS. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. 3ª Turma do STJ. 08 set. 1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 30.03.2010.

⁵³⁹Com a inteligência e perspicácia que lhe são peculiares, Moreira (In: 1967, p. 11-27 passim) defende que as questões prévias são aquelas que a sua solução exerce influência sobre a de outras questões, sendo divididas quanto ao tipo desta influência em questões preliminares e questões prejudiciais. As primeiras seriam as que tornam dispensável ou impossível a solução de outra questão e as segundas seriam aquelas “[...] de cuja solução depender necessariamente o teor da solução que se haja de dar a outras questões” (Ibid, p. 27). Assim, a questão prejudicial seria uma espécie de questão prévia, mas diferente da preliminar. No mesmo sentido, cf. ALVIM, Thereza. **Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 15 et seq.

⁵⁴⁰MOREIRA, 1967, p. 89 et seq.

⁵⁴¹Ibid., p. 86 et seq.

credor pignoratício, o que restringiria o alcance da imutabilidade decorrente da coisa julgada.⁵⁴²

Barbosa Moreira afirma ainda que existiriam outros dois graves inconvenientes ao se sustentar que a coisa julgada atinge também os motivos da sentença e, portanto, as questões prejudiciais nela tratadas. Primeiro que nem sempre o juiz que aprecia a questão principal é competente para decidir a prejudicial, caso principal fosse. Segundo que o procedimento que corre a questão prejudicial nem sempre seria o mesmo que ela correria se fosse uma principal, levando a restrições ou ampliações de provas, por exemplo.⁵⁴³

Barbosa Moreira rechaça também o argumento de que a coisa julgada deveria alcançar a questão prejudicial para, assim, se evitar julgados contraditórios. Primeiro que o risco apontado pode ser minorado na prática, já que os juízes acabam respeitando as decisões de seus pares, notadamente se de órgão superior. Segundo que a função da coisa julgada é proteger apenas a uniformidade da regra jurídica concreta, estando preocupada apenas com as contradições práticas, importando menos as lógicas, apesar de não desejáveis, mas aceitáveis em nome de certos princípios e valores superiores.⁵⁴⁴

Além disso, Barbosa Moreira também se socorre do princípio da necessária identidade entre o pedido e a decisão como favorável a tese da restrição da coisa julgada ao dispositivo da sentença. É que cabe a quem quer obter a tutela jurisdicional fixar os limites do pedido e, correlativamente, os da decisão. No caso do réu, o que ele quer, na verdade, é simplesmente uma resposta negativa à demanda do autor, ou seja, a declaração de inexistência da relação jurídica de direito substantivo por ele afirmada, motivo pelo qual, quando muito, o réu apresenta questões várias, amplia a área lógica sobre a qual se exerce a atividade cognitiva do juiz, mas não dilata os contornos daquilo que vai ser julgado.⁵⁴⁵

⁵⁴²MOREIRA, 1967, p. 85-87.

⁵⁴³Ibid., p. 92-94.

⁵⁴⁴Ibid., p. 95-96. No mesmo sentido de que o instituto da coisa julgada é voltado a excluir conflitos práticos e não teóricos, lógicos, cf. CHIOVENDA, 2002, p. 497; CHIOVENDA, 1965, p. 920; LIEBMAN, 2006, p. 263; DINAMARCO, 2004b, p. 313-314.

⁵⁴⁵MOREIRA, 1967, p. 89-90. Pode-se afirmar, portanto, que o que o réu faz é ampliar a verticalidade da demanda, mas não a sua horizontalidade.

Ademais, não existiria interesse público em ampliar a extensão do julgamento que a parte, por vários motivos, como, por exemplo, despreparo de provas naquela época, quis restringir.⁵⁴⁶

Destarte, Barbosa Moreira não vê outra solução que não a de defender que a coisa julgada se restringe ao dispositivo da sentença e, portanto, que as questões prejudiciais nela analisadas não fazem coisa julgada.⁵⁴⁷

Porém, ele até reconhece interesse prático aos motivos da sentença, mas somente na medida em que eles ministrem subsídios para iluminar e precisar o sentido e o alcance da norma concreta fixada, e assim, contribua para assegurar-lhe a eficácia.⁵⁴⁸

Diante dessa enxurrada de críticas apresentadas pelos mais abalizados doutrinadores, a tese de que os motivos da sentença também adquirem coisa julgada não sobreviveu, vindo a ruir no direito pátrio pela expressa vedação legal do artigo 469, do CPC.⁵⁴⁹⁻⁵⁵⁰

⁵⁴⁶MOREIRA, 1967, p. 90.

⁵⁴⁷Ibid., p. 114. Registra-se que este mesmo autor (In 1967, p. 78-79) entende que o caso da possibilidade da utilização da ação declaratória incidental para tornar apta a adquirir coisa julgada uma questão originariamente prejudicial não foge à regra da impossibilidade dos motivos da sentença adquirirem a coisa julgada, já que, no caso, a tal questão prejudicial se transformaria, na verdade, em uma questão principal de uma causa prejudicial. A título de esclarecimento vale frisar que Moreira (In 1967, p. 48-49) diferencia ponto prejudicial de questão prejudicial e ambas de causa prejudicial, sendo que o primeiro é aquele em que não há controvérsia ou ela já foi resolvida, a segunda é aquela em que há controvérsia sujeita à apreciação do juiz no mesmo processo da questão subordinada e a terceira é aquela que resulta de pronunciamento principal em processo distinto, mas ao menos em parte contemporâneo, e pode nascer independentemente ou em decorrência do próprio processo em que se discute a questão subordinada. Neste último sentido, cf. MIRANDA, 1997, p. 128; ALVIM, 1977, p. 27-29.

⁵⁴⁸MOREIRA, 1967, p. 89. No mesmo sentido, cf. CHIOVENDA, 2002, p. 494-495; CHIOVENDA, 1965, p. 917; LIEBMAN, 2006, p. 61; MIRANDA, 1997, 118-120; TALAMINI, 2006, p. 82; SANTOS, 2003, p. 68; THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 607; TESHEINER, 2001, p. 143.

⁵⁴⁹Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”.

⁵⁵⁰Também da possibilidade de utilização de ação declaratória incidental, prevista no artigo 5º, do CPC, para declarar a existência ou inexistência de relação jurídica de cuja existência dependa o julgamento da lide se pode extrair que os motivos da sentença não adquirem coisa julgada, já que, do contrário, não haveria utilidade naquele tipo de ação se a sentença que julgar a lide principal tiver aptidão de adquirir coisa julgada quanto à existência ou inexistência de relação jurídica subordinante. Nesse sentido, cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do Novo Código de Processo Civil. In _____. **Temas de Direito Processual**. Saraiva: São Paulo, 1977, p. 95.

Entretanto, mesmo que não existisse tal dispositivo, a verdade é que não haveria como se reconhecer aptidão aos motivos da sentença para adquirir a autoridade de coisa julgada, pela própria natureza desta.⁵⁵¹

Isto porque foi visto que a coisa julgada é instituto que assenta a estabilidade definitiva da sentença e, portanto, permite a esta atingir adequadamente seu mister de resolução e regulação definitiva dos conflitos de interesses, na medida em que torna imutável, para o Estado, a norma jurídica concreta a ser aplicada ao caso, garantindo, conseqüentemente, o primado do princípio geral da segurança jurídica inerente ao Estado de Direito.

Dessa forma, o que a coisa julgada torna imutável é a resposta normativa dada pelo Estado-Juiz ao conflito de interesses tal como trazido a juízo e delimitado pela pretensão do autor, ou seja, ela incide sobre a resposta dada à lide.⁵⁵²

É inegável que para o juiz dar resposta normativa à lide geralmente é necessário que ele antes resolva diversas questões⁵⁵³ que a antecedem logicamente. Entretanto, o que o juiz faz com estas questões não é decidi-las, mas apenas resolvê-las com o escopo de decidir sobre a lide.⁵⁵⁴ Dessa forma, ao menos como regra, apenas na resposta à lide é que deverá recair a autoridade da coisa julgada.

Para localizar tal resposta é necessário primeiro identificar a lide, motivo pelo qual o problema dos limites objetivos da coisa julgada passa pela análise da lide, ou melhor, dos seus elementos objetivos.⁵⁵⁵

⁵⁵¹No mesmo sentido, cf. DINAMARCO, 2004b, p. 313.

⁵⁵²Adota-se aqui o conceito de lide exposto por ALVIM, 1977, p. 8. Este conceito é um aperfeiçoamento do conceito de lide tal como trazido por Carnelutti. Para este, lide seria “[...] um conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão resistida (discutida)” (CARNELUTTI, 1997, p. 28, tradução nossa). Entretanto, Alvim (In 1977, p. 8 et seq.) defende que lide é apenas aquela existente no processo, na medida que se passa de um conflito de ordem econômica para um conflito de natureza jurídica. Assim, não necessariamente se traz ao processo todo o conflito de interesse do ponto de vista social ou econômico, mas sim apenas parte dele, sendo que compete ao autor delimitá-lo e, portanto, a própria lide, mesmo porque o juiz julgará a lide procedente ou não, independentemente da atitude do réu. Cumpre registrar que quando o réu apresenta reconvenção e ação declaratória incidental, entretanto, certamente ele estará ampliando a lide, mas aí ele age, na verdade, como verdadeiro autor e não como réu.

⁵⁵³Segundo Carnelutti (In 1997, p. 36) uma questão é uma dúvida acerca de uma razão.

⁵⁵⁴Cf. CHIOVENDA, 1965, p. 916.

⁵⁵⁵Em sentido análogo, cf. MARQUES, 2003, p. 523; CINTRA, 2003, p. 311, sendo que este último chega a afirmar que este é o motivo pelo qual somente em processo contencioso se pode falar em coisa julgada.

É que, segundo ideia largamente aceita na doutrina, os elementos que compõem uma lide e, portanto, a individualizam são as partes, a causa de pedir e o pedido, sendo que estes últimos seriam os elementos objetivos e os primeiros (partes) seriam os elementos subjetivos da lide.⁵⁵⁶

Os elementos subjetivos são importantes para a identificação dos limites subjetivos da coisa julgada, como se verá mais a frente. Quanto aos elementos objetivos da lide, estes sim têm a função de individualizá-la objetivamente e, conseqüentemente, delimitam a área objetiva de atuação da coisa julgada, o que, portanto, demanda, neste momento, uma explanação acerca deles.

O pedido é um elemento da lide que não traz grande polêmica em sua conceituação, já que a doutrina é razoavelmente conforme em considerá-lo como o resultado pleiteado pelo demandante, sendo decomposto na tutela processual visada (pedido imediato), por exemplo, tutela condenatória, e no bem da vida que se almeja (pedido mediato), por exemplo, uma soma em dinheiro.⁵⁵⁷

Já a causa de pedir, conforme já alertava Chiovenda⁵⁵⁸, é o elemento mais delicado de se analisar. Ela é vista, geralmente, sobre dois prismas, cumprindo, desde já, registrar que ambos concordam ao menos num ponto, qual seja, o de que as regras jurídicas invocadas pelo autor ou aplicáveis ao caso não integram a causa de pedir, ou seja, a simples mudança das regras invocadas num novo processo não significa, por si só, em alteração da causa de pedir.⁵⁵⁹

A diferença entre as duas teses principais a respeito do conteúdo da causa de pedir reside no fato de uma defender que a causa de pedir é composta apenas pela simples afirmação da existência da relação jurídica (teoria da individuação) e a outra sustentar que a causa de pedir engloba não só a afirmação da existência da relação jurídica, mas também os fatos que a compõem⁵⁶⁰ e que, aliás, assumem papel relevante (teoria da substanciação).⁵⁶¹

⁵⁵⁶Cf., por todos, THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 73.

⁵⁵⁷Cf., por todos, TALAMINI, 2006, p. 69; BUENO, 2007, p. 74; MARINONI; ARENHART, 2008, p. 76 et seq.

⁵⁵⁸CHIOVENDA, 2002, p. 433

⁵⁵⁹Nesse sentido, cf. por todos, TALAMINI, 2006, p. 71; CHIOVENDA, 2002, p. 433.

⁵⁶⁰Segundo Cândido Rangel Dinamarco (In **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004c. v. 2, p. 318-319) estes

Para exemplificar, no caso de uma ação declaratória da invalidade de um contrato ajuizada por A em face de B, a identificação da causa de pedir estaria, para a teoria da individuação, na afirmação da invalidade do contrato, independente do fato que teria gerado tal invalidade, sendo que para a teoria da substanciação a identificação da causa de pedir dependeria deste fato, ou seja, se é um fato que seria caracterizado como erro ou outro que seria coação etc.

O sistema jurídico brasileiro adotou a teoria da substanciação, conforme se verifica do artigo 282, III, do CPC⁵⁶², que exige tanto os fatos como também os fundamentos jurídicos para configurar a causa de pedir.⁵⁶³

Cumprir registrar que havendo mudança seja na causa de pedir, seja no pedido também mudará a lide, motivo pelo qual a solução dos problemas relativos aos limites objetivos da coisa julgada deve levar em consideração a causa de pedir e o pedido conjuntamente e não cada um isolado.⁵⁶⁴ Assim, a coisa julgada se põe no limite do mesmo pedido e da mesma causa de pedir.⁵⁶⁵

Por tudo o que foi exposto, seja pela própria conceituação da coisa julgada e por seus fundamentos, seja por expressa previsão legal, tem-se que os limites objetivos da coisa julgada se encontram na parte dispositiva da sentença, entendendo-se esta não num sentido formal, mas substancial, ou seja, de resposta normativa à lide.

Para finalizar o estudo dos limites objetivos da coisa julgada, passa-se a apresentar nos próximos subitens algumas considerações sobre certas questões que diretamente se relacionam com eles.

fatos não seriam apenas aqueles que teriam dado à parte o direito ao bem, mas também os fatos caracterizadores da crise jurídica lamentada.

⁵⁶¹Cf., TALAMINI, 2006, p. 72-73.

⁵⁶²Art. 282. A petição inicial indicará: [...] III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”.

⁵⁶³Neste sentido, cf., por todos, DINAMARCO, 2004c, p. 127-128.

⁵⁶⁴Cf. TALAMINI, 2006, p. 79; TESHEINER, 2001, p. 142-143.

⁵⁶⁵Cf. TALAMINI, 2006, p. 68; RODRIGUES, 2003, p. 349.

4.5.1 As supostas exceções à tese da coisa julgada limitada ao dispositivo da sentença

Foi visto que a coisa julgada se limita ao dispositivo da sentença. Entretanto, e se a lei previsse expressamente que os motivos da sentença poderiam adquirir coisa julgada? Isto significaria, então, que a tese de Savigny sairia vencedora? Aproveitando a indagação, a vitória de uma ou outra corrente dependerá do que a lei prever como parte da sentença que pode adquirir coisa julgada?

Acredita-se que tais respostas podem ser encontradas com base nos ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover. Em debate a respeito dos efeitos da condenação penal na esfera cível, referida jurista defendeu, diversamente a Liebman, que quando a lei prevê que a condenação penal torna certa a obrigação ao direito do ofendido a uma reparação cível pelo dano sofrido, isto não significa que houve uma extensão da coisa julgada às questões de fato, mas apenas de uma ampliação legal do objeto do processo.⁵⁶⁶

Dessa forma, o juiz não se limitaria a aplicar a sanção penal, ou a condenar com base no dano indivisivelmente considerado, mas também condena, implicitamente, à reparação à vítima.⁵⁶⁷

Coaduna-se aqui com o pensamento de Grinover, razão pela qual, independentemente do que a lei dispõe, não se considera correto defender que os motivos da sentença possam adquirir coisa julgada.

Isto porque, como demonstrado anteriormente, a limitação da coisa julgada ao dispositivo decorre da própria conceituação do instituto e de seus fundamentos. O que a coisa julgada destina a tornar imutável é a resposta normativa dada pela

⁵⁶⁶GRINOVER, 2006, p. 13; GRINOVER, Notas à "A eficácia da sentença penal no processo civil". In LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 267. No mesmo sentido, cf. KLIPPEL, 2008, p. 36. Liebman (In 2006, p. 252 et seq.), ao contrário, entendia que tal situação se consistiria em verdadeira atribuição da autoridade da coisa julgada aos motivos da sentença, razão pela qual considerava inadmissíveis previsões deste tipo na lei, já que vão de encontro a toda a teoria sobre a coisa julgada.

⁵⁶⁷GRINOVER, 2006, p. 13.

sentença à lide, motivo pelo qual o que importará é esta regulação e não os motivos dela.

Em situações como o caso da sentença penal condenatória tratada por Grinover⁵⁶⁸, portanto, o que a lei faz é tornar também principal uma questão que seria apenas prejudicial caso não existisse tal previsão legal ou, o que é o mesmo, ampliar a lide.⁵⁶⁹

Pode-se argumentar que tal situação feriria a liberdade das partes em demandar⁵⁷⁰ e a inércia da jurisdição, já que criaria uma espécie de pedido independentemente do requerimento da parte. Sem dúvida que este seria um bom argumento, mas somente seria correto se a lei fizesse com que a questão prejudicial transformada por ela em principal, independentemente do requerimento da parte, também fosse apta a adquirir a coisa julgada quando fosse julgada improcedente.

Nesta situação sim poderia se cogitar em violação à liberdade das partes e à inércia da jurisdição. Entretanto, o que costuma ocorrer é que a lei somente prevê que a questão adquira a coisa julgada quando a demanda for julgada procedente, motivo pelo qual não haveria prejuízo ao requerente.

Certo é que este tipo de situação criada pela lei ao transformar em principal questão prejudicial, sem o requerimento da parte, é de se lamentar, pois acaba utilizando a coisa julgada para evitar uma contradição lógica, mas não a prática, que é a razão pela qual o instituto da coisa julgada foi pensado.⁵⁷¹

A utilização de um instituto para fim diverso do que ele foi criado acaba trazendo alguns embaraços, como o fato de, para não haver violação à liberdade das partes e

⁵⁶⁸Outras situações em que a lei cria essa espécie de pedido implícito obrigatório que mereceram por Grinover (In 2006, p. 13) a mesma resposta dada à questão da sentença penal são os casos da ação de alimentos, que o parágrafo único do artigo 4º, da Lei n. 883/49, introduzido pela Lei 6.515/77, faz recobrir pela coisa julgada a relação de filiação, dispensando a ação de investigação de paternidade, se concedida a prestação alimentícia, e a da ação em defesa de direitos ou interesses difusos e coletivos que, quando procedente, beneficia pretensões reparatórias individuais, sem necessidade de processo de conhecimento, conforme prevê o artigo 103, §3º, do CDC.

⁵⁶⁹Perceba que outra consequência que se pode extrair de um dispositivo legal nestes moldes é a de criar uma legitimação extraordinária para formular o pedido implícito nos casos, como ocorre na maioria das ações penais, em que, por expressa previsão legal, quem tem legitimidade para impetrar é o Ministério Público e não a vítima.

⁵⁷⁰Sobre o princípio da liberdade das partes, cf. DINAMARCO, 2004a, p. 225 et seq.

⁵⁷¹Moreira (In 1967, p. 91-92), entretanto, parece ver com bons olhos a utilização da coisa julgada também como forma de se evitar julgamentos contraditórios do ponto de vista lógico, caso o interesse público assim o exija.

à inércia da jurisdição, ser necessário criar uma espécie de coisa julgada segundo o resultado da demanda, o que se pode até alegar como violador do princípio da isonomia.

De qualquer forma, porém, o que ocorre não é a mudança dos limites objetivos da coisa julgada para alcançar também os motivos da sentença, mas sim a ampliação legal do objeto da demanda, ou seja, dos pedidos, razão pela qual a coisa julgada continua se limitando à resposta normativa dada pela sentença à lide e não aos seus motivos.

4.5.2 A coisa julgada nas relações jurídicas continuativas

O artigo 471, do CPC, prescreve que:

Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos prescritos em lei.

Por sua vez, o artigo 15, da Lei n. 5478/68, proclama que:

Art. 15. A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados.

Um olhar apressado a tais dispositivos poderia levar a conclusões no sentido de que se estaria diante de uma espécie de atenuação ou mesmo relativização da coisa julgada no caso das relações jurídicas continuativas.

A raciocínios desta natureza chegaram alguns juristas, justificando para tanto, por exemplo, que o maior poder discricionário dado ao juiz para regular as relações jurídicas continuativas, tendo em vista que o legislador não teria formulado em sua

plenitude a regra de direito material⁵⁷², ou mesmo uma necessidade de equidade⁵⁷³, levariam à possibilidade de mutabilidade do julgado nestes casos específicos de relações jurídicas.⁵⁷⁴

Cumpre, entretanto, afastar tais conclusões. A relação jurídica continuativa é aquela “[...] cuja hipótese de incidência concerne a fatos ou situações que perduram no tempo, de modo que suas posições jurídicas internas (direitos, deveres, ônus...) podem ser modificadas ou redimensionadas no curso da relação, conforme varie o panorama fático ou jurídico”.⁵⁷⁵

Assim, estas relações têm como características que as diferenciam de outras o fato de serem de longa duração e possuírem um caráter dinâmico.⁵⁷⁶ Por isso, elas permanecem sofrendo mutações, vivendo no tempo com conteúdo ou medida determinados por elementos essencialmente variáveis, mesmo depois de proferida a sentença.⁵⁷⁷

Dessa forma, havendo a mudança desses elementos, sem dúvida que é viável à parte requerer uma nova regulação da relação, mas isto não significa que a sentença anterior não fez coisa julgada, mas sim que se está diante de uma nova causa de pedir e, até mesmo, um novo pedido, ou seja, outra lide.⁵⁷⁸

A verdade é que o estudo dos limites objetivos realizado acima acabou por demonstrar que, de certa forma, todas as sentenças têm implícita uma espécie de cláusula *rebus sic stantibus*, no sentido de que valem apenas enquanto

⁵⁷²Esta é a posição de Carnelutti, com base na distinção que ele formula entre processo dispositivo e declarativo, em que neste o juiz se limitaria a identificar e aplicar a norma jurídica e naquele existiria uma margem mais ampla de arbítrio judicial, face à incompletude ou mesmo ausência de critério legal orientador da decisão. Neste sentido, cf. CARNELUTTI, 1997, p. 65-68. Citando e criticando esta posição de CARNELUTTI, cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 52, jul. 1991, p. 16-18; LIEBMAN, 2006, p. 27.

⁵⁷³Esta tese foi defendida por alguns juristas alemães, inclusive, Konrad Hellwig, conforme se verifica em MIRANDA, 1997, p. 149-150.

⁵⁷⁴Sobre outras teorias que tentaram justificar seja a ausência de coisa julgada nestas situações, seja a existência apenas de coisa julgada formal, seja mesmo o tratamento diferenciado que deveria receber a coisa julgada nestas situações, cf. FABRÍCIO, 1991, p. 16-22; MIRANDA, 1997, p. 148-152.

⁵⁷⁵Cf. TALAMINI, 2006, p. 91.

⁵⁷⁶Cf. FABRÍCIO, 1991, p. 24-25.

⁵⁷⁷Cf. LIEBMAN, 2006, p. 28; TALAMINI, 2006, p. 89-90.

⁵⁷⁸Cf. RODRIGUES, 2003, p. 346-347; TALAMINI, 2006, p. 90-91; DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 433-434; KLIPPEL, 2008, p. 45.

permanecem aquelas condições com base nas quais ela foi proferida⁵⁷⁹, ou seja, mudando os fatos, resta alterada também a causa de pedir, surgindo uma nova lide, a qual não poderá se opor à alegação de coisa julgada, já que esta se refere apenas à resposta normativa dada pela sentença a uma lide determinada.⁵⁸⁰

Portanto, não há diferença de tratamento a ser dado à coisa julgada nas hipóteses de relações jurídicas continuativas, já que também as sentenças que julgarem tais situações são aptas a fazer coisa julgada, como qualquer outra que resolva uma lide, sendo que o que ocorre de diferente nestas situações é que, pelo fato dessas relações perdurarem no tempo e possuírem um caráter dinâmico, elas permitem a ocorrência de novas causa de pedir e, portanto, a existência de outras lides no seu curso, o que de forma alguma leva a uma contradição com a coisa julgada formada anteriormente.⁵⁸¹

Nesse diapasão, é plenamente criticável a redação de ambos os dispositivos acima citados, posto que acabam por dar uma falsa impressão de que se estaria numa situação de tratamento diverso da coisa julgada, como faz crer o artigo 471, do CPC, ou, pior ainda, até mesmo de exclusão da possibilidade de ocorrência de coisa

⁵⁷⁹ Segundo Talamini (In 2006, p. 88-89), por fatos novos que não estariam abarcados pela coisa julgada devem-se entender aqueles posteriores à conclusão dos autos antes da decisão da fase recursal ordinária, conforme se pode extrair de uma interpretação do artigo 462 c/c artigo 517, ambos do CPC, que dispõem que: “Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença; Art. 517. As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior”.

⁵⁸⁰ Cf. LIEBMAN, 2006, p. 27-28. É por esse motivo que se entende aqui que a questão passa pela análise mesmo dos limites objetivos da coisa julgada e não de um suposto terceiro limite desta, qual seja, o limite temporal, no sentido da coisa julgada ser limitada ao tempo dos fatos, sendo que a decisão jurisdicional regula a relação jurídica somente nos limites da situação substancial posta *sub judice* não para todo o sempre, nos limites temporais da causa *petendi*, portanto. Para esta conceituação de limites temporais, cf. PORTO, 2006, p. 81-82. Pelo próprio conceito dado aos limites temporais se vê que se trata, na verdade, da própria análise dos elementos objetivos da coisa julgada, no sentido de que esta está limitada ao pedido e à causa de pedir. Portanto, não há motivo de se criar uma terceira categoria de limites que, na verdade, já estaria englobada numa outra, constituindo os limites temporais da coisa julgada um pseudo-problema, como afirma José Carlos Barbosa Moreira (In 1971, p. 144), já que a coisa julgada, compreendida em seus limites objetivos, não se subordina a limite temporal algum. Também criticando a ideia de limites temporais da coisa julgada, cf. TALAMINI, 2006, p. 87; TESHEINER, 2001, p. 163. Em sentido contrário, defendendo que se trata de uma categoria diversa mesmo de limites, ao lado dos objetivos e subjetivos, cf. FABRÍCIO, 1991, p. 30.

⁵⁸¹ Cf. TALAMINI, 2006, p. 90; LIEBMAN, 2006, p. 27-28.

julgada nas sentenças sobre ações de alimentos, como leva a crer o artigo 15, da Lei 5478/68.⁵⁸²

Também criticável é nomear as demandas que procuram uma nova regulação para estas relações, diante das mudanças fáticas ocorridas, de ação revisional ou ação de modificação, já que, ao menos do ponto de vista da sentença anterior, o que pode ocorrer é a necessidade de uma nova regulação jurisdicional da relação de direito material, mas não uma revisão ou alteração do julgado, já que o que muda é o próprio direito material e não a sentença, que permanece a mesma sempre, mas se referindo a outra lide.⁵⁸³

Dessa forma, antes de serem situações que levariam a um tratamento especial do instituto da coisa julgada, as hipóteses retratadas estão também inseridas dentro da análise geral que se faz de tal instituto, notadamente sob o aspecto dos seus limites objetivos.

4.5.3 A eficácia preclusiva da coisa julgada

Conseqüência da imutabilidade que a coisa julgada traz à sentença é a impossibilidade do conteúdo do comando desta vir a sofrer futuras contestações.⁵⁸⁴

Dessa forma, imperioso se faz que não se possam mais discutir e apreciar aquelas questões suscetíveis de influir no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz à época. A isto a doutrina se refere quando trata da chamada eficácia preclusiva da coisa julgada.⁵⁸⁵

⁵⁸²Para uma crítica, notadamente, a tal dispositivo, cf. DINAMARCO, 2004b, p. 312; MARINONI; ARENHART, 2008, p. 657; MOREIRA, 1971, p. 145; RODRIGUES, 2003, p. 346.

⁵⁸³Cf. TALAMINI, 2006, p. 94; DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 434; FABRÍCIO, 1991, p. 28.

⁵⁸⁴Dizendo o mesmo, por outras palavras, cf. MOREIRA, 1977, p. 83.

⁵⁸⁵Segundo Moreira (In 1977, p. 100) coube a Machado Guimarães o primeiro relevo na doutrina pátria ao tema da eficácia preclusiva da coisa julgada.

Por ser uma conseqüência lógica do próprio conceito da coisa julgada, a ideia acima existiria independentemente de regulação normativa⁵⁸⁶, mas, para evitar dúvidas, o legislador brasileiro preferiu colocá-la expressamente no artigo 474, do CPC, que dispõe que:

Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

A noção da eficácia preclusiva da coisa julgada não se confunde com a ideia de que, no caso, haveria um julgamento implícito, posto que as questões suscetíveis de influir no teor do pronunciamento judicial não são abarcadas pela coisa julgada, mas sim apenas pelo seu efeito preclusivo.⁵⁸⁷ Dessa forma, nada impede que tais questões sejam debatidas e tratadas de outra maneira quando relativas à lide diversa.⁵⁸⁸

Perceba que não apenas as questões deduzidas no processo sofrem o efeito preclusivo da coisa julgada, mas também as questões deduzíveis, ou seja, as questões que não foram, mas poderiam ter sido levantadas no curso do processo, devendo ser vistas do ponto de vista objetivo, no sentido de ser potencialmente lícito à parte argui-las, e não de concretamente ter possibilidade atual de alegar.⁵⁸⁹

Se assim não fosse, o efeito prático da coisa julgada estaria bastante diminuído, já que restaria ainda a possibilidade de reforma da sentença com base em diversas questões que não foram debatidas no processo.⁵⁹⁰

Dessa forma, todas as questões deduzidas ou deduzíveis de fato, de direito, solúveis mediante aplicação de direito a fato e referentes à relação jurídica ou *status* a cuja existência ou inexistência se subordina a relação jurídica sobre que versa o pedido são atingidas pela eficácia preclusiva da coisa julgada.⁵⁹¹

⁵⁸⁶Cf. TALAMINI, 2006, p. 86.

⁵⁸⁷Cf. MOREIRA, 1977, p. 99-100; PORTO, 2006, p. 87. No mesmo sentido, ARRUDA ALVIM (In Ação declaratória incidental. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 5, n. 20, out.-dez. 1980, p. 43), dentre outros, afirma que o artigo 474 deve ser conjugado com o artigo 468, do CPC ("Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas").

⁵⁸⁸Neste sentido, cf. ARRUDA ALVIM, 1980, p. 30; MOREIRA, 1977, p. 99.

⁵⁸⁹Cf. MOREIRA, 1977, p. 106.

⁵⁹⁰Cf. ARRUDA ALVIM, 1980, p. 43.

⁵⁹¹Cf. MOREIRA, 1977, p. 103-106, inclusive diferenciando tais questões uma das outras.

Cumpra registrar, entretanto, que a coisa julgada não atinge fatos supervenientes, no sentido de ocorridos após o último instante em que, objetivamente, era lícita a sua arguição⁵⁹², mesmo porque aí estaríamos diante de nova causa de pedir e, portanto, nova lide.

4.6 OS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

Fora identificar sobre o quê incide a coisa julgada, problema este analisado no tópico anterior, outra questão que envolve tal instituto diz respeito a identificar sobre quem incide a imutabilidade a ele inerente, ou seja, saber quais são os limites subjetivos da coisa julgada.⁵⁹³

Cumpra registrar que tal questão não se identifica com aquela outra relativa a quem a sentença atinge, posto que, como já demonstrado, existe uma diferença entre eficácia natural da sentença e coisa julgada.⁵⁹⁴ No que tange à eficácia natural da sentença, é certo que ela pode atingir tanto as partes do processo, como terceiros. É que o juiz é o órgão ao qual atribui a Constituição o mister de criar a norma jurídica do caso concreto e a sentença é apresentada como eficaz exercício dessa função perante todo o sistema jurídico e todos os que nele operam, razão pela qual os efeitos da sentença podem se submeter a todos e efetivamente sujeitarão a todos aqueles cuja posição jurídica tenha qualquer conexão com o objeto do processo, porque para todos contém a decisão a atuação da vontade da lei no caso

⁵⁹²Cf. MOREIRA, 1977, p. 107.

⁵⁹³Neste sentido, cf. BUENO, 2007, p. 394; RODRIGUES, 2003, p. 350; TESHEINER, 2001, p. 81; DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 418.

⁵⁹⁴Cf. LIEBMAN, 2006, p. 79. Este mesmo autor (In 2006, p. 121, grifos do autor) afirma também que “A demonstração de que a autoridade da coisa julgada não é efeito nem soma dos efeitos da sentença, mas uma qualidade dela, um modo de ser e de produzir-se, revela à indagação científica problema distinto e logicamente anterior ao dos limites subjetivos da coisa julgada: *o problema da extensão subjetiva dos efeitos da sentença*”.

concreto.⁵⁹⁵ Assim, a sentença vale como formulação da vontade da Constituição, motivo pelo qual todos devem se submeter aos seus efeitos.⁵⁹⁶

Já com relação aos limites subjetivos da coisa julgada a questão não se resolve da mesma maneira. É que tornar imutável o conteúdo do comando de uma sentença a um terceiro que sequer fez parte da relação processual e, portanto, não pode apresentar seus argumentos e provas que poderiam levar a um julgamento diferente, esbarra, a princípio, na necessidade de se garantir a participação dos destinatários da decisão judicial nos atos necessários à formação desta, expressada, principalmente, pelas garantias constitucionais⁵⁹⁷ da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.⁵⁹⁸

Dessa forma, a regra geral é a de que a coisa julgada somente atinge às partes⁵⁹⁹, regra esta, aliás, expressamente prevista no artigo 471, do CPC, *in verbis*:

⁵⁹⁵Neste sentido, cf. TALAMINI, 2005, p. 96-97; BUENO, 2007, p. 395; RODRIGUES, 2003, p. 351. Cf., também, especialmente, LIEBMAN, 2006, p. 123, com a observação de que enquanto este prefere falar que a atribuição é dada ao juiz pelo Estado, aqui se prefere dizer que ela decorre da Constituição, já que no Estado Constitucional é a Constituição quem organiza e estrutura o Estado, motivo pelo qual também a atribuição dada ao juiz é, sem dúvida, decorrente da Constituição e não do próprio Estado.

⁵⁹⁶Cf. LIEBMAN, 2006, p. 123, com a mesma ressalva da nota anterior de que, enquanto o autor prefere falar que a sentença vale enquanto vontade do Estado, opta-se aqui por afirmar, com base no paradigma do Constitucionalismo, que ela vale, em última análise, enquanto vontade da Constituição. No mesmo sentido de que a eficácia natural da sentença também atinge terceiros, em virtude da idoneidade natural dos atos estatais, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Notas ao § 6º. In LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 128.

⁵⁹⁷Previstas no artigo 5º, XXXV, LIV, LV, da CF.88.

⁵⁹⁸Em sentido análogo, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Notas ao Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato. In LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 234; RODRIGUES, 2003, p. 350; DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 418-419; TALAMINI, 2005, p. 96. Dando ênfase apenas ao contraditório, cf. DINAMARCO, 2004b, p. 318-319; LIEBMAN, Enrico Tullio. A eficácia da Sentença Penal no Processo Civil. In _____, **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 264; KLIPPEL, 2009, p. 46. Especificamente sobre estas garantias, cf., por todos, NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁵⁹⁹Cf., por todos, CHIOVENDA, 2002, p. 499 et seq; TALAMINI, 2005, p. 96; TESHEINER, 2001, p. 81; COUTURE, 2002, p. 344-345. Vale ressaltar, na esteira deste último, que a coisa julgada atinge as partes da relação processual mesmo que no processo ulterior elas troquem de posição, ou seja, que autor passe a ser réu e vice-versa.

Art. 471. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.⁶⁰⁰

Para compreender corretamente esta regra, é necessário, neste momento, realizar uma breve pincelada acerca do próprio conceito de parte e de terceiros, para que se possa diferenciar ambos num caso concreto.

Segundo corrente majoritária no direito brasileiro, partes são os “[...] sujeitos contrapostos, na dialética do processo perante o juiz, o qual, por definição, é titular de um poder imparcial”.⁶⁰¹

Eles são, portanto, os sujeitos integrados na relação processual e em cujas esferas jurídicas atuará o provimento a ser emitido pelo juiz, sendo que a sua qualidade de parte decorre da titularidade das situações jurídicas ativas e passivas que compõem a relação jurídica processual e que surgem da demanda, da citação, da intervenção espontânea e da sucessão.⁶⁰²

⁶⁰⁰ Cumpre duas observações quanto a tal dispositivo. A primeira é que quando se diz que a coisa julgada não beneficia e nem prejudica terceiros se está falando, obviamente, dos terceiros juridicamente beneficiados ou prejudicados, já que ao terceiro sem interesse jurídico na demanda não é sequer possível impugnar a sentença transitada em julgado, motivo pelo qual o terceiro aqui deve ser visto do ponto de vista jurídico e não comum da palavra. A segunda observação é quanto à última parte desse dispositivo, posto que, se todos os interessados fizeram parte do processo que discute o estado de pessoa, o dispositivo é supérfluo, pelo simples motivo de que os terceiros com interesse jurídico de impugnar a coisa julgada já fizeram parte do processo e, portanto, na verdade, são partes e não terceiros. Nesse último sentido, cf. DINAMARCO, 2004b, p. 321; TALAMINI, 2005, p. 119-121; DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 424.

⁶⁰¹ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I, p. 89. Encampando os ensinamentos de Liebman, cf., por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 20 et seq; CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de Terceiros**. 16. ed., atual. até julho de 2006. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3 et seq. Em sentido diverso, Giuseppe Chiovenda (In **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de Paolo Capitano e com notas de Enrico Tullio Liebman. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, v. II, p. 278) sustenta que “[...] parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”. Acolhendo Chiovenda, cf. BUENO, Cássio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 2 et seq. DINAMARCO (In 2001, p. 20) critica esta conceituação de Chiovenda, já que considera que ela não dá muito valor à ideia do contraditório para qualificar a parte, o que acaba confundindo parte da demanda com parte processual. Uma diferença prática entre acolher uma ou outra tese está que para a de Chiovenda o assistente seria um terceiro e para a de Liebman seria parte (cf. BUENO, 2003, p. 12).

⁶⁰² DINAMARCO, 2001, p. 20-22; CARNEIRO, 2006, p. 6.

Dessa forma, o conceito de parte utilizado é apenas processual e não se confunde com o de parte legítima ou parte da relação jurídica substancial controvertida no processo.⁶⁰³

Já o conceito de terceiros é encontrado por exclusão, ou seja, é terceiro todo aquele que não é parte, sendo, portanto um conceito relacional, já que é sempre visto sob o prisma de determinado processo.⁶⁰⁴

Sedimentado, portanto, os conceitos de parte e de terceiros, passa-se a verificar se a regra de que a coisa julgada atinge somente as partes comporta alguma exceção. Para proceder a esta análise, cumpre antes fazer uma diferenciação entre os terceiros que sofreram um prejuízo jurídico⁶⁰⁵ com os efeitos da sentença sob o manto da coisa julgada e os que não sofreram tal prejuízo, seja porque os efeitos da sentença são, ao menos no aspecto prático, indiferentes para eles, seja porque tais efeitos são compatíveis com a relação jurídica de que são titulares ou porque tais efeitos lhes geraram prejuízo econômico apenas.⁶⁰⁶

Como somente quem sofre prejuízo jurídico tem interesse jurídico para obter uma decisão de mérito sobre uma demanda, assim também somente o terceiro que tenha sofrido um prejuízo jurídico pelo resultado de outra demanda é que teria legitimidade

⁶⁰³DINAMARCO, 2001, p. 24; LIEBMAN, 1984, p. 90; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 35.

⁶⁰⁴Cf. LIEBMAN, 1984, p. 90; DINAMARCO, 2001, p. 26;

⁶⁰⁵Segundo Liebman (In A coisa julgada nas Questões de Estado. In: _____, **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006 p. 192), prejuízo jurídico neste caso é “[...] o dano que sofreria o terceiro que se afirmasse titular de um direito incompatível com o declarado pela sentença, se estivesse obrigado a reconhecê-la a seu respeito” e prejuízo de fato é “[...] o simples dano ‘de fato’, prático, econômico, que o terceiro possa sofrer por efeito da sentença, sem que exista incompatibilidade jurídica entre a sua posição e a declarada pela sentença”. Assim, ele cita o exemplo da sentença que declara, entre A e B, que um bem é propriedade de A, o que não impede C, terceiro, de sustentar, posteriormente, que o bem era seu, já que C sofreu um prejuízo jurídico. Por outro lado, D, outro terceiro, credor de B, apesar de ter sido prejudicado pela sentença, já que diminuiu o patrimônio de seu devedor, tal prejuízo é apenas econômico, motivo pelo qual não pode impugnar a coisa julgada (cf. LIEBMAN, 2006, p. 192-193). Cumpre registrar, entretanto, a exceção feita pelo próprio Liebman (In 2006, p. 146-148), no sentido da possibilidade dos credores, prejudicados de fato apenas, se insurgirem contra a sentença feita em fraude, já que esta transforma o interesse daqueles em jurídico, já que “[...] a lei- e especialmente a lei processual vigente- considera a tutela contra a fraude como fundamental exigência da ordem ética e jurídica”. No mesmo sentido, por todos, cf. CHIOVENDA, 2002, v. I, p. 508-509; TESHEINER, 2001, p. 104; COUTURE, 2002, p. 346.

⁶⁰⁶Cf. CHIOVENDA, 2002, p. 507-508.

em atacar a decisão transitada em julgado da qual ele não foi parte e que influenciou, juridicamente falando, na sua vida.⁶⁰⁷

Destarte, a ideia de prejuízo jurídico é um limite à indefinida repercussão lógica da coisa julgada⁶⁰⁸, motivo pelo qual a noção de que tolheria o direito de defesa do terceiro submeter a ele a imutabilidade do conteúdo do comando da sentença somente faz sentido quando estamos falando do terceiro juridicamente interessado, que é justamente aquele que poderia influenciar na obtenção de uma decisão de mérito diferente, se tivesse participado do processo.⁶⁰⁹

Com relação aos terceiros que não sofreram prejuízo jurídico, o fato de não poderem se insurgir em face da sentença sob o manto da coisa julgada não decorre desta última, mas sim da própria falta de legitimidade *ad causam* (ou da ausência de interesse de agir, no caso dos terceiros que teriam legitimidade, mas não sofreram prejuízo com a sentença).⁶¹⁰ Portanto, a questão de saber se os limites subjetivos da coisa julgada podem alcançar terceiros somente se põe quanto aos terceiros juridicamente interessados.⁶¹¹

Quanto a estes, costuma-se apresentar algumas situações em que a coisa julgada os alcançaria.⁶¹² A análise pormenorizada de cada uma delas facilmente pode ser

⁶⁰⁷Cf. RODRIGUES, 2003, p. 351.

⁶⁰⁸Cf. BETTI apud LIEBMAN, 2006, p. 103.

⁶⁰⁹Cf. LIEBMAN, 2006, p. 142.

⁶¹⁰Cf. DINAMARCO, 2004b, p. 317-320; TALAMINI, 2005, p. 98; MARINONI; ARENHART, 2008, p. 654.

⁶¹¹Em sentido análogo, Liebman (In 2006, p. 143) fala que nos casos dos terceiros sem interesse jurídico para impugnar a sentença transitada em julgado, “[...] a eficácia natural da sentença, não podendo ser contraditada, equivale à autoridade da coisa julgada”.

⁶¹²Cf. vários casos em TALAMINI, 2005, p. 98-130. Especificamente sobre o caso da pluralidade de legitimados para a impugnação de um mesmo ato, cf., especialmente, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada: extensão subjetiva. In _____, 1971, p. 273-294; LIEBMAN, Enrico Tullio. Pluralidade de Partes Legítimas à Impugnação de um único ato. In _____. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 221-239. Sobre o caso da comunhão de direitos e obrigações solidárias, cf., especialmente, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Solidariedade ativa: feitos da sentença e coisa julgada na ação de cobrança proposta por um único credor. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 6, v. 24, p. 23-36, out.-dez. 2005. Sobre a coisa julgada nas questões relativas a estado da pessoa, cf., especialmente, LIEBMAN, 2006, p. 188-196; LIEBMAN, Enrico Tullio. Limites à coisa julgada nas questões de estado. In _____. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 197-208. Sobre coisa julgada nos casos de substituição processual, notadamente no

objeto de monografias e pesquisas à parte, que fugiriam ao objeto central deste trabalho, motivo pelo qual se pede vênia para apenas fazer um comentário geral sobre o modo como elas devem ser interpretadas sobre o prisma do Constitucionalismo.⁶¹³

Por exigência do paradigma do Constitucionalismo, mormente, sob o enfoque do Estado Constitucional-Democrático e Pluralista, e por expressa disposição de normas constitucionais que garantem a todos a participação na formação de decisão judicial que lhes podem causar prejuízo jurídico, através das garantias do devido processo legal, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da ampla defesa e do contraditório, a coisa julgada não pode prejudicar juridicamente o direito de alguém

processo coletivo, cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. **Revista de Processo**, ano 32, n. 143, p. 42-64, jan. 2007.

⁶¹³Entretanto, interesse deixar, desde logo, alguns registros sobre algumas destas situações. Dessa forma, no que tange à pluralidade de legitimados para a impugnação de um mesmo ato, a orientação que mais se coadunaria com a necessidade de decisão uniforme para todos e com a garantia constitucional do contraditório é a de se determinar a citação de todos os legitimados. Neste sentido, cf. RODRIGUES, 2003, p. 353-354; BUENO, 2003, p.103. Em sentido contrário, entendendo que não haveria que se falar em coisa julgada atingindo terceiros, mas sob o argumento de que o sucesso da ação de um legitimado extinguiria o interesse jurídico dos demais e o insucesso não prejudicaria os outros, cf. LIEBMAN, 2006, p. 221-229. Em outro sentido, defendendo que a coisa julgada vincularia os outros legitimados, cf. MOREIRA, 1971, p. 273-294; GRINOVER, Ada Pellegrini. Notas ao § 5º. In LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 113-114; CHIOVENDA, 2002, p. 505. Numa quarta corrente, defendendo que a posição que se encampa neste trabalho é a melhor, mas que dependeria de regra expressa prevendo a possibilidade de citação dos outros legitimados, motivo pelo qual, até que esta norma seja promulgada, prevalece a ideia de que a coisa julgada atinge os outros legitimados, cf. TALAMINI, 2005, p. 103-104. Já no que tange à comunhão de direitos e obrigações solidárias, a questão se resolveria no sistema jurídico brasileiro no sentido de que o artigo 274, do CC/2002, criou uma espécie de substituição processual, limitando, entretanto, a possibilidade da coisa julgada atingir os outros legitimados apenas no caso de lhes aproveitar e desde que não decorra de sentença que rejeitou exceção formulada pelo réu, devido a uma situação pessoal do credor que intentou a ação. Neste sentido, cf. BUENO, 2003, p. 304. Defendendo a existência de coisa julgada aos outros legitimados, mas sem passar por uma fundamentação relativa à substituição processual, cf. MOREIRA, 2005, p. 23-36; DINAMARCO, 2004b, p. 322-323. Em sentido diametralmente oposto, TALAMINI (In 2005, p. 104-108) entende que a questão se resolveria não pela extensão da coisa julgada, muito menos pela ideia de substituição processual, por não haver norma a prevendo, mas sim pela ideia de que faltaria ao outro legitimado interesse de agir caso a sentença lhe fosse favorável. Entretanto, pode-se rechaçar este argumento alegando que a previsão da substituição processual viria do próprio artigo 274, do CC/2002. Por fim, no caso do assistente, o que ocorreria é que se ele for litisconsorcial, a sua submissão à coisa julgada decorre da sua natureza de parte (v. TALAMINI, 2005, p. 118). Já se for caso de assistente simples apenas, a doutrina costuma afirmar que ele se submeteria ao chamado “resultado da intervenção”, decorrente da eficácia da sua intervenção, mas não à coisa julgada, já que aquele se refere a uma imutabilidade da decisão de uma questão prejudicial e não do comando da sentença (v. TALAMINI, 2005, p. 118-119; DINAMARCO, 2004b, p. 317). Apesar de ser posição minoritária e talvez até inédita, entende-se aqui que, na verdade, o que ocorre é que a regra do artigo 55, do CPC, que institui esta chamada eficácia da intervenção, é uma forma legal de transformar uma questão incidente em principal para o assistente. Dessa forma, entende-se que haveria sim coisa julgada atingindo também ao assistente nesta hipótese, mas ele não seria terceiro também, mas sim parte.

que não pode ser adequadamente defendido no processo, sendo esta conclusão independente até mesmo do que a legislação ordinária expresse, posto que lei infraconstitucional dispendo em sentido contrário seria, certamente, inconstitucional.⁶¹⁴

Geralmente, a defesa adequada do direito do sujeito é viável quando se dá legitimidade somente a este para exercê-la no processo.⁶¹⁵ Entretanto, a natureza do direito a ser tutelado pode levar à viabilidade, até mesmo em nome das mesmas garantias constitucionais acima citadas, de se dar legitimidade a alguém para defender, em nome próprio, direito de outrem em juízo⁶¹⁶, ou até mesmo direito de vários ou de todos, como ocorre no processo coletivo.⁶¹⁷ Nestes casos, haveria o que a doutrina chama de substituição processual, que, pela sua natureza excepcional, deve vir expressamente prevista por lei.⁶¹⁸

Pelos conceitos de parte e terceiro acima apresentados, nestas situações o substituto processual seria parte, mas o substituído seria um terceiro.⁶¹⁹ Nesse

⁶¹⁴ Apesar de reconhecer em diversas passagens que a limitação subjetiva da coisa julgada às partes independe de norma infralegal a prevendo, seja porque isto é decorre de um princípio tradicional, do direito comparado, da razão e da própria equidade (cf. LIEBMAN, 2006, p. 188), seja porque se não existissem esses limites reinaria a desordem mais greve na vida e no comércio jurídico (cf. LIEBMAN, In 2006, p. 182), em outras passagens Liebman parece vincular tal limitação ao que dispõe o direito positivo (cf. LIEBMAN, 2006, p. 100; p. 181).

⁶¹⁵ Neste sentido, se encaixa como uma luva a seguinte passagem de Liebman (In 2006, p. 200-201) sobre a legitimação: "Ocorre, com efeito, considerar que as relações jurídicas existentes entre as várias pessoas não vivem isoladas na sociedade; pelo contrário, subordinam-se em grau diferente, com um vínculo mais ou menos estreito, umas às outras, e a sorte que é reservada a cada uma delas alcança, em suas iniludíveis conseqüências, os interesses de muitas pessoas, além de seus titulares. Não obstante, uma necessidade de ordem e segurança na vida social, que ficaria seriamente perturbada pelo jogo desordenado e anárquico desses inúmeros interesses, exige alguma forma de disciplina na distribuição dos meios de defesa outorgados pelo direito. Pelo que concerne ao nosso tema, essa disciplina se concretiza na organização de certa hierarquia dos interesses distintos que podem ser atingidos, reconhecendo aos principais interessados a faculdade de agir em juízo, em defesa dos interesses concretos em litígio, como os que podem fazê-lo melhor que qualquer outro; essa faculdade é o que a doutrina processual denomina 'legitimação'; os outros sujeitos, interessados em grau inferior, não podem mais do que aceitar a sentença pronunciada entre os principais interessados".

⁶¹⁶ Cf. BUENO, 2003, p. 14-15; BUENO, 2007, p. 442-443.

⁶¹⁷ É importante diferenciar as situações que ocorrem no processo coletivo daquelas que ocorrem no processo individual, já que naquele a utilização do termo "substituição processual" deve ser analisada sob um aspecto diverso, posto que a noção de direitos transindividuais rompe com a ideia do que seria direito próprio ou alheio. Neste sentido, cf., por todos, MARINONI; ARENHART, 2008, p. 744 et seq.

⁶¹⁸ Cf., por todos, CHIOVENDA, 2002, p. 300 et seq; CARNEIRO, 2006, p. 47-48; BUENO, 2003, p. 42-49.

⁶¹⁹ Em sentido contrário, partindo duma noção diversa de parte, Bueno (In 2007, p. 396-397) entende que o substituído também seria parte, já que é dele a situação de direito material discutida perante o juiz. Entretanto, esta conclusão pode até valer para a noção de parte de Bueno, mas não vale para a

diapensão, três hipóteses podem ser cogitadas: a) ou se entende que a coisa julgada nunca atingiria o substituído, como forma de se prestigiar a regra geral sobre os limites subjetivos da coisa julgada; b) ou se entende que a coisa julgada vai atingir o substituído e, portanto, um terceiro, abrindo-se uma exceção àquela regra; c) ou, por fim, se entende que haveria coisa julgada para o substituído em algumas situações, mas não outras, o que, de qualquer forma, também seria uma hipótese de exceção à regra geral dos limites subjetivos da coisa julgada.

A primeira hipótese é de ser rechaçada, posto que entender que a coisa julgada formada nunca atinge o substituído é tornar imprestável a própria substituição processual, já que a sua utilidade se reduziria absurdamente pelo fato da sentença que o substituto obteve nunca ser capaz de formar coisa julgada e, portanto, ficar à mercê de infundáveis impugnações.⁶²⁰

À segunda hipótese poderia se impugnar por considerá-la como violadora da regra dos limites subjetivos da coisa julgada. Entretanto, a abertura de uma exceção a tal regra, por si só, não é, em tese, vedada pelo nosso ordenamento, mesmo porque ela (a regra) está prevista apenas em norma infraconstitucional. O que certamente fere a Constituição e os próprios pilares do Constitucionalismo não é permitir que a coisa julgada alcance um terceiro, mas privar a defesa adequada no processo de determinado direito, ou seja, não possibilitar que sejam apresentadas razões, recursos e provas inerentes ao contraditório e à ampla defesa para a defesa daquele direito.⁶²¹

Quando o legislador considerou, em decorrência da natureza do direito a ser defendido, alguém como apto a demandar em juízo em nome próprio para a defesa de direito alheio, de vários ou de todos, ele ponderou que tal direito seria

que se acolhe aqui, posto que, neste caso, o substituído somente seria parte na relação jurídica material, mas não na processual.

⁶²⁰Esta é, em essência, a argumentação utilizada por Chiovenda (In 2002, v. II, p. 302) para demonstrar a necessidade da coisa julgada atingir os substituídos. No mesmo sentido, cf. CARNEIRO, 2006, p. 48; TESHEINER, 2001, p. 82-83. Apesar de não ser totalmente contrário à ideia da coisa julgada atingir o substituído, Talamini (In 2005, p. 113-116) entende que a sujeição deste, fora os casos do processo coletivo, somente deveria ocorrer quando: a) o substituído teve a prévia oportunidade de exercer a ação e não o fez; b) o substituído tinha ou deveria ter ciência do processo em que ocorria a sua substituição e, ainda, se ele teve possibilidade de, querendo, participar do processo como assistente.

⁶²¹Neste sentido, é majoritária a ideia de que a coisa julgada atinge o substituído, cf. CHIOVENDA, 2002, p. 302; CARNEIRO, 2006, p. 48; DINAMARCO, 2004b, p. 321. Mais referências em BUENO, 2003, p. 51.

adequadamente representado por aquele legitimado, não trazendo prejuízo, neste aspecto, ao substituído.⁶²²

Se esta escolha não foi feita de forma correta, ou seja, se efetivamente existe ou não prejuízo ao substituído em sua defesa, já que o substituto, em tese, não está apto a defender o direito daquele adequadamente, é questão que deve ser analisada artigo por artigo para se decidir pela sua inconstitucionalidade ou não, mas não ser colocada como premissa inafastável.⁶²³

No caso da terceira hipótese, ou seja, que haveria coisa julgada para o substituído em algumas situações, mas não outras, como, por exemplo, no caso da coisa julgada somente atingir o substituído quando a sentença lhe for favorável ou, se desfavorável, não o for por insuficiência de provas, o que se tem é que, mais uma vez tendo em vista a natureza do direito a ser tutelado⁶²⁴, o legislador ponderou que o substituto não teria tantas condições assim para defender adequadamente o direito do substituído, motivo pelo qual não poderia incidir a este o óbice da coisa julgada em algumas situações, notadamente as desfavoráveis a ele.⁶²⁵

Destarte, apesar de se reconhecer que é possível considerar a situação da substituição processual como hipótese que foge à regra dos limites subjetivos da coisa julgada, isto não significa que ela representa violação à Constituição e ao

⁶²²Cf. MARINONI; ARENHART, 2008, p. 744-745; DINAMARCO, 2004b, p. 321-323.

⁶²³Sobre a questão da representatividade do legitimado nas ações coletivas, por exemplo, inclusive defendendo a possibilidade do juiz auferir no caso posto à sua análise tal adequação, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas. In _____. **O Processo**: Estudos e Pareceres. São Paulo: Perfil, 2005, p. 212-225.

⁶²⁴Situações como estas podem ser encontradas no caso da ação popular e das ações coletivas. Quanto à primeira, sendo o seu pedido julgado improcedente por insuficiência de provas, não faz coisa julgada nem para as partes e nem para os substituídos (cf. artigo 18, da Lei. n. 4.717/1965). Quanto às segundas, merecem ser analisadas três situações: a) tratando-se de ação coletiva para defesa de direitos coletivos ou difusos, a sentença de procedência e a de improcedência, salvo por insuficiência de provas, fará coisa julgada e atingirá as partes e os co-legitimados; b) tratando-se de ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos, a sentença de procedência atingirá às partes e aos co-legitimados e a de improcedência somente atingirá as partes; c) com relação às demandas individuais, somente a sentença de procedência das ações coletivas, tanto para defesa de direitos individuais homogêneos, como para defesa de direitos difusos e coletivos, valerá também para aquelas, no que a doutrina chama de transporte *in utilibus* da coisa julgada, salvo no caso do indivíduo intervir na ação coletiva envolvendo direitos individuais homogêneos, quando a coisa julgada o vinculará, independentemente do resultado da demanda (cf. artigos 103, III, §§ 1º ao 3º, 104, do CDC). Para uma análise pormenorizada destas situações, cf. TALAMINI, 2005, p. 123-130; DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: Processo Coletivo. 4. ed. Bahia: JusPODIVM, 2009, v. 4, p. 355 et seq; TUCCI, 2007, p. 42-64.

⁶²⁵Dessa forma, conforme registra Bueno (In 2007, p. 396), não só a substituição processual depende de expressa norma legal, como também os casos em que a coisa julgada não atingirá os substituídos.

paradigma do Constitucionalismo, posto que o que realmente se veda é que a coisa julgada possa prejudicar juridicamente um sujeito que não teve a oportunidade de ver o seu direito defendido adequadamente no processo, seja diretamente por ele, seja por outrem que, pela natureza do direito, teria até mesmo melhores condições de defendê-lo.

Diante de tudo o que foi exposto a respeito da relação entre sentença, coisa julgada e terceiros, pode-se afirmar que a única forma possível para se conciliar a harmonia dos julgados e a necessidade da sentença produzir efeitos, como decorrência da sua presunção de conformidade com o Direito, com as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa é considerar que a eficácia natural da sentença pode atingir a todos os terceiros, mas a coisa julgada se restringe às partes ou aos terceiros que tiveram seus direitos considerados, por expressa previsão legal, como adequadamente defendidos por outrem.

Cumprido registrar, ainda, uma última observação quanto aos limites subjetivos da coisa julgada. Liebman sustenta que até mesmo o terceiro juridicamente prejudicado encontra limites quanto às matérias que ele poderá levantar para impugnar a sentença já transitada em julgado. Assim, ele defende que somente os erros de juízo da sentença, seja de direito ou de fato, podem ser atacados pelo terceiro, mas não os erros processuais.⁶²⁶ Isto porque a sentença viciada como ato processual somente poderia ser atacada por meio de recursos, no mesmo processo e a pedido das partes, tornando os erros processuais eventualmente cometidos inatacáveis depois do trânsito em julgado da sentença.⁶²⁷

Entretanto, estas considerações até poderiam valer para o direito italiano, mas certamente não valem ao caso brasileiro, mesmo porque, por exemplo, uma das hipóteses de ação rescisória é justamente o caso da sentença proferida pelo juiz incompetente absolutamente ou impedido⁶²⁸, não havendo motivo para se entender

⁶²⁶Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. Sentença e Coisa Julgada: Recentes Polêmicas. In _____. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 302. Em sentido contrário, cf. ATTARDI apud LIEBMAN, 2006, p. 302.

⁶²⁷Cf. LIEBMAN, 2006, p. 302-303.

⁶²⁸Cf. artigo 485, II, do CPC, *in verbis*: “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente”.

que também não caberia ao terceiro impugnar a sentença transitada em julgado com base neste fundamento, mormente se o julgamento da causa por juiz incompetente feriu expressamente uma norma constitucional.

5. ANÁLISE E SOLUÇÕES PARA O CONFLITO ENTRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A COISA JULGADA FORMADA NO PROCESSO CIVIL

O estudo desenvolvido neste trabalho até o presente instante permitiu analisar duas premissas de normatividade do Constitucionalismo, quais sejam, o controle de constitucionalidade e a coisa julgada.

Finalmente, é o momento de se discorrer acerca da tensão que as envolve, procurando apresentar soluções que se mostrem úteis a dissipar esta tensão e, assim, garantir a preservação do próprio Constitucionalismo e do sistema jurídico.

Para tanto, é necessário primeiro delimitar esta relação de tensão, apresentar as situações em que ela se manifesta, discorrer sobre como se tem tratado a questão, para, ao final, através de uma argumentação crítica, apresentar a solução que mais se coaduna com o paradigma do Constitucionalismo e que garanta, assim, a eficácia sistêmica.

5.1 O PONTO DE CONFLITO ENTRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A COISA JULGADA

Foi visto no capítulo anterior que a coisa julgada eleva o conteúdo do comando da sentença a um patamar de imutabilidade, no sentido de que ele passa a representar a última intervenção do Estado àquela determinada lide colocada à sua apreciação, o que o impede de reapreciar e redicidir a questão de outra forma.

Dessa maneira, a coisa julgada é expressão do princípio geral da segurança jurídica, que, por sua vez, é essencial à ideia de Estado de Direito, que constitui um dos pilares do Constitucionalismo. Ou seja, em última análise, a coisa julgada acaba por

ser também um mecanismo de preservação e consolidação do Constitucionalismo, enquanto modelo de organização do Estado e “regra de reconhecimento” do sistema jurídico.

De outra banda, viu-se também que o controle de constitucionalidade é mecanismo voltado à proteção da supremacia constitucional, na medida em que ele identifica e repara condutas incompatíveis a determinadas normas constitucionais, permitindo o primado da Constituição, enquanto elemento normativo central do Estado Constitucional.

Portanto, através do estudo até aqui desenvolvido, chegou-se à conclusão de que tanto a coisa julgada como o controle de constitucionalidade são exigências, pressupostos de normatividade do paradigma do Constitucionalismo.

Ocorre que, se forem analisados em seus extremos, estes institutos vão acabar se encontrando num ponto de tensão, de conflito, na medida em que a coisa julgada, ao impedir nova apreciação da lide pelo Estado, obstaculizaria o controle de constitucionalidade sobre a sentença sobre a qual ela paira, ao passo que o controle de constitucionalidade, por sua vez, ao visar sempre a garantia da constitucionalidade, não se contentaria em ver na coisa julgada um obstáculo para a consecução de seu fim.

A ressalva de que a sentença, por si só, independentemente dela estar ou não sob o manto da coisa julgada, não é passível de controle de constitucionalidade poderia ser cogitada, apesar de equivocada, em outras épocas, já que, conforme ensina Paulo Otero⁶²⁹, a visão liberal do juiz como a boca da lei e do Poder Judiciário como poder nulo, na linha de Montesquieu, fez com que a questão da validade constitucional dos atos judiciais fosse objeto de esquecimento.

Entretanto, no estágio em que se encontra o Estado Constitucional, com a nova visão do papel do juiz não só como aplicador da lei, mas como produtor de norma jurídica concreta, somado ao aumento de seu papel protagonista na densificação e concretização interpretativa do sentido de conceitos indeterminados e, em última análise, do próprio Direito, não há como afastar o ato jurisdicional do controle de

⁶²⁹In: **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993, p. 9.

constitucionalidade, sob pena de colocá-lo à margem da Constituição e do princípio da supremacia constitucional.⁶³⁰

Aliás, o próprio sistema jurídico brasileiro já dispõe expressamente de mecanismos para tal controle de constitucionalidade, como é o caso do recurso extraordinário.⁶³¹

Nesse diapasão, a possibilidade de controle de constitucionalidade da sentença como consequência inexorável da supremacia da Constituição abre espaço para a existência do referido ponto de tensão entre o controle de constitucionalidade e a coisa julgada.

Tal relação de tensão encontra sua manifestação maior no que se costuma chamar de “coisa julgada inconstitucional”, situação esta inserida dentro das chamadas hipóteses de “relativização da coisa julgada”.

A questão das decisões judiciais imutáveis, mas que remanescem com algum vício, seja substancial, seja processual, desafia há muito tempo os juristas⁶³², ainda não se tendo chegado a uma resposta insuscetível de críticas.⁶³³

Aliás, defende-se que a ideia de inalterabilidade da sentença mesmo que viciada é co-natural à coisa julgada, já que esta é imposta como uma exigência da vida à indefinida procura da verdade e justiça⁶³⁴, o que a torna “[...] intrinsecamente

⁶³⁰Nesse sentido, cf. OTERO, 1993, p. 32 et seq; THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 795, p. 22-24, jan. 2002. Também admitindo o controle de constitucionalidade da sentença, cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. Bens sujeitos à proteção do Direito Constitucional Processual. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 289; DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 106-108. Em sentido contrário, ver, especialmente, KELSEN, 2007, p. 161.

⁶³¹Cf. CÂMARA, 2006, p. 289-290; THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (Código de Processo Civil, artigo 741, parágrafo único). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, v. 841, p. 60, nov. 2005.

⁶³²Assim, por exemplo, Americano (In 1922, p. 8) já propunha no direito brasileiro, desde o início do século passado, que a coisa julgada não pode fazer prevalecer sentença mentirosa.

⁶³³Cf. ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 212, com a observação de que este autor fala em decisão injusta, ao invés de decisão com vício, justificando-se a não utilização do termo do autor pelo fato de injustiça, na forma apresentada pelo autor, ser algo muito amplo e indeterminado, carecendo de parâmetros para sua melhor compreensão.

⁶³⁴Cf. LIEBMAN, 2006, p. 40.

produtora de injustiça, porquanto, impedindo que as discussões se eternizem, acaba, de alguma forma, se não frustrando a realização da justiça absoluta, criando para o sucumbente o gosto amargo de uma injustiça”.⁶³⁵

Assim, a instituição da coisa julgada já significa a aceitação do risco da existência de sentenças viciadas, desde que adimplidos todos os requisitos formais para a prestação da tutela jurisdicional reclamada e atendida, mesmo porque, de uma forma geral, as repercussões na sociedade de vícios das decisões judiciais não são relevantes a ponto de gerar uma desconfiança ampla da sociedade a elas, seja porque o Judiciário e as partes aceitam as regras do jogo, seja porque tais situações não são fenômenos correntes.⁶³⁶

Portanto, antes de ser uma questão relativa à impossibilidade de prevalecer uma sentença com vício, a ideia de “relativização da coisa julgada” se refere à verificação de quando tal vício é intolerável para a sociedade a ponto mesmo de colocar em cheque a ideia de Direito como ideal de justiça e a própria credibilidade do juiz, enquanto órgão prestador de adequada tutela jurisdicional.

José Carlos Barbosa Moreira critica o termo “relativização da coisa julgada”, não tanto pelo fato do substantivo “relativização” não ser encontrado em dicionários, mas sim pela circunstância de que para se “relativizar” algo é necessário que este algo seja absoluto, o que não se pode dizer que a coisa julgada seja, sendo prova disso a existência da ação rescisória e da revisão criminal no sistema jurídico brasileiro. Assim, Barbosa Moreira entende que o que se quer, na verdade, é o alargamento dos limites da “relativização”.⁶³⁷

Portanto, seguindo o mesmo Barbosa Moreira, a ideia da “relativização da coisa julgada” consiste em demonstrar que em determinadas situações não haveria que se falar no obstáculo da coisa julgada à reapreciação da questão em juízo. Abrir-se-iam, destarte, dois caminhos: a) negar a própria existência da coisa julgada ao caso; b) reconhecer a sua existência, mas entender que é possível afastá-la, negando

⁶³⁵Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Coisa Julgada Relativa?. **Revista da Ajuris- Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, ano 31, n. 94, p. 215, jun. 2004.

⁶³⁶Cf. ARMELIN, 2006, p. 213-214, sempre com a observação que referido autor prefere falar em sentença injusta ao invés de viciada.

⁶³⁷MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: _____. **Temas de Direito Processual**. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 235-236.

imutabilidade ao conteúdo do comando da sentença perante o Estado, em razão do vício grave que a inquina.⁶³⁸

A tendência de se “relativizar” a coisa julgada, seja por qualquer dos dois caminhos acima descritos, ganha corpo em um contexto cultural de incerteza, de fim das certezas, de passagem de um estágio em que se procura destruir verdades antigas para se construir novas, mas com igual pretensão de perenidade, para um estágio em que se desfaz tudo o que fora a novidade da véspera, sem que nada permanente seja construído.⁶³⁹

Nesse diapasão, o valor constitucional da segurança jurídica, consagrado normativamente no princípio geral da segurança jurídica, entra em declínio e, por sua vez, a importância da coisa julgada é renegada⁶⁴⁰, levantando-se vozes a favor da sua “relativização” sob os mais diversos argumentos e sob o pretexto de preservação dos mais variados e até mesmo indefinidos valores.⁶⁴¹

Entretanto, no meio de um emaranhado de argumentos de oportunistas, que viram nesse declínio da segurança jurídica campo fértil para evidenciar tentativas de afastamento da coisa julgada, sob o pretexto de preservação de determinado valor, mas com intuito verdadeiro de alcançar interesses individuais egoísticos, ganhou em importância uma questão de extrema relevância para a própria conservação do Estado Constitucional e do sistema jurídico.

Trata-se da referida “coisa julgada inconstitucional”, ou seja, a situação em que existe uma sentença sob o manto da coisa julgada que viola alguma norma da Constituição.⁶⁴²

⁶³⁸MOREIRA, 2007, p. 237-238.

⁶³⁹Cf. SILVA, 2004, p. 213-214.

⁶⁴⁰Cf. ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 350-351.

⁶⁴¹Nesse diapasão, Paulo César Santos Bezerra (In A nova hermenêutica constitucional e sua repercussão no controle de situações constituídas. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 426) critica a ideia de que basta invocar um princípio qualquer para se desconstituir qualquer sentença.

⁶⁴²Neste sentido, cf. TALAMINI, 2005, p. 404; MOREIRA, 2007, p. 237; SANDES, Márcia Rabelo. Mandado de segurança contra coisa julgada inconstitucional: admissibilidade e aspectos processuais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 280.

A expressão “coisa julgada inconstitucional” é criticável, já que a inconstitucionalidade é da sentença e não da coisa julgada, sendo até certo que esta poderia levar à cristalização do defeito, mas este lhe preexiste.⁶⁴³

Apesar desta observação, Eduardo Talamini⁶⁴⁴ afirma que a expressão possui duas utilidades: a) enfatiza o cerne da questão, ou seja, em que medida deve a coisa julgada prevalecer quando se está conferindo imutabilidade a uma sentença contrária à Constituição; b) deixa claro que toda e qualquer discussão sobre quebra da coisa julgada só é legítima se norteadas por parâmetros constitucionais. Acrescenta-se ainda que a sonoridade da expressão já chama a atenção e a curiosidade do receptor para a complexidade do problema.

É na segunda utilidade da expressão dada por Talamini que está a singularidade dessa hipótese de “relativização da coisa julgada” perante todas as outras que se levantam. Isto porque ela deixa claro que num Estado Constitucional, em que a coisa julgada é reconhecida como uma exigência, não há que se cogitar de outra situação de seu possível afastamento que não a da hipótese dela perpetuar uma inconstitucionalidade. Qualquer outra alegação já pode ser, *prima facie*, afastada como fundamento para se superar o óbice da coisa julgada.

Assim, a questão de saber se uma “injustiça” da decisão pode ser passível de “relativizar” a coisa julgada, passa a ser a questão de saber se a coisa julgada constitui óbice para a revisão de uma decisão inconstitucional, sendo aí, nesta inconstitucionalidade, onde reside a “injustiça” da decisão.⁶⁴⁵

⁶⁴³Cf. MOREIRA, 2007, p. 236-237; TALAMINI, 2005, p. 404; SILVA, Érica Barbosa e. O vício existente na “coisa julgada inconstitucional”. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 32, n. 145, p. 87, mar. 2007. Em sentido contrário, defendendo a legitimidade sistemática da locução, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 109, p. 28, jan.-mar. 2003.

⁶⁴⁴TALAMINI, 2005, p. 405.

⁶⁴⁵Cf., além do próprio Talamini, em sentido análogo, THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 169. Entretanto, cumpre registrar a proposta de Elsa Maria Lopes Seco Ferreira Pepino [In: **O Direito-Garantia Fundamental da Coisa Julgada: Coisa Julgada Injusta e Coisa Julgada Inconstitucional**. 2006. 301 p. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Faculdades de Vitória-FDV, Vitória, 2006, p. 176 et seq.], onde se defende a diferença entre “coisa julgada inconstitucional” de “coisa julgada injusta”, já que a primeira se refere aos casos de sentenças sob o manto da coisa julgada que violam a Constituição na sua aplicação ou interpretação direta, enquanto que a segunda diz respeito aos casos de sentença sob o manto da coisa julgada em que o direito reconhecido naquela colide com

Porém, a reunião das hipóteses de possível “relativização” da coisa julgada sob o enfoque de um mesmo vício, ou seja, a inconstitucionalidade, não retira a complexidade do tema, notadamente por envolver, como já dito, duas exigências do Estado Constitucional.

Para resolvê-lo, o presente trabalho optou por primeiro fundamentar uma visão do Direito que servirá como norte para análise de todo problema jurídico. Assim, defendeu-se no item 2 a ideia do Direito como sistema normativo axiológico-teleológico, que, num Estado Constitucional como o brasileiro, possui o Constitucionalismo como seu paradigma normativo, sua “regra de reconhecimento”, e a Constituição como o conjunto de normas supremas deste sistema.

Em seguida, foi necessário estudar o controle de constitucionalidade e a coisa julgada, já que são eles que estão nas pontas da relação de tensão que ora se pretende dissipar. Tal análise levou à conclusão de que tanto o controle de constitucionalidade, como a coisa julgada, são exigências do Estado Constitucional, o que reforçou a complexidade do problema.

De qualquer forma, é chegado o momento de se adentrar, especificamente, ao problema que a pesquisa procura resolver. Assim, o caminho que ora se passa a percorrer é: 1) especificar os casos em que se pode cogitar de sentença inconstitucional; 2) abordar criticamente os argumentos que se apresentam tanto para defender, como para rechaçar a possibilidade do controle de constitucionalidade sobre a sentença com coisa julgada; 3) por meio desta análise crítica e do estudo já realizado neste trabalho, fundamentar uma resposta ao problema que seja adequada com as conclusões a que se chegou nos itens anteriores deste trabalho.

outro direito ponderável. Esta ideia também é seguida por Geovany Cardoso Jevaux (In: 2007, p. 191 et seq.) que, inclusive, orientou o trabalho de Pepino. Peça-se vênia, porém, para seguir aqui uma abordagem diferente, já que se entende que, mesmo nos casos em que referidos autores entendem que seria de “coisa julgada injusta”, o que existe é, ao menos em última análise, também uma violação a alguma norma da Constituição. É que a coisa julgada é preservada e prevista por normas da Constituição, motivo pelo qual qualquer tentativa de afastá-la somente poderá ser justificada na proteção de outra norma também da Constituição. Destarte, eventual afastamento da coisa julgada somente será justificado se a sentença que a recobre estiver ou vier a gerar uma violação a uma norma da Constituição. Destarte, o que ocorre no caso do que os autores chamam de “coisa julgada injusta” é a contrariedade da sentença à norma da Constituição que protege aquele direito ponderável que a manutenção da sentença está colidindo.

5.2 AS HIPÓTESES DE SENTENÇAS INCONSTITUCIONAIS

Acima se referiu às sentenças inconstitucionais como sendo aquelas cujo comando viola uma norma da Constituição. Ocorre que esta violação pode decorrer de várias formas. Identificar quais são elas é justamente o que se passa a fazer neste momento.

Para tanto, parte-se aqui da classificação exposta por Eduardo Talamini⁶⁴⁶, com as ressalvas que se fará quando da sua análise pormenorizada. Para referido jurista, a sentença inconstitucional pode decorrer: a) da aplicação de norma inconstitucional; b) da interpretação incompatível com a Constituição; c) da indevida afirmação de inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional; d) da violação direta de normas da Constituição ou do seu dispositivo violar diretamente normas da Constituição; e) do estabelecimento ou declaração de uma situação diretamente incompatível com os valores fundamentais da ordem constitucional, embora sem incidir em qualquer das hipóteses anteriores.

Passa-se, a seguir, a analisar cada uma destas situações de modo individualizado.

⁶⁴⁶Cf. TALAMINI, 2005, p. 406-414. Também interessante é a classificação de Teori Albino Zavascki (In Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 334), para quem a inconstitucionalidade da sentença pode advir: a) da aplicação de norma inconstitucional (ou com sentido ou numa situação tidos por inconstitucionais); b) da não aplicação de norma declarada constitucional; c) da aplicação de norma constitucional considerada não-auto-aplicável; d) da não aplicação de norma constitucional auto-aplicável. Na verdade, tanto a classificação de Zavascki como a do próprio Talamini podem ser enquadradas dentro das classificações de formas de inconstitucionalidades apresentadas no item 3. Entretanto, o intuito que se tem aqui em utilizar a classificação de Talamini é a de melhor esclarecer como podem surgir aquelas inconstitucionalidades tratadas naquele capítulo quando o foco é feito na sentença.

5.2.1 A sentença que aplica norma inconstitucional

Segundo Talamini⁶⁴⁷, o caso ora tratado é o mais freqüentemente lembrado e estudado e pode ocorrer em três situações: 1) a norma aplicada pela sentença já foi anteriormente declarada inconstitucional em sede de controle concentrado pelo STF ou suspensa pelo Senado depois de reconhecida incidentalmente sua inconstitucionalidade também pelo STF; 2) a norma aplicada foi posteriormente declarada inconstitucional em sede de controle concentrado pelo STF ou suspensa pelo Senado depois de reconhecida incidentalmente sua inconstitucionalidade pelo mesmo STF⁶⁴⁸; 3) a norma aplicada é inconstitucional, mas tal vício ainda não foi averiguado em controle direito pelo STF e tão pouco retirada do sistema por resolução do Senado, seja porque incabível o controle direto, seja porque nenhum dos legitimados para exercê-lo o fez quanto a tal norma.

Talamini ressalta que a aplicação da norma inconstitucional não precisa ser feita na própria sentença, mas pode ter ocorrido antes, no curso do processo, e vir a macular diretamente aquela.⁶⁴⁹⁻⁶⁵⁰ Além disso, pode ser tanto norma de direito material, como processual.

A diferença do caso 1 para os outros dois reside no fato da violação à Constituição se materializar não só na norma da Constituição violada pela aplicação da norma inconstitucional, mas também na ofensa à norma da Constituição que impõe a observância do efeito vinculante das decisões finais emitidas em controle concentrado de constitucionalidade pelo STF (artigo 102, §2º, da CF/88⁶⁵¹) e da

⁶⁴⁷Cf. TALAMINI, 2005, p. 406-407.

⁶⁴⁸Sobre a suspensão da norma pelo Senado, inclusive com a possibilidade de modulação dos efeitos, cf. TALAMINI, 2005, p. 447-449.

⁶⁴⁹Ibid, p. 407.

⁶⁵⁰Isto decorre do que Samuel Meira Brasil Júnior (In: **Justiça, Direito e Processo: A Argumentação e o Direito Processual de Resultados Justos**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 23-24) chama de invalidade decorrente, que é prevista no artigo 248, do CPC. A respeito deste tipo de invalidade, cf., também, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 32.

⁶⁵¹Art. 102. [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

resolução do Senado que “suspende” a norma declarada inconstitucional pelo STF em exame concreto (artigo 52, X, da CF/88⁶⁵²).

Apesar disso, há respeitável doutrina que entende que a diferença entre o caso 1 e os demais é fundamentalmente relevante, já que enquanto o primeiro caso seria efetivamente violação à Constituição e daria ensejo à interposição de ação rescisória, com fulcro no artigo 485, V, do CPC, já que há uma violação literal ao direito afirmado pela Corte Suprema, nos outros dois casos não há violação à Constituição, sob pena de qualquer de toda e qualquer decisão tomada pelo juiz em controle difuso e concreto de constitucionalidade poder vir a ser um dia violadora da Constituição.⁶⁵³

Entretanto, conforme melhor será analisado quando se discorrer criticamente sobre o argumento de que no sistema que admite o controle de constitucionalidade difuso, como o brasileiro, a questão constitucional é protegida pela eficácia preclusiva da coisa julgada, tal raciocínio acaba conferindo ao poder dos juízes de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto um aspecto mais amplo do que ele possui.

De qualquer sorte, vale registrar que não é simplesmente a aplicação de uma norma inconstitucional pela sentença que a transformará necessariamente em inconstitucional. Pode ocorrer, por exemplo, que a sentença seja amparada em vários fundamentos que subsistem de per si, motivo pelo qual mesmo com o afastamento da aplicação da norma inconstitucional a sentença se manteria da mesma forma.⁶⁵⁴

⁶⁵²“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

⁶⁵³Cf. MARINONI, 2008, p. 80-118 passim.

⁶⁵⁴Cf. ASSIS, 2006, p. 369. O mesmo raciocínio, aliás, também pode ser realizado aos demais casos a seguir apresentados.

5.2.2 A sentença amparada em interpretação incompatível com a Constituição

Tal caso é, na verdade, também uma situação onde a inconstitucionalidade é decorrente da aplicação de uma norma inconstitucional.⁶⁵⁵ É que a norma, por si só, já é uma interpretação que se extrai de um enunciado normativo.⁶⁵⁶ Desta feita, quando se diz que uma norma é inconstitucional, significa afirmar que a interpretação que se fez de determinado enunciado normativo é inconstitucional.

A diferença, entretanto, residirá no tipo de inconstitucionalidade que pode ocorrer quando levado em conta o critério de classificação de inconstitucionalidade que parte da análise da extensão que a invalidade assume em relação à norma ou à lei.⁶⁵⁷ Assim, o caso examinado no subitem anterior é de inconstitucionalidade do tipo total-total ou parcial-total, quer dizer, respectivamente, quando o enunciado normativo infraconstitucional e o enunciado normativo da Constituição não podem ser aplicados sem que entrem em conflito entre si ou quando o enunciado normativo infraconstitucional não pode ser aplicado sem entrar em conflito com o enunciado normativo da Constituição, mas este tem uma área de aplicação em que não ocorre conflito com aquele.

Já no caso do presente subitem, a inconstitucionalidade é do tipo parcial-parcial ou total-parcial, quer dizer, quando o enunciado normativo infraconstitucional e o enunciado normativo da Constituição têm um âmbito de aplicação em que inexiste o conflito entre eles, mas tem outro âmbito de aplicação em que tal conflito ocorre, ou quando o enunciado normativo da Constituição não pode ser aplicado sem entrar em conflito com o enunciado normativo infraconstitucional, mas este tem uma área de aplicação em que não ocorre conflito com aquele.⁶⁵⁸

⁶⁵⁵O próprio Talamini (In 2005, p. 408) reconhece tal fato.

⁶⁵⁶Cf., por todos, BULYGIN; MENDONÇA, p. 16-17.

⁶⁵⁷Cf. item 3.2.3.

⁶⁵⁸É por isso que Zavascki (In 2006, p. 335-338), focalizando a questão sob o prisma da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, afirma que a diferença está na técnica utilizada para o reconhecimento da inconstitucionalidade. No primeiro caso (aplicação de lei inconstitucional), supõe-se a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, já no segundo (aplicação da lei em situação tida por inconstitucional) utiliza-se a técnica da declaração de nulidade parcial sem redução

Também neste caso é possível se falar de três situações: 1) antes de ser proferida a sentença já houve pronunciamento do STF indicando que outra é a interpretação que se deve fazer do enunciado normativo infraconstitucional; 2) tal pronunciamento é posterior à sentença; 3) o juiz interpreta inconstitucionalmente o enunciado normativo, mas tal vício ainda não foi averiguado em controle de direito pelo STF, nem antes e nem depois da sentença.⁶⁵⁹ A diferença do caso 1 para os outros dois reside no fato da violação à Constituição se materializar não só na norma da Constituição violada pela interpretação inconstitucional da lei, mas também na ofensa à norma da Constituição que impõe a observância do efeito vinculante das decisões finais emitidas em controle concentrado de constitucionalidade pelo STF (artigo 102, §2º, da CF/88).

Ademais, tal como no caso do subitem anterior, é possível que a interpretação desconforme com a Constituição possa se situar na própria sentença ou em momento anterior do processo, mas que repercuta naquela, e tanto pode ser de norma de direito material como processual.⁶⁶⁰

Cumprido registrar ainda, quanto a tal caso, que o modo como ele é formulado dá ensejo a englobar nele também a hipótese da interpretação incompatível com a Constituição dizer respeito até mesmo a um dispositivo do próprio texto constitucional, o que acabaria misturando o caso com a hipótese do subitem 5.2.4, motivo pelo qual é melhor até mesmo falar aqui em sentença com inconstitucionalidade decorrente de incompatibilidade com a Constituição da interpretação de enunciado normativo infraconstitucional.

de texto e no terceiro caso (aplicação de lei com sentido inconstitucional) usa-se da técnica da interpretação conforme a Constituição.

⁶⁵⁹Cf. TALAMINI, 2005, p.408.

⁶⁶⁰Ibid., p. 408.

5.2.3 A sentença que é amparada na indevida afirmação de inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional

A hipótese deste subitem é envolta por certa polêmica. É que existe respeitável doutrina que entende que tal questão não é de inconstitucionalidade da sentença, mas de mera ilegalidade, sendo que a violação à Constituição é reflexa apenas.⁶⁶¹ Tal argumento parece bastante ponderável, mas o próprio STF⁶⁶² já decidiu que cabe Recurso Extraordinário aos casos em que a interpretação da lei infraconstitucional pressupõe o julgamento daquele, sendo que isto ocorre nos casos de controle de constitucionalidade ou de solução do conflito de leis no tempo, posto que em ambos os casos se tem uma questão constitucional direta cuja solução depende necessariamente do alcance da norma legal cuja validade ou aplicabilidade se quer determinar. Dessa forma, é possível de se sustentar que este caso seja também uma hipótese que poderia dar ensejo a uma violação direta à Constituição pela sentença.

Tal como nos casos anteriores, é irrelevante se a não aplicação da norma, por erradamente se entender pela sua inconstitucionalidade, tenha ocorrido antes ou depois de pronunciamento do STF, em sede de controle concentrado e direto, declarando a constitucionalidade da lei.⁶⁶³ O que ocorrerá, dependendo do pronunciamento do STF ter sido antes ou depois da sentença, é que, se for depois, a inconstitucionalidade estará não só na norma da Constituição violada pela não aplicação da lei, mas também na ofensa à norma da Constituição que impõe a observância do efeito vinculante das decisões finais emitidas em controle concentrado de constitucionalidade pelo STF (artigo 102, §2º, da CF/88).

⁶⁶¹Cf. THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2002, p. 39. Paulo Otero (In 1993, p. 74-75), em sentido análogo, entende que somente haveria inconstitucionalidade quando a não aplicação de uma lei constitucional conduzisse a aplicação de outra lei, esta sim inconstitucional, com o que se recairia na hipótese do subitem 5.2.1. Marinoni (In 2008, p. 89-92), por sua vez, afirma que o caso é de simplesmente não aplicação de uma lei, o que nunca poderá dar ensejo a uma violação de norma constitucional.

⁶⁶²Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 226.462-SC. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. 13.05.1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 30.03.2010.

⁶⁶³Cf. TALAMINI, 2005, p. 410.

Ademais, também é possível que a não aplicação da norma por sua inexistente inconstitucionalidade possa se situar na própria sentença ou em momento anterior do processo, mas que repercute naquela, e tanto pode ser de norma de direito material como processual.⁶⁶⁴

5.2.4 A sentença que viola diretamente uma norma da Constituição

O presente caso poderia ser criticado pelo fato de haver sempre a necessidade da violação pela sentença ser direta a uma norma constitucional para que aquela possa ser qualificada como inconstitucional, o que levaria à conclusão de que ou este é realmente o único caso que dá ensejo a uma sentença inconstitucional, o que transformaria os outros em supérfluos, ou então este caso seria uma redundância com os outros apresentados, motivo pelo qual ele é que seria supérfluo.

Entretanto, é compreensível a separação que Talamini faz da hipótese do presente subitem perante as outras, já que nestas, o que levou à violação da norma da Constituição pela sentença foi um equívoco no juízo de constitucionalidade acerca de uma norma infraconstitucional, o que não ocorre na que ora se analisa.

Vale registrar que, neste caso, também é possível que violação da norma da Constituição possa se situar na própria sentença ou em momento anterior do processo, mas que repercute naquela, e tanto pode ser de norma da Constituição de direito material como processual.⁶⁶⁵

⁶⁶⁴Cf. TALAMINI, 2005, p. 410.

⁶⁶⁵Ibid., p. 413.

5.2.5 A sentença que estabelece ou declara situação que apenas posteriormente venha a violar a Constituição

O último caso de sentença que seria inconstitucional é a que estabelece ou declara uma situação que venha a ser, posteriormente, diretamente incompatível com a ordem constitucional, embora sem incidir em qualquer das hipóteses anteriores.

A incorreção da sentença surge de elemento novo que, portanto, não existia na época que ela foi prolatada e que gera uma situação em que a sentença passa a afrontar alguma norma ou princípio constitucional. É o caso da sentença que indevidamente afirma ou nega uma relação de paternidade em época que não existia o exame de DNA e este, posteriormente, vem a demonstrar que a conclusão a que se chegou na sentença a respeito da filiação era errada e, portanto, a manutenção da sentença tal como proferida representa afronta, por exemplo, à norma da Constituição referente ao direito à paternidade.⁶⁶⁶

Esta e as demais situações acima apresentadas são as hipóteses em que é possível de se cogitar de uma sentença ser inconstitucional. É claro que, como já afirmado, elas poderiam ser resumidas todas na situação da sentença que viola norma da Constituição, já que a inconstitucionalidade de uma norma- e a sentença é uma norma- está na sua incompatibilidade com uma norma da Constituição. Porém, a separação dos casos na forma acima apresentada permite uma melhor compreensão das causas mediatas do vício de inconstitucionalidade da sentença, o que, em última análise, servirá tanto para a identificação do vício, quanto para evitá-lo.

Identificados tais casos, passa-se agora à análise crítica dos argumentos que se tem levantado para rechaçar o controle de constitucionalidade em face de uma sentença sob o manto da coisa julgada, mesmo que aquela se encaixe a uma das situações acima descritas.

⁶⁶⁶Cf. TALAMINI, 2005, p. 414.

5.3 OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM FACE DE SENTENÇA SOB O MANTO DA COISA JULGADA

Inobstante a crescente tendência de se sustentar em sede doutrinária a possibilidade do controle de constitucionalidade em face de uma sentença sob o manto da coisa julgada, respeitável parcela de juristas que estudam a matéria apresentam fortes argumentos em sentido contrário para, em maior ou menor medida, afastar tanto a possibilidade de “relativização da coisa julgada”, em seu aspecto amplo, quanto, especificamente, o controle de constitucionalidade da “coisa julgada inconstitucional”.

Os argumentos que se costumam utilizar para tanto são os seguintes: 1) a coisa julgada torna irrelevante, salvo exceção legal, indagar sobre quaisquer vícios na sentença, sendo que isto é indispensável para a segurança e a estabilidade da vida das pessoas; 2) A Constituição, na medida em que erigiu a coisa julgada como garantia constitucional, já fez a ponderação entre a segurança jurídica- advinda da coisa julgada- e o risco de eventuais injustiças; 3) O termo “injustiça grave da sentença” é impreciso, motivo pelo qual não pode sustentar racionalmente a quebra da coisa julgada, ; 4) o afastamento da coisa julgada fora dos casos expressos em lei a transformaria em exceção; 5) no sistema que admite o controle de constitucionalidade difuso, como o brasileiro, a questão constitucional é protegida pela eficácia preclusiva da coisa julgada; 6) a coisa julgada é uma regra imprescindível à própria existência do discurso jurídico.

Passa-se a analisar criticamente cada um destes argumentos de forma pormenorizada.

5.3.1 O argumento de que a coisa julgada torna irrelevante, salvo exceção legal, a discussão acerca dos vícios da sentença

Este argumento defende que a coisa julgada torna juridicamente irrelevante, salvo expressa exceção legal, indagar sobre o passado. Assim, por exemplo, pouco importa saber se o fato que o juiz considerou inexistente, na verdade, existia.⁶⁶⁷

Isto porque o próprio sistema parte da idéia de que é possível que o juiz decida de forma contrária à justiça, à realidade dos fatos e à lei, tanto que prevê a ação rescisória em algumas hipóteses, motivo pelo qual foi consciente a sua escolha de não permitir a relativização da coisa julgada nas outras hipóteses, pendendo a balança para o lado da indiscutibilidade e imutabilidade, imprescindível à efetividade do direito de acesso aos tribunais e à segurança e à estabilidade da vida das pessoas.⁶⁶⁸

Neste sentido, as normas que estabelecem a coisa julgada são normas que determinam a obrigatoriedade de aplicação da sentença, independentemente da sua validade no sistema.⁶⁶⁹ Assim, seria criticável a ideia de que evitar a eternização de incertas pode gerar um eternização de injustiças⁶⁷⁰, posto que o que o ordenamento faz é, a partir de determinado momento, não permitir que se volte a cogitar do dilema justo ou injusto, sendo este o preço que ele entende razoável de se pagar como contrapartida da preservação de outros valores.⁶⁷¹

Porém, tal argumentação não merece prosperar. É que a coisa julgada não é um valor em si mesmo, mas uma garantia que tem a sua razão de ser apenas na medida em que serve para preservar o princípio constitucional da segurança jurídica e o valor de segurança que a ele é inerente. Ocorre que ao lado de tal princípio existem outros na Constituição que procuram preservar outros valores que, dependendo do caso concreto, podem ser mais relevantes para a preservação da

⁶⁶⁷ Cf. MOREIRA, 2007, p. 242-243.

⁶⁶⁸ Cf. MARINONI; ARENHART, 2008, p. 679; MOREIRA, 2007, p. 243-244.

⁶⁶⁹ Ideia esta sustentada, por exemplo, por MORESO, 1997, p. 84-85.

⁶⁷⁰ Esta ideia de que a superação de eternização de incertezas geraria a eternização de injustiças, o que é mais grave, é referendada, notadamente nestes termos, por DINAMARCO, 2003, p. 13.

⁶⁷¹ Cf. MOREIRA, 2007, p. 247.

eficácia sistêmica do que a segurança. Dessa forma, impossível afirmar que sempre o princípio da segurança jurídica, representado pela coisa julgada, deverá prevalecer.⁶⁷²

Ademais, seria pouco prudente ao constituinte determinar sempre a primazia da segurança jurídica face a outros princípios constitucionais, sob pena de subversão da própria ideia de princípio, já que criaria um que seria absoluto, além de gerar situações de afetação da própria eficácia sistêmica, já que se criaria um resultado não almejado pelo sistema, o que, em última análise, poderia levar ou a substituição das normas originárias e, portanto, do próprio sistema, ou à inaplicabilidade de tais normas aos casos, como forma de evitar referidas situações de eficácia sistêmica reversa.⁶⁷³

5.3.2 O argumento de que a Constituição já fez a ponderação entre a segurança jurídica e o risco de eventuais injustiças

Este argumento parte da premissa de que a coisa julgada é uma garantia constitucional, mesmo porque indispensável ao Estado de Direito⁶⁷⁴, e afirma que a Constituição já realizou a ponderação entre a segurança jurídica- advinda da coisa julgada- e o risco de eventuais injustiças, motivo pelo qual não caberia qualquer tipo de ponderação em sentido diverso no caso concreto.⁶⁷⁵

Porém, a mesma crítica que se procedeu ao argumento anterior também cabe a este. Quer dizer, também aqui se pode afirmar que não é prudente ao constituinte

⁶⁷²Em sentido análogo, cf. TALAMINI, 2005, p. 561-562; CÂMARA, 2006, p. 283-300; DINAMARCO, 2003, p. 10-28 passim; LEITE, Glauco Salomão. Coisa julgada inconstitucional: relativizando a “relativização”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 14, n. 57, p. 158-159, out.-dez. 2006.

⁶⁷³Neste sentido, utilizando-se de expressão de Russo (In 2001, p. 274), pode-se afirmar que nestas situações de resultados que o sistema proporciona, mas que por ele não são almejados, ele se encontra numa “etapa de decadência”.

⁶⁷⁴Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 68-69; MOREIRA, 2007, p. 247-248.

⁶⁷⁵Cf. MARINONI; ARENHART, 2008, p. 694.

determinar sempre a primazia da segurança jurídica face outros princípios constitucionais, pelas mesmas razões acima expostas, quais sejam, subversão da própria ideia de princípio e possibilidade de afetação da própria eficácia sistêmica.

Além disso, o fato da Constituição brasileira ter erigido a coisa julgada como uma garantia constitucional não pode levar ao extremo de se dizer que o constituinte já fez a ponderação entre segurança jurídica e outros princípios, posto que, se assim o fosse, também se deveria considerar que todas as outras garantias constitucionais expressam a ponderação feita pelo constituinte entre o princípio que as subjazem e outros, inclusive, o da segurança jurídica. Assim, como se resolver, por exemplo, o caso que envolvesse um confronto entre a garantia do contraditório e da coisa julgada? Este mesmo argumento da ponderação já realizada pelo constituinte valeria para sustentar tanto a prevalência da coisa julgada, como também a do contraditório.

5.3.3 O argumento da imprecisão do termo “grave injustiça”

O presente argumento defende que não merece prosperar a ideia de que a injustiça grave da sentença poderia levar a um afastamento da coisa julgada, posto que: a) não se diz o que quer dizer especificamente “injustiça”, muito menos se estabelecem parâmetros objetivos para se identificar quando esta injustiça é grave⁶⁷⁶; b) a parte vencida raramente se convence da justiça da decisão⁶⁷⁷; c) injustiça da sentença nunca foi e jamais pode ser fundamento para afastar o império da coisa julgada, sob pena de se eternizar o conflito⁶⁷⁸; d) injustiças maiores se cometeriam “relativizando” a coisa julgada do que as pontuais e raras levantadas pela doutrina que a

⁶⁷⁶Cf., em sentido análogo, SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Coisa Julgada Relativa?. **Revista da Ajuris- Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, ano 31, n. 94, jun. 2004. Porto Alegre: Ajuris, 2004, p. 217-218; MARINONI; ARENHART, 2008, p. 696; MOREIRA, 2007, p. 249-250.

⁶⁷⁷Cf. MOREIRA, 2007, p. 249-250.

⁶⁷⁸Cf. SILVA, 2004, p. 217-218.

justificariam⁶⁷⁹, mesmo porque pouco provável que as vantagens da justiça do caso concreto se sobreponham às desvantagens da insegurança geral.⁶⁸⁰

Ocorre que, apesar de se reconhecer que alguns juristas costumam utilizar a expressão “grave injustiça” de forma discricionária e sem uma fundamentação que evite um exagerado subjetivismo da expressão, fato é que é possível dar a ela um contorno mais objetivo ao se defender que a Justiça estaria positivada na e a partir da Constituição e, portanto, toda contradição com a Constituição poderia ser considerada uma “injustiça”.

Já a “grave injustiça” seria aquela em que não só se viola uma norma da Constituição, como também a manutenção desta violação em nome da preservação de outras normas da Constituição representa, naquele caso, uma eficácia sistêmica reversa. Assim, o campo de análise passa da relação entre norma infraconstitucional e norma da Constituição, para a relação entre duas normas da Constituição, em que, para uma ser preservada, a outra deve suportar, em certa medida uma violação. Portanto, tratando-se de conflito entre normas de igual escalão, sendo ambas normas supremas do sistema, a única solução que se vislumbra é a que, naquele caso, mais preserve a eficácia sistêmica, quer dizer, a que permita ao sistema obter os resultados por ele almejados.

⁶⁷⁹Cf. MARINONI; ARENHART, 2008, p. 697.

⁶⁸⁰Cf. ASSIS, 2006, p. 370.

5.3.4 O argumento de que o afastamento da coisa julgada fora dos casos expressos em lei a transformaria em exceção

Este argumento sustenta que o afastamento da coisa julgada fora dos casos expressamente admitidos na lei representaria uma multiplicação de litígios⁶⁸¹, a eternização dos conflitos e fator de grave instabilidade para a vida do cidadão⁶⁸², transformando a coisa julgada em exceção, ao invés de regra.⁶⁸³

Ocorre que tal argumento é retórico, já que procura fazer o interlocutor convencer-se de que o emissor está correto, através de seu próprio raciocínio. Quer dizer, ao afirmar que o afastamento da coisa julgada fora das exceções previstas em lei acabaria aniquilando a coisa julgada, posto que a transformaria em exceção, parte-se já da ideia de que o certo é o afastamento da coisa julgada somente vir expresso em lei e que, se assim não for, a coisa julgada se transforma em exceção, o que seria algo ruim. Entretanto, não demonstra qual a vantagem e o porquê da coisa julgada ter que ser afastada somente por expressa previsão legal.

Para respondê-lo, bastaria outro argumento igualmente retórico, qual seja, o de que a possibilidade da coisa julgada consolidar uma violação a uma norma da Constituição significaria afastar a aplicação desta, transformando o seu cumprimento em exceção ao invés de regra.

Entretanto, pela própria razão de também se tratar de argumento retórico, ele não satisfaz. Assim, acrescenta-se, para afastar o presente argumento, que não se defende aqui que a coisa julgada deve ser afastada sempre e muito menos que se deve acabar com tal garantia, mas, ao contrário, reconhece-se a importância dela inclusive para o Constitucionalismo, como se sustentou anteriormente. Porém, o que não se pode aceitar mais, ao menos em um Estado Constitucional e dentro de uma visão do Direito como um sistema axiológico-teleológico, é a concepção da coisa julgada como algo supremo que estaria inclusive acima da Constituição.

⁶⁸¹ ASSIS, 2006, p. 351.

⁶⁸² Cf. MARINONI; ARENHART, 2008, p. 695.

⁶⁸³ Cf. ASSIS, 2006, p. 361.

Defender a possibilidade de afastamento da coisa julgada quando ela recobre uma sentença que viola norma da Constituição e, no caso concreto, tal violação leve a uma eficácia sistêmica reversa não significa transformar a coisa julgada em exceção, mesmo porque os próprios mecanismos já dispostos pela lei processual para se chegar a uma decisão harmônica com a Constituição, como os recursos e a ação rescisória, além da própria observância da Constituição geralmente feita pelos juízes, já são mecanismos de filtragem de sentenças inconstitucionais, motivo pelo qual, proporcionalmente, a quantidade de casos em que poderia haver um afastamento da coisa julgada pelo fato da sentença ser inconstitucional é baixo quantitativamente. Neste diapasão, aliás, exceção será o afastamento da coisa julgada.⁶⁸⁴

5.3.5 O argumento da supervalorização do poder dos juízes no controle de constitucionalidade difuso

Este fundamento defende que no sistema que admite o controle de constitucionalidade difuso, como o brasileiro, a questão constitucional é protegida pela eficácia preclusiva da coisa julgada (artigo 474, do CPC), tanto no caso em que o juiz decide pela constitucionalidade, quanto quando ele aplica simplesmente a lei.⁶⁸⁵

Destarte, vincular a permanência da coisa julgada, por exemplo, a uma não decisão de inconstitucionalidade é tornar a decisão provisoriamente estável e tornar o controle difuso totalmente dependente do concentrado e, portanto, inútil.⁶⁸⁶

Nesta trilha, uma coisa é a aplicação da norma geral ao caso concreto e outra é o que o juiz faz num Estado Constitucional, qual seja, elabora ou constrói a decisão, a

⁶⁸⁴Também defendendo que o afastamento da coisa julgada deve ser exceção, cf. ARMELIN, 2006, p. 231-232; DINAMARCO, 2003, p. 36

⁶⁸⁵Cf. MARINONI, 2008, p. 19-20.

⁶⁸⁶Ibid., p. 36.

norma jurídica do caso concreto, através de uma interpretação de acordo com a Constituição e sempre realizando, ao menos implicitamente, o controle de constitucionalidade. Assim, permitir o controle de constitucionalidade em face de uma sentença sob o manto da coisa julgada não é o mesmo que impedir que uma lei declarada inconstitucional produza efeitos, mas sim é negar efeitos a um juízo de constitucionalidade, legitimado na Constituição.⁶⁸⁷

Entretanto, tal argumento peca por dois fundamentos principais. Primeiro que ele somente se aplicaria, caso correto fosse, às hipóteses de sentenças inconstitucionais em decorrência de juízos de constitucionalidade de lei diverso do realizado pelo STF, mas não resolveria a questão das sentenças inconstitucionais por outros motivos, como as que violam diretamente norma da Constituição por outro motivo que não a aplicação de lei inconstitucional. Segundo que ele acaba conferindo ao poder dos juízes de controlarem a constitucionalidade da lei no caso concreto um aspecto mais amplo do que ele possui. É que, ao menos no Brasil, a interpretação que parece ser a mais adequada com a Constituição e com o modelo combinado de controle de constitucionalidade das leis é a de que aquele poder dos juízes é de analisar a constitucionalidade da lei no caso concreto, como decorrência da supremacia da Constituição, mas deve ficar condicionado à decisão do STF em sede de controle concentrado.

É isto o que decorre da redação do artigo 102, §2º, da CF/88⁶⁸⁸ e do reconhecimento que se atribui ao STF como sendo o órgão último de guarda da Constituição e a quem compete decidir, em última análise, através de decisão com eficácia *erga omnes* e até mesmo *ex tunc*, a constitucionalidade ou não de um ato normativo.⁶⁸⁹

⁶⁸⁷Cf. MARINONI, 2008, p. 27-32. Em sentido análogo, cf. MOREIRA, 2007, p. 253.

⁶⁸⁸Art. 102. [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

⁶⁸⁹Em sentido análogo é a posição de TESHEINER, José Maria Rosa. Coisa julgada inconstitucional (art. 741 e 475-L do CPC)-Reflexões em torno de um texto de Marinoni. **Revista da Ajuris- Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, ano 36, n. 113, mar. 2009. Porto Alegre: Ajuris, 2009, p. 230.

5.3.6 O argumento da coisa julgada como regra imprescindível ao discurso jurídico

Através deste argumento, sustenta-se que a coisa julgada é uma regra imprescindível à própria existência do discurso jurídico, já que este é aquele discurso limitado no tempo.⁶⁹⁰ Dessa forma, a coisa julgada é regra formal do discurso jurídico, não fazendo parte do conteúdo material deste, razão pela qual sequer pode ser objeto de balanceamento.⁶⁹¹

Porém, tal argumento também não se sustenta, já que a coisa julgada é regra importante, mas não imprescindível para o discurso jurídico, como é prova, por exemplo, o caso da revisão criminal, em que a sentença penal condenatória fica sempre sujeita a uma possibilidade de mudança, como decorrência do princípio da liberdade, que, numa colisão com o princípio da segurança jurídica, deve, naquele caso, prevalecer.⁶⁹² Aliás, se existe algo imprescindível para um discurso jurídico, ao menos sob o paradigma do Constitucionalismo, é que ele se desenvolva sempre com a observância da Constituição e a preservação da eficácia sistêmica.

Como se pode demonstrar, apesar de bem qualificados os argumentos apresentados para se rechaçar o controle de constitucionalidade em face de uma sentença sob o manto da coisa julgada, eles não conseguem se manter a uma análise mais crítica, desenvolvida com base nas premissas adotadas neste trabalho.

O afastamento de todos estes argumentos já demonstra uma inclinação por se aceitar a possibilidade do controle de constitucionalidade em face de uma sentença sob o manto da coisa julgada. Porém, antes de fixar definitivamente tal posicionamento, é necessário analisar, também criticamente, os argumentos que se costumam apresentar para defender esta possibilidade de controle e verificar aqueles que se coadunam a proposta desenvolvida neste trabalho.

⁶⁹⁰Cf. MARINONI, 2008, p. 19-20.

⁶⁹¹Ibid., p. 7.

⁶⁹²Cf., no mesmo sentido, TESHEINER, 2009, p. 30.

5.4 OS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM FACE DE SENTENÇA SOB O MANTO DA COISA JULGADA

A constatação de que a coisa julgada não é um óbice para se realizar um controle de constitucionalidade sobre a sentença é feita por significativa e respeitável parcela de juristas que se propuseram ao desafio de enfrentar tema tão complexo.

De uma forma ou de outra, todos aqueles que defendem tal posicionamento partem da premissa de que a coisa julgada não pode ser vista como algo absoluto a ponto de ser empecilho para impedir a revisão de uma sentença eivada do vício da inconstitucionalidade, sob pena dela representar ofensa à força normativa e à supremacia da Constituição.⁶⁹³

Entretanto, a forma como se constrói o arcabouço argumentativo para sustentar esta premissa apresenta variações, podendo ser divididos em três argumentos centrais: 1) a sentença inconstitucional é inexistente e, portanto, sequer pode gerar coisa julgada; 2) a segurança jurídica e a certeza não são suficientes para fundamentar a manutenção de uma decisão inconstitucional, somente sendo passíveis de validar efeitos de atos desconformes com a Constituição quando o próprio texto constitucional expressamente admitir; 3) o caso da “coisa julgada inconstitucional” é sempre de conflito entre dois princípios constitucionais, motivo pelo qual é necessário se proceder a um balanceamento entre os valores envolvidos para descobrir a solução correta. Passa-se, agora, a analisar cada um deles de forma individualizada.

⁶⁹³Cf., em diversas passagens neste sentido, OTERO, 1993; CÂMARA, 2006, p. 283-300; THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2006, p. 161-194; NASCIMENTO, Carlos Valder do. Coisa julgada inconstitucional. NASCIMENTO, Carlos Valder do. Coisa julgada inconstitucional. In: _____ (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. 3. ed. rev.atual. ampl. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 4 et seq; THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2002, p. 21-40; THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 56-76; DIAS, Francisco Barros. Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, v. 758, p. 34-42, dez. 1998.

5.4.1 O argumento de que a sentença inconstitucional é inexistente

Este argumento se sustenta por dois motivos diversos que explicariam o porquê da sentença eivada de vício de inconstitucionalidade ser inexistente, quais sejam: a) a inexistência decorre da impossibilidade jurídica de se acolher um pedido inconstitucional; b) a inexistência advém da falta do elemento da adequação ou obediência à Constituição por parte da sentença.

O primeiro destes motivos é defendido por Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina.⁶⁹⁴ Ampliando as hipóteses de inexistência de sentença ordinariamente apresentadas pela doutrina, referidos autores defendem que a ausência de condições da ação torna a sentença inexistente, havendo, no caso, mero exercício de direito de petição e simulacro de processo.⁶⁹⁵

Partindo desta ideia, eles afirmam que a sentença que acolhe pedido inconstitucional não transita em julgado, já que não havia possibilidade jurídica do pedido e, portanto a sentença é inexistente.⁶⁹⁶ Pelo mesmo motivo, também inexistente seria a sentença que acolheu determinado pedido baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF com efeito *ex tunc*.⁶⁹⁷

Cumprir registrar, porém, que a ideia desenvolvida por Wambier e Medina é limitada a apenas alguns casos de inconstitucionalidade da sentença.⁶⁹⁸ De qualquer forma, ao menos nestes casos, eles entendem que haveria a impossibilidade de se utilizar a coisa julgada como convalidador de uma inconstitucionalidade.

⁶⁹⁴Cf. WAMBIER; MEDINA, 2003.

⁶⁹⁵Ibid., p. 31-34.

⁶⁹⁶Ibid., p. 39.

⁶⁹⁷Ibid., p. 43.

⁶⁹⁸Esta limitação é reconhecida expressamente pelos autores (In 2003, p. 39) quando afirmam que “Em princípio nos parece que, em linhas gerais, o regime jurídico a que se submete a sentença que ofende a Constituição Federal é o da rescindibilidade, idêntico àquele ao qual se submete a sentença que ofende a lei (art. 485, V, do CPC)”.

Já o segundo motivo para se sustentar a inexistência da sentença eivada de inconstitucionalidade é mais abrangente, já que sustenta que tal inexistência decorre da falta de adequação ou obediência à Constituição por parte da sentença.⁶⁹⁹

Entretanto, tanto este segundo motivo, quanto o primeiro defendido por Wambier e Medina se baseiam em uma premissa equivocada. O vício da inconstitucionalidade se situa no plano da validade, como já demonstrado no item 3, e a questão da validade somente se põe a respeito de normas existentes.⁷⁰⁰ Ademais, não é pelo fato da sentença julgar o mérito da lide, quando o caso era de ausência de condição da ação, que ela será inexistente.⁷⁰¹

Dessa forma, a ideia de que a coisa julgada não seria óbice para se realizar o controle de constitucionalidade da sentença pelo fato desta ser inexistente não é a mais adequada ao problema que se quer resolver.

⁶⁹⁹Cf. DIAS, 1998, p. 40; DANTAS, Ivo. Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 233-280.

⁷⁰⁰Cf. ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1997, p. 68. Cumpre registrar que estes mesmos autores (In 1997, p. 24-37 passim) defendem a ideia de que para uma norma geral existir basta a sua promulgação, independente até mesmo da competência de quem a promulga, e, no caso da norma individual, como a sentença, a sua existência demanda a promulgação da norma e sua recepção pelos sujeitos normativos (aqueles que devem se submeter a ela). Apesar do tema ser bastante complexo e vasto, parece que a aplicação desta noção de existência resolveria vários problemas, apesar de certamente levar a conclusões bastante diversas das que se tradicionalmente sustenta. Por exemplo, uma “sentença” proferida por um indivíduo que sequer é juiz e recepcionada pelos seus destinatários seria uma norma existente, sendo que o seu vício estaria apenas no campo da validade (ou neste e no da eficácia social). Tanto é assim que se poderiam reconhecer efeitos a tal decisão quando, por exemplo, as partes que estiveram sujeitas a ela venham a contestá-la em juízo somente vários anos depois e que, por uma questão de preservação do valor segurança, o juiz que julgasse tal questão entenda que os efeitos daquela “sentença” devem prevalecer em determinado período. Sabe-se que o exemplo é esdrúxulo e de difícil ocorrência prática, mesmo porque certamente faltará eficácia social àquela “sentença” e, portanto, dificilmente tal questão precisará ser levada a juízo. Mas ele serve apenas para tentar aclarar que para uma norma existir basta ela ter sido promulgada, no caso das normas gerais, e de ser promulgada e recepcionada pelos sujeitos normativos, no caso das normas individuais, o que evita várias contradições como as do que sustentam que uma norma é inexistente, mas não explicam como então ela produz alguns efeitos.

⁷⁰¹Cf. TALAMINI, 2005, p. 382-384

5.4.2 O argumento do caráter fraco do princípio da segurança jurídica

Este argumento foi desenvolvido, notadamente, pelos defensores do que Talamini chama de “tese da submissão da sentença a parâmetros objetivos, prévios e abstratos de controle de constitucionalidade”.⁷⁰² Tendo como seu grande propulsor o português Paulo Otero, tal tese defende que a sentença inconstitucional não pode ser considerada inexistente, mas sim possuidora de vício de nulidade, posto que nela estão presentes todos os elementos essenciais para a configuração de uma sentença, sendo o vício da inconstitucionalidade, assim como nas leis, situado no plano da validade apenas, e não no da existência.⁷⁰³

Nesse diapasão, entende-se que, salvo expressa exceção prevista na própria Constituição, as sentenças eivadas do vício da inconstitucionalidade deveriam ser suprimidas do sistema jurídico.⁷⁰⁴

Isto porque admitir a impossibilidade de se rever decisões judiciais inconstitucionais seria conferir aos tribunais um poder absoluto e exclusivo para definir o sentido normativo da Constituição, transformando esta simplesmente no Direito aplicado dos tribunais, resultante de decisões definitivas e irrecorríveis dos juízes, o que não se afina com a noção de Estado de Direito⁷⁰⁵ e tornaria o Poder Judiciário ilimitado e superior à própria Constituição.⁷⁰⁶

Ademais, sozinhos, a segurança jurídica e a certeza não são suficientes para fundamentar a manutenção de uma decisão inconstitucional, somente sendo

⁷⁰²TALAMINI, 2005, p. 384-390. Tal nome é explicado pelo fato dos seus defensores não veem a necessidade de uma ponderação concreta de princípios para resolver o caso da “coisa julgada inconstitucional”, conforme será melhor esclarecido a seguir.

⁷⁰³Cf. OTERO, 1993, p. 64; THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2006, p. 182-184; NASCIMENTO, 2003, p. 10-15 passim.

⁷⁰⁴Cf., em diversas passagens, OTERO, 1993, p. 60-84 passim; THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2002, p. 21-40; THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2006, p. 161-194; NASCIMENTO, PEREIRA JÚNIOR, 2006, p. 45-64.

⁷⁰⁵Cf. OTERO, 1993, p. 35-36.

⁷⁰⁶Cf. THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2006, p. 164.

passíveis de validar efeitos de atos desconformes com a Constituição quando o próprio texto constitucional expressamente admitir.⁷⁰⁷

Portanto, o conflito entre princípio da constitucionalidade e princípio da intangibilidade da coisa julgada seria apenas aparente, já que aquele prevaleceria sobre este em todas as circunstâncias, exceto nas hipóteses expressamente previstas na Constituição.⁷⁰⁸

Em sentido análogo, José Augusto Delgado⁷⁰⁹ defende que a segurança jurídica é relevante, mas não é capaz de sobrepor a outros princípios que lhe são superiores, como os da legalidade, da moralidade e da justiça, na medida em que estes são de natureza constitucional e aquele é infraconstitucional, oriundo de regramento processual.⁷¹⁰

Assim, o ataque à Constituição e aos valores ali plasmados vicia a vontade jurisdicional pelo que ele considera que a sentença não transita em julgado, não havendo, portanto, que se falar em coisa julgada.⁷¹¹

Além disso, defende-se que a leitura que se deve fazer do artigo 5º, XXXVI, da CF/88⁷¹², é a de que somente se consagrou constitucionalmente o princípio da irretroatividade da lei nova em face da coisa julgada existente, mas não esta última propriamente dita, que teria sede infraconstitucional apenas, motivo pelo qual, em hipótese alguma no direito brasileiro, a coisa julgada poderia sobreviver à violação de uma norma da Constituição.⁷¹³

⁷⁰⁷Cf. OTERO, 1993, p. 61; THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2002, p. 32.

⁷⁰⁸Cf. OTERO, 1993, p. 120.

⁷⁰⁹Cf., notadamente, DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. NASCIMENTO, Carlos Valder (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. 3. ed. rev.atual. ampl. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 51.

⁷¹⁰Ibid., p. 51.

⁷¹¹DELGADO, 2004, p. 51.

⁷¹²“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

⁷¹³Cf. THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2002, p. 30-33; SIQUEIRA, 2006, p. 133-141.

Dessa forma, não se vê a necessidade de uma ponderação concreta de princípios para resolver o caso da “coisa julgada inconstitucional”.⁷¹⁴

Assim, o que fazem os defensores do presente argumento é inverter o fundamento daqueles que defendem que o controle de constitucionalidade da “coisa julgada inconstitucional” não seria possível pelo fato do princípio da segurança jurídica possuir sede constitucional e sempre dever prevalecer. Ao contrário destes, aqueles defendem que é a coisa julgada que deve sempre ser afastada no caso da sentença violar norma da Constituição, pois a segurança jurídica nunca deve prevalecer em face de outros princípios, mesmo porque ela não é princípio constitucional, daí a justificativa do nome que se dá aqui a este argumento.

Ocorre que a segurança jurídica é sim princípio constitucional, mesmo porque é inerente ao Estado de Direito e, portanto, a sua condição de princípio constitucional decorre de uma exigência do próprio Constitucionalismo, nem sequer necessitando de vir expresso na Constituição.⁷¹⁵ Conseqüentemente, a coisa julgada, como corolário do princípio da segurança jurídica, é uma garantia constitucional.⁷¹⁶

Tal conclusão pode ser acolhida, ainda, com base em argumento bastante perspicaz de Barbosa Moreira, no sentido de que o artigo que trata da coisa julgada na CF/88 está inserido no Capítulo I (Dos direitos e garantias individuais e coletivos) do Título I (Dos direitos e garantias fundamentais), o que somado ao interesse coletivo da coisa julgada e ao fato dela estar intrinsecamente ligada ao devido processo legal, a interpretação de artigo 5º, XXXVI, da CF/88, deve ser larga, entendendo a coisa julgada como garantia constitucional dirigida não só ao Legislativo, mas também aos outros Poderes.⁷¹⁷

⁷¹⁴Cf. THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2006, p. 182; SIQUEIRA, 2006, p. 137. Entretanto, o próprio Paulo Otero (In 1993, 126-127) chega a admitir que em uma única hipótese a ponderação seria necessária, qual seja, quando já decorreu um longo período de tempo, consumando-se e consolidando-se fatos.

⁷¹⁵Em sentido análogo, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei n. 11.232/2005. NASCIMENTO, Carlos Valder do Nascimento; DELGADO, José Augusto. (organizadores). **Coisa Julgada Inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 98; TALAMINI, 2005, p. 561-562.

⁷¹⁶Cf., especialmente, MARINONI, 2008, p. 63-68.

⁷¹⁷MOREIRA, 2007, p. 247-248. Também defendendo esta interpretação ampla, cf. DINAMARCO, 2003, p. 23-24; ARMELIN, 2006, p. 200; BEZERRA, 2006, p. 425-426; LEITE, 2006, p. 158-159.

Ademais, defender que a segurança jurídica deve sempre ceder a outros princípios é cair no mesmo erro daqueles que defendem a posição diametralmente oposta. É que parte-se da idêntica premissa errada de que determinado princípio sempre prevalecerá no confronto com outro, o que é rechaçado pela própria natureza dos princípios, conforme será demonstrado à frente.

Além disso, ao abrir à possibilidade da segurança jurídica sempre prevalecer quando o próprio texto constitucional expressamente admitir, cai-se naquela situação já referida em que já se defendeu ser pouco prudente ao constituinte determinar sempre a primazia da segurança jurídica face outros princípios constitucionais, sob pena de subversão da própria ideia de princípio e da possibilidade de afetação da própria eficácia sistêmica.

5.4.3 O argumento da necessidade de “balanceamento de valores”

Por último, mas não menos importante, tem-se o argumento dos que defendem a chamada tese do “balanceamento de valores”.⁷¹⁸ Para uma melhor compreensão desta tese, é necessário, neste momento, esclarecer a diferença que se costuma apresentar entre princípios e regras e as peculiaridades de cada um.⁷¹⁹

⁷¹⁸Nomenclatura dada por TALAMINI, 2005, p. 392.

⁷¹⁹Cumprir registrar, desde já, que, apesar de se reconhecer que os princípios algumas vezes têm sido utilizados como suposto argumento justificativo para cometimentos de arbitrariedades, tal fato não é uma exclusividade deles, já que o mesmo se pode dizer das regras e do Direito como um todo, quando se analisa, apenas para citar o exemplo mais clássico, as atrocidades cometidas no Estado nazista respaldadas em regras jurídicas. Portanto, é mais no modo como eles são operados do que na sua natureza que está o motivo daquelas arbitrariedades. Na verdade, a existência de princípios no sistema jurídico decorre da constatação da existência de situações que só podem ser adequadamente apreciadas e resolvidas quando surgem num caso concreto. Já afirmava Hart (In: 2007, p. 148): “A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso”. Desta forma, a utilização dos princípios, por meio da linguagem aberta com que são expressados, é a única forma possível para que o Direito seja capaz de regular normativamente tais situações de forma efetiva e adequada. Assim, Samuel Meira Brasil Junior (In: **Justiça, Direito e Processo: A Argumentação e o Direito Processual de Resultados Justos**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 86) afirma que: “Em verdade, os princípios são essenciais para o próprio

Costuma-se afirmar que as normas jurídicas dividem-se em normas-regras e normas-princípios.⁷²⁰ As primeiras são aplicáveis de modo disjuntivo, ou seja, ou a regra é válida e, portanto, deve ser aceita a consequência jurídica que ela exige, ou não é válida, quando então não contribui em nada para uma determinada decisão.⁷²¹

Neste sentido, elas contêm determinações nos âmbitos fático e juridicamente possíveis, sendo que a impossibilidade fática ou jurídica de sua aplicação conduz a sua invalidez e, com isso, à exclusão da ordem jurídica, salvo se for possível a introdução de uma cláusula de exceção por uma outra regra ou com base em um princípio.⁷²²

De seu lado, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, motivo pelo qual eles podem ser cumpridos em diferentes graus.⁷²³

Isto quer dizer que existe uma maior maleabilidade na aplicação dos princípios em comparação com as regras. Ou seja, enquanto que as regras contêm mandados definitivos, os princípios possuem mandados apenas *prima facie*, já que estes carecem de conteúdo de determinação com respeito aos princípios contrapostos e

raciocínio jurídico visando à obtenção de uma consequência jurídica". Concluindo, portanto, o que se deve fazer é cobrar a utilização adequada dos princípios e não simplesmente bani-los do estudo jurídico ou retirar sua força normativa.

⁷²⁰Coube a Ronald Dworkin, notadamente no seu trabalho "Taking Right Seriously" de 1977-1978, disseminar tal ideia, o que é uma consequência do caráter normativo que, ao lado das regras, os princípios também possuem. Esta tese foi um dos pilares para o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais com base na teoria dos princípios por Robert Alexy na obra "Theorie der Grundrechte", com primeira edição datada de 1985, que consolidou esta duplicidade de tipos de normas jurídicas e que hoje é amplamente aceita na doutrina. Apesar das críticas que seguiram tanto a DWORKIN (cf. HART, 2007, p. 321-331) quanto a ALEXY [cf., notadamente, a de Jürgen Habermans (in **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasil, 2003, v. I, p. 314 et seq) quanto a este último, no sentido de que os direitos fundamentais são debilitados quando pensados como mandatos de otimização e que a aplicação de tais princípios, mediante a regra de ponderação, acaba sendo feita de modo arbitrária, já que lhe faltam critérios racionais], a essência da diferenciação entre princípio e regra e a condição de ambas como normas jurídicas parece inafastável no estudo do Direito contemporâneo, notadamente com a própria positivação dos princípios na Constituição. Sobre princípios e regras, porém criticando a forma de classificação feita por Alexy e Dworkin, dentre outros, cf. ainda, na doutrina pátria, a excelente obra ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, onde se defende que a diferença, de modo geral, entre regras e princípios é que estes são normas de determinação da realização de um fim e aqueles são normas de previsão de comportamentos.

⁷²¹Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

⁷²²Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés e revisto por Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002, p. 98-101.

⁷²³Ibid., p. 98-101.

às possibilidades jurídicas⁷²⁴, motivo pelo qual eles apresentam razões que podem ser superadas por razões opostas.⁷²⁵

Diante destas diferenças, tem-se que no conflito entre regras uma será, necessariamente, excluída, mediante critérios como hierarquia, especialidade e temporalidade⁷²⁶. Já no conflito entre princípios, um deve ceder ao outro, com base na dimensão do peso, mas não da validade. Assim, deve-se proceder a uma ponderação entre eles para definir qual dos interesses, abstratamente considerados, possui maior peso em vista das circunstâncias concretas, estabelecendo-se uma relação de precedência condicionada entre eles.⁷²⁷

O afastamento de um princípio naquele caso não implicará a sua declaração da invalidez, nem a introdução nele de uma cláusula de exceção, mas apenas significará que naquelas condições um princípio precede ao outro, podendo haver uma mudança na ordem de precedência quando outras forem as circunstâncias.⁷²⁸

Para resolver o conflito entre princípios e realizar a adequada ponderação entre eles, com o fito de identificar qual deve prevalecer para aquele caso específico, será necessário se utilizar da chamada “máxima da proporcionalidade”⁷²⁹, em suas três dimensões parciais: a) adequação ou idoneidade do meio empregado para o alcance do resultado pretendido; b) necessidade desse meio, no sentido de que não existe outro mais ameno, que cause menos ofensa ao princípio contraposto; c) proporcionalidade em sentido estrito, que poderia ser resumida na seguinte asserção: “A medida permitida de não satisfação ou de afetação de um dos princípios depende do grau de importância de satisfação do outro”.⁷³⁰

Partindo destas premissas, os seguidores da tese do “balanceamento de valores”, apesar de concordarem com a tese anterior quanto ao fato da sentença

⁷²⁴Cf. ALEXY, 2002, p. 98-103.

⁷²⁵Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 48.

⁷²⁶ALEXY, 2002, p. 88-89.

⁷²⁷Ibid., p. 89-95. Acerca do conflito entre princípios, cf., ainda, ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução de J. Baptista Machaddo. 9 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 318-325.

⁷²⁸DWORKIN, 2002, p. 41 et seq; ALEXY, 2002, p. 89-90.

⁷²⁹Humberto Ávila (in 2007, p. 160-175) prefere falar em postulado normativo aplicativo da proporcionalidade, já que esta é uma categoria que impõe condições a serem observadas na aplicação das regras e princípios.

⁷³⁰Cf. ALEXY, 2002, p. 111-115.

inconstitucional ser apenas nula, e não inexistente⁷³¹, não veem no vício da sentença uma consequência inexorável para se afastar a coisa julgada, na medida em que, como esta é uma garantia constitucional, consagrada do princípio da segurança jurídica, o conflito se dará entre princípios constitucionais, o que exige a técnica da ponderação dos princípios.⁷³²

Assim, é falso o raciocínio que afirma que o princípio da segurança jurídica sempre, em todos os casos, deve prevalecer em face de outros princípios.⁷³³ Provas da inexistência do caráter absoluto do princípio da segurança jurídica podem ser percebidas a todo o momento no direito processual brasileiro, desde a existência dos recursos, que, quer queira, quer não, traz uma instabilidade à sentença, já que esta pode vir a ser reformada em decorrência da interposição daqueles, até o caso da ação rescisória, em que se permite o afastamento da coisa julgada, tendo em vista a existência de vícios graves e relevantes na sentença, o que, em última análise, decorre de uma escolha que o legislador fez no sentido de ser mais importante para determinado caso preservar o princípio que foi violado pelo vício grave perpetrado pela sentença do que garantir o princípio da segurança jurídica.⁷³⁴

Portanto, em última análise, os defensores desta tese são favoráveis à possibilidade de controle de constitucionalidade da sentença sob o manto da coisa julgada, mas ressaltam que não é simplesmente porque a sentença viola uma norma da Constituição que ela deverá ser reformada, devendo, no caso, se realizar uma ponderação entre os princípios envolvidos, para se descobrir a resposta adequada ao caso.

⁷³¹ Cf., por todos, BEZERRA, 2006, p.426. Entretanto, Dinamarco (In: 2003, p. 25-28) não chega a assumir esta posição no sentido da nulidade, mas, ao que parece, esta mais voltado para uma ideia de ineficácia da sentença, já que ele considera que a sentença inconstitucional não é inexistente, mesmo porque tem alguns efeitos como o de por fim ao processo, mas não tem eficácia substancial. De qualquer forma, ao que parece, as consequências práticas que ele extrai são as mesmas dos que também seguem a tese do “balanceamento de valores”, mas consideram a sentença inconstitucional nula.

⁷³² Cf. DINAMARCO, 2003, p. 11-28 passim; CÂMARA, 2006, p. 283-283 et seq; ARMELIN, 2006, p. 214; BEZERRA, 2006, p.428; LEITE, 2006, p. 158-159.

⁷³³ Tal constatação é a aplicação, por outros termos, da ideia desenvolvida por RADBRUCH (1961, p. 121-123), no sentido de que uma lei não deve ser considerada jurídica quando ela seja tão injusta que não consegue compensar a segurança jurídica que ela procura garantir.

⁷³⁴ Em sentido análogo, notadamente quanto aos meios rescisórios típicos especiais, cf. TALAMINI, 2005, p. 562.

Das teses apresentadas, esta é a que mais se coaduna com as premissas adotadas neste trabalho. Entretanto, ela peca por não analisar a questão com base na eficácia sistêmica, que é, no final, dentro de uma visão do Direito como um sistema normativo axiológico-teleológico que aqui se defende, o argumento que determinará a aceitação do controle de constitucionalidade em face da sentença sob o manto da coisa julgada. Suprir esta omissão é o que se fará a seguir.

5.5 O ARGUMENTO DA EFICÁCIA SISTÊMICA

Sustentou-se neste trabalho que o Direito deve ser encarado como um sistema normativo axiológico-teleológico, que o Constitucionalismo é a “regra de reconhecimento” deste sistema e que é na Constituição onde estão localizadas as normas supremas do sistema.

Dessa forma, tem-se que o sistema jurídico de um Estado Constitucional possui a função de garantir a implementação e consolidação dos valores e pilares consagrados pelo Constitucionalismo. É por este motivo que a Constituição está recheada de normas-regras e normas-princípios que normativizam tais valores e pilares.

Quando se está diante de uma situação em que uma sentença viola uma norma da Constituição, mas, ao mesmo tempo, está recoberta pelo manto da coisa julgada, o que se tem, na verdade, é sempre um caso em que se deve decidir em favor: 1) ou da(s) norma(s) da Constituição e dos valores inerentes que dão proteção à impossibilidade de reforma da sentença; 2) ou da(s) norma(s) da Constituição e dos valores inerentes que estão sofrendo violação pela mesma sentença.

Tratando-se de situação em que existe conflito entre normas originárias do sistema, geralmente normas-princípios, a afirmação *a priori* e categórica de sempre se dar preferência a uma em detrimento da outra não se coaduna com a pluralidade axiológica do Constitucionalismo e, conseqüentemente, não atenderá sempre à

eficácia sistêmica. Ao contrário, poderá apresentar situações em que a solução adotada com base naquela afirmação *a priori* da prevalência de uma norma da Constituição em função da outra representará uma eficácia sistêmica reversa, já que se criaria um resultado não almejado pelo sistema, o que, em última análise, poderia levar ou a substituição das normas originárias e, portanto, do próprio sistema, ou à inaplicabilidade de tais normas aos casos, como forma de evitar dano ao sistema.

Dessa forma, sem negar a importância da coisa julgada e, conseqüentemente, do princípio da segurança jurídica, fato é que quando a preservação daquele instituto representar a manutenção de um ataque a uma norma da Constituição que, naquele caso, apresente razões mais fortes para ser garantida, como forma de preservação da eficácia sistêmica, a coisa julgada não poderá ser empecilho para dar proteção àquela norma.

Para tanto, assim como defende a tese do “balanceamento de valores”, deverá se proceder a uma ponderação através da máxima da proporcionalidade, nos moldes acima delineados de suas três dimensões parciais: a) adequação ou idoneidade do meio empregado para o alcance do resultado pretendido; b) necessidade desse meio, no sentido de que não existe outro mais ameno, que cause menos ofensivo ao princípio contraposto; c) proporcionalidade em sentido estrito.⁷³⁵

Constatado, portanto, que nem sempre a eficácia sistêmica é preservada quando se impede, categoricamente, a possibilidade de revisão da sentença, mesmo que sob o manto da coisa julgada, a solução que se impõe ao problema da presente pesquisa é a de permitir o controle de constitucionalidade em face de referida sentença.

Isto, porém, não significará que a sentença inconstitucional sempre deverá ser reformada, já que a técnica da ponderação pode levar à conclusão de que o resultado que melhor atenda à eficácia sistêmica é a manutenção da sentença para sempre ou limitada a algum período, total ou parcialmente, assim como ocorre

⁷³⁵ Aliás, a necessidade de se ponderar para resolver se é o caso de se manter a sentença que viola determinada norma da Constituição ou não decorre do próprio caráter de relatividade da validade de uma norma, como afirmam Alchourrón e Bulygin (In 1997, p. 68). Ou seja, a norma do caso concreto, a sentença, pode ser válida no que diz respeito a uma norma da Constituição, mas inválida no que diz respeito a outra, motivo pelo qual o conflito se dará sempre entre duas normas constitucionais e, como ambas são normas originárias e estão no mesmo escalão, tal conflito somente poderá ser resolvido mediante uma ponderação que leve, em última análise, a uma maior preservação da eficácia sistêmica.

normalmente no controle de constitucionalidade em face da lei, na forma já referido no item 3.⁷³⁶

De qualquer sorte, fato é que, ao se admitir o controle de constitucionalidade sobre a sentença já coberta pela coisa julgada, dissipa-se a tensão em favor do primeiro, sendo esta a resposta que as premissas adotadas neste trabalho conduzem.

5.6 OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA SENTENÇA SOB O MANTO DA COISA JULGADA

A resposta afirmativa à possibilidade de controle de constitucionalidade em face da sentença sob o manto da coisa julgada levanta uma outra questão subsidiária, qual seja, verificar quais são os instrumentos processuais suscetíveis para o exercício deste controle.

Aqueles que se costuma referir em sede doutrinária são: a) o controle incidental; b) os embargos à execução e a impugnação ao cumprimento de sentença; c) a ação declaratória ordinária; d) o mandado de segurança; e) o *habeas corpus*; f) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF); g) a ação rescisória; h) a ação atípica.

Analisar criticamente a adequação de tais instrumentos, sempre com vista à garantia da eficácia sistêmica, como forma de preservação do Constitucionalismo, é o que se passa a fazer agora.

⁷³⁶ Assim, aqui também se aplicará a ideia desenvolvida no item 3.2.4., no sentido de que a decisão sobre a inconstitucionalidade do ato declara a invalidez deste, mas constitui a sua inaplicabilidade a determinadas situações ou a todas, dependendo do resultado encontrado pela ponderação realizada ao caso concreto.

5.6.1 O controle incidental amplo

Os defensores de um controle de constitucionalidade incidental amplo sobre a sentença sob o manto da coisa julgada partem da premissa de que assim como não se pode obrigar o juiz a aplicar uma lei que ele considera inconstitucional, como decorrência do princípio da supremacia da Constituição, também não se pode furtá-lo de apreciar a constitucionalidade de uma sentença, mesmo que sob o manto da coisa julgada.⁷³⁷

Destarte, deve-se atribuir um poder geral de controle incidental de constitucionalidade da coisa julgada aos juízes⁷³⁸, o que leva à inconstitucionalidade da sentença poder ser apreciada tanto pelos mecanismos expressamente previstos pela lei para o exercício deste controle, como de forma incidente, em qualquer processo, inclusive podendo a questão ser levantada em sede de peça de defesa e até mesmo de ofício pelo magistrado.⁷³⁹

Portanto, a questão dos instrumentos processuais para o exercício de tal controle seria problema de menor grandeza quando em comparação com o problema principal, que é o da possibilidade ou não da sentença inconstitucional ser revista quando ela está recoberta com a coisa julgada.⁷⁴⁰

Este posicionamento é de ser rechaçado. É que ele levaria a diversas contradições sistemáticas.⁷⁴¹ Isto porque poderia gerar uma situação em que um juiz venha a considerar inconstitucional um pronunciamento emitido em processo anterior pelo próprio STF em sede de recurso extraordinário.⁷⁴²

⁷³⁷Cf. THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2006, p. 186-194; THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 69-70.

⁷³⁸THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2002, p. 37.

⁷³⁹DINAMARCO, 2003, p. 33-34; THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2006, p. 186-194; THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 69-70.

⁷⁴⁰DINAMARCO, 2003, p. 33-34.

⁷⁴¹Cf. SILVA, E. B. e, 2007, p.96-97; TALAMINI, 2005, p. 639.

⁷⁴²Cf. TALAMINI, 2005, p. 638.

Ademais, ele vai de encontro à máxima da proporcionalidade, na sua dimensão da necessidade, já que permite a quebra da coisa julgada por meio menos ameno que as hipóteses expressamente previstas na lei.⁷⁴³

Assim, perfeitamente aplicável aqui a ideia de que a identidade entre a questão da constitucionalidade dos atos legislativos e judiciais é somente quanto à natureza do vício, mas não quanto à forma de controle.⁷⁴⁴

5.6.2 Os embargos à execução e a impugnação ao cumprimento de sentença

Outros dois instrumentos apresentados seriam os embargos à execução e a impugnação ao cumprimento de sentença, cuja viabilidade para tal controle decorre de expressa previsão legal dos artigos 475, L, §1º⁷⁴⁵, e 741⁷⁴⁶, parágrafo único, ambos do CPC.⁷⁴⁷

⁷⁴³TALAMINI, 2005, p. 636-646.

⁷⁴⁴Ideia esta exposta por Theodoro Júnior e Faria (In 2006, p. 184) que, com certa contradição, acabam defendendo justamente um controle incidental amplo, nos mesmos moldes do realizado nos atos legislativos.

⁷⁴⁵Art. 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”.

⁷⁴⁶Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: [...] II - inexigibilidade do título; [...] Parágrafo único. 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”. Em sentido praticamente idêntico é o disposto no artigo 884, §5º, da CLT: “Art. 884 [...] §5º 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”.

⁷⁴⁷Cumprir registrar que a constitucionalidade de tais dispositivos foram contestadas por meio da ADIn n. 3740-DF, com relatoria do Ministro Cezar Peluso, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Ainda não houve o julgamento desta ação até a confecção deste trabalho, mas já foi proferido parecer da Procuradoria-Geral da República no sentido da procedência parcial do pedido, dando-se interpretação conforme a Constituição, de modo que sejam autorizados os

Tais dispositivos inovaram ao trazer uma hipótese de matéria a ser discutida em embargos à execução de título judicial e em impugnação ao cumprimento de sentença que é anterior ao trânsito em julgado do título, permitindo a “revisão” da coisa julgada material independentemente de ação rescisória e mesmo fora do prazo desta.⁷⁴⁸

Critica-se a utilização do termo “inexigível” para qualificar o defeito que atinge o título judicial no caso. É que título inexigível é aquele que a obrigação nele representada ainda pende de termo ou condição, de modo que não precisa ainda ser cumprida, enquanto que o que é estabelecido por aqueles dispositivos é verdadeira hipótese de desconstituição, de rescisão do título, ainda que restrito ao comando condenatório.⁷⁴⁹

Discute-se acerca do alcance de tais dispositivos, havendo quem sustente que eles somente seriam cabíveis quando a decisão do STF incompatível com o título fosse anterior à sentença e proferida em sede de controle direto.⁷⁵⁰ Outros, porém, entendem que a decisão também pode ter sido proferida em sede de controle concreto, com a ressalva de que, neste último caso, já deve existir resolução do Senado suspendendo a aplicação da lei.⁷⁵¹ Já uma terceira corrente, mais extrema, considera que referidos dispositivos se aplicam inclusive quando não existe aquela resolução do Senado suspendendo a execução da lei considerada inconstitucional pelo STF em sede de controle concreto.⁷⁵²

instrumentos processuais de contrariedade ao caso julgado apenas nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade emanada em controle abstrato de constitucionalidade das leis.

⁷⁴⁸Cf. TALAMINI, 2005, p. 424, com a observação que na época da publicação de tal obra ainda não existia a hipótese da impugnação ao cumprimento de sentença.

⁷⁴⁹Ibid., p. 461-462. Em sentido análogo, cf. TESHEINER, 2009, p. 231. Araken de Assis (In 2006, p. 363) também critica o termo, mas fala que a questão é de inexigibilidade do título, na medida em que “[...] o juízo de inconstitucionalidade da norma, na qual se funda o provimento exequendo, atuará no plano da eficácia”. No mesmo sentido deste último, cf. ZAVASCKI, 2006, p. 205.

⁷⁵⁰Cf. JEVEAUX, 2007, p. 190-191; MARINONI, 2008, p. 132, este último com a ressalva dos casos em que a decisão do STF expressamente reconhece efeito *ex tunc* para atingir a coisa julgada.

⁷⁵¹Cf. ASSIS, 2006, p. 361-367; TALAMINI, 2005, p. 460-464, com a ressalva dos casos em que a decisão do STF expressamente reconhece que a decisão não atinge a coisa julgada, o que, como se vê é justamente o inverso do que entende Marinoni.

⁷⁵²Cf. ZAVASCKI, 2006, p. 340. THEODORO JÚNIOR (In 2005, p. 56-76), em consonância com a sua ideia de possibilidade de controle amplo incidental da constitucionalidade da sentença, defende posição ainda mais extremada no sentido de que caberiam os embargos à execução até mesmo independentemente de decisão do STF, já que a inconstitucionalidade da lei não surge desta decisão, mas lhe é inata.

Entretanto, todos eles entendem que tais dispositivos somente se aplicariam às sentenças com coisa julgada formada posteriormente ao início de vigência daqueles.⁷⁵³

Registra-se ainda que não bastaria simplesmente que o juízo de constitucionalidade da lei feito pela sentença diverja do realizado pelo STF, mas caberia também verificar se a adoção deste juízo diverso foi determinante para a decisão e se ele gerou efetivamente a contrariedade da sentença com alguma norma constitucional.⁷⁵⁴

Entretanto, não se coaduna aqui com a ideia de que os embargos à execução e a impugnação ao cumprimento de sentença são figuras adequadas para o controle de constitucionalidade da sentença sob o manto da coisa julgada.⁷⁵⁵

Primeiro que, tecnicamente falando, eles não devem prestar para fins de rescisão de comando da sentença, que é o que efetivamente ocorre no caso.⁷⁵⁶ Mas, fora tal questão, que não é a principal, já que o nome dado ao instrumento não chega a ser fator determinante para sua viabilidade, fato é que ele cairia em problema similar ao referido para o controle incidental amplo acima criticado, já que poderia gerar uma situação em que um juiz venha a considerar inconstitucional um pronunciamento emitido em processo anterior pelo próprio STF em sede de recurso extraordinário.

⁷⁵³Cf. ASSIS, 2006, p. 368-369; TALAMINI, 2005, p. 480-482; ZAVASCKI, 2006, p. 341. Este foi o entendimento do STJ no seguinte julgado: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIFERENÇAS. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC, COM REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA 2.180-35/01. AÇÕES AJUIZADAS ANTES 24.08.2001. INAPLICABILIDADE. 1. O parágrafo único do art. 741 do CPC, introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, criou hipótese excepcional de limitação da coisa julgada, passível de invocação em embargos do devedor, com eficácia rescisória da sentença de mérito, a exemplo do que já existia no inciso I do art. 741 do CPC. 2. Independentemente do questionamento sobre a constitucionalidade e o alcance da nova disposição normativa, o certo é que, como todas as leis, ela não pode ter efeito retroativo. Também as normas processuais, inobstante terem aplicação imediata, alcançando os processos em curso, devem respeito à cláusula constitucional que resguarda o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, formados em data anterior. Por isso mesmo, a orientação do STJ vem se firmando no sentido de considerar inaplicável o parágrafo único do art. 741 às sentenças transitadas em julgado em data anterior à sua vigência (24.08.2001). 3. Segundo a orientação pacífica da jurisprudência desta Corte, o valor das diferenças de FGTS está sujeito a juros de mora no percentual de 0,5% ao mês, a partir da citação, independentemente da movimentação da conta vinculada. 4. Recurso especial da CEF desprovido. 5. Recurso especial de Márcio L. Henrique e outros provido, com ressalva do ponto de vista pessoal do relator". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 718432/SC. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. 12 jun. 2005. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acessado em 30.03.2010).

⁷⁵⁴Cf. MARINONI, 2008, p. 132-133; TALAMINI, 2005, p. 461; ASSIS, 2006, p. 369.

⁷⁵⁵TALAMINI (In 2005, p. 640-646) defende tal inadequação, mas a ressalva nos casos expressamente previstos na lei.

⁷⁵⁶Cf. TALAMINI, 2005, p. 461-462. Em sentido análogo, cf. TESHEINER, 2009, p. 231.

E não há que se falar aqui que as hipóteses previstas pela lei para a utilização com tal fim dos embargos à execução de título judicial e da impugnação ao cumprimento de sentença não sofreriam deste inconveniente pelo fato de se destinarem apenas à rescisão do comando condenatório da sentença e de se tratar de direta e imediata aplicação de um pronunciamento proferido pelo STF com eficácia *erga omnes*.⁷⁵⁷ Na verdade, como antes afirmado, não basta simplesmente que o juízo de constitucionalidade da lei feito pela sentença divirja do realizado pelo STF, mas cabe também verificar se a adoção deste juízo diverso foi determinante para a decisão e se ele gerou efetivamente a contrariedade da sentença à alguma norma constitucional.

Dessa forma, não haverá mera aplicação da decisão do STF com eficácia *erga omnes* ao caso, mas sim a necessidade de um verdadeiro julgamento por parte do juiz dos embargos ou da impugnação, para verificar se a divergência dos juízos de constitucionalidade realizados pela decisão exequenda e pela decisão do STF foi determinante para o comando daquela, se tal divergência gerou, efetivamente, a contrariedade da sentença com alguma norma da Constituição e se, através de um juízo de ponderação, a manutenção desta contrariedade atende ou não à preservação da eficácia sistêmica.

Além disso, permitir à parte se utilizar dos embargos à execução e da impugnação ao cumprimento de sentença ao caso é dar a ele a possibilidade de se esquivar, por exemplo, da multa do artigo 488, II, do CPC⁷⁵⁸, referente à ação rescisória, que é a medida típica constitucionalmente prevista para se afastar a coisa julgada.⁷⁵⁹

⁷⁵⁷ Este argumento é utilizado por Talamini (In 2005, p. 640) para defender a viabilidade de tais instrumentos nas hipóteses previstas pela lei.

⁷⁵⁸ Art. 488. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor: [...] II - depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente”.

⁷⁵⁹ Como se extrai da sua previsão nos artigos 102, I, j; 105, I, e; 108, I, b, todos da CF/88.

5.6.3 A ação declaratória ordinária

Um outro mecanismo que se defende como adequado para realizar o controle de constitucionalidade da sentença sob o manto da coisa julgada seria a ação declaratória ordinária⁷⁶⁰ (espécie de *querela nullitatis insanabilis*), onde se declararia a inconstitucionalidade da sentença anterior.⁷⁶¹

Entretanto, as mesmas críticas à utilização dos embargos à execução e da impugnação ao cumprimento de sentença caberiam a este instrumento, já que aí há também o problema da competência e da sua utilização como forma de se esquivar da multa da rescisória.

⁷⁶⁰Prevista nos artigos 4º e 5º, do CPC: “Art. 4º O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência ou da inexistência de relação jurídica; [...] Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito; Art. 5º Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença”.

⁷⁶¹Cf. SILVA, 2004, p. 224; DINAMARCO, 2003, p. 34; THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2002, p. 39-40; ARMELIN, 2006, p. 229; OTERO, 1993, p. 79; NASCIMENTO, 2003, p. 18; DIAS, 1998, p. 41; SIQUEIRA, 2006, p. 199-208. Tal ação já é admitida na jurisprudência pátria nos casos em que a sentença proferida em processo em que não há citação do réu ou esta foi nula. Neste sentido, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 97.589. Relator: Ministro Moreira Alves. Tribunal Pleno. 17.11.2005. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 30.03.2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 7556/RO. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. 3ª Terceira Turma. 13.08.1991. Brasília. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 30.03.2010. Vale a pena ainda cf. ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Embargos de Declaração na Ação Declaratória Incidental n. 100070019698. Relator: Desembargador Samuel Meira Brasil Júnior. Tribunal Pleno. 05.03.2009. Vitória. Disponível em: <<http://www.tj.es.jus.br>>. Acesso em 30.03.2010. Neste último processo, o Desembargador Relator reafirmou acórdão embargado em que se reconheceu a viabilidade da ação declaratória para “relativizar a coisa julgada inconstitucional”.

5.6.4 O mandado de segurança

Um quarto instrumento seria o mandado de segurança.⁷⁶² Argumenta-se que não existiria empecilho algum para, em tese, poder se utilizar de tal instrumento, ainda mais tendo em vista a sua condição de “ação constitucional”.⁷⁶³

Entretanto, a adequação de tal instrumento esbarra em dois empecilhos. Primeiro que a sua utilização terá caráter subsidiário e de pouca ocorrência, posto que depende da existência de prova pré-constituída, cabal e inequívoca, da ilegitimidade do ato atacado e da impossibilidade de utilização de ação rescisória ao caso⁷⁶⁴, sob pena de falta de interesse processual.

O segundo, e decisivo empecilho, é que a Lei n. 12.016/2009, que trouxe nova regulamentação ao mandado de segurança, afirma expressamente em seu artigo 5º, III, que é incabível mandado de segurança em face de decisão judicial transitada em julgado.

Destarte, a dificuldade para se utilizar do mandado de segurança no caso é bastante elevada, somente podendo ser superada na hipótese de prevalecer a ideia de que tal dispositivo é inconstitucional, o que não parece ser a tendência, ainda mais quando se verifica que tal norma veio a encampar orientação de idêntico teor do STF, inserida na súmula 268.⁷⁶⁵

⁷⁶²O mandado de segurança é previsto no artigo 5º, LXIX, da CF/88, cuja redação é a seguinte: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou ‘habeas-data’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. Atualmente, ele é regulamentado pela lei n. 12.016/2009, cujo artigo 1º assim dispõe: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

⁷⁶³Cf. TALAMINI, 2005, p. 513-524. Sobre o tema, cf., ainda, SIQUEIRA, 2006, p. 177-197; DANTAS, 2006, p. 462-469; SANDES, 2006, p. 375-408, sendo que ambos defendem, de *lege ferenda*, uma aplicação bastante ampla do mandado de segurança ao caso, inclusive sem limitação do prazo de 120 dias.

⁷⁶⁴O que poderia acontecer, segundo Talamini (In: 2005, p. 517), por exemplo, no caso do terceiro prejudicado que teve ciência do ato coator muito posteriormente ao trânsito em julgado da sentença, de modo que o prazo para a rescisória se extinguiria antes dos 120 dias do mandado de segurança.

⁷⁶⁵Súmula 268: “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”.

5.6.5 O *habeas corpus*

Outro instrumento referido pela doutrina para o controle de constitucionalidade de sentença sob o manto da coisa julgada seria o *habeas corpus*, que poderia ser aplicado no processo civil nos casos de prisão civil.⁷⁶⁶

Quanto a este, a jurisprudência é assente no sentido de que o trânsito em julgado da decisão reputada coatora não obsta o seu cabimento.⁷⁶⁷ Isto decorreria do bem jurídico envolvido no caso, qual seja, o direito de liberdade, que teria primazia no rol dos direitos fundamentais em face da segurança jurídica, nem sequer necessitando de ponderação de princípios *in concreto*.⁷⁶⁸

Pode-se até considerar este instrumento, em tese, cabível para, em certa medida, realizar o aludido controle da sentença inconstitucional, mas, devido ao seu âmbito de atuação limitado, ele não pode ser considerado a resposta a todos os casos de sentença inconstitucional sob o manto da coisa julgada.

5.6.6 A ADPF

O sexto instrumento que se apresenta seria a ADPF.⁷⁶⁹ Partindo-se da premissa de que tal instrumento possui configuração restrita ao controle de constitucionalidade concentrado e objetivo (abstrato, principal), Talamini reconhece que os casos em que tal instrumento poderia servir para verificar a inconstitucionalidade de uma

⁷⁶⁶Cf. TALAMINI, 2005, p. 511-513.

⁷⁶⁷Cf., por todos, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 8494/SP. Relator: Ministro César Asfor Rocha. 4ª Turma. 06.05.1999. 21.06.1999. Brasília. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 30.03.2010.

⁷⁶⁸Neste sentido é a explicação de TALAMINI, 2005, p. 511-153, o que somente se concorda em parte, já que a própria natureza dos princípios sempre exige ponderação, sendo que o que ocorre é que a liberdade teria uma carga argumentativa bastante favorável, somente devendo ceder para a segurança jurídica em casos raros, mas que não podem ser descartados.

⁷⁶⁹Cf. TALAMINI, 2005, p. 486-510.

sentença sob o manto da coisa julgada seriam limitados, tendo em vista o caráter objetivo que tal sentença deveria assumir para se adequar à natureza daquele instrumento e à sua subsidiariedade.

Entretanto, ele cita exemplos que justificariam a possibilidade ao menos teórica da ADPF cumprir tal finalidade, como seria no caso de uma sentença que assuma um caráter normativo autônomo, ou mesmo que exerça um controle abstrato de constitucionalidade, com suposta eficácia *erga omnes*, o que pode ocorrer com maior frequência quando se tratar de um processo coletivo.⁷⁷⁰

O cabimento da ADPF para controlar a constitucionalidade da sentença já coberta pela coisa julgada é ainda maior para aqueles que defendem um cabimento mais amplo da medida, não limitando a questão ao tipo de sentença que violou o preceito fundamental.⁷⁷¹

Sem dúvida que a grande vantagem da ADPF está no órgão competente para julgá-la, qual seja, o STF, que, como lida diariamente com conflito entre normas constitucionais e juízos de ponderação, certamente seria o mais apto a realizar tal controle.⁷⁷² Porém, o grande empecilho para a sua utilização estaria na sua subsidiariedade, na medida em que, como se verá infra, existem outras medidas adequadas ao controle da constitucionalidade da sentença já recoberta pela coisa julgada.

Porém, mesmo que não se considere a adequação da ADPF, ela ainda exercerá uma importância indireta para evitar a manutenção de uma sentença que não atenda à eficácia sistêmica. É que, diante da sua natureza de instrumento de controle de constitucionalidade a ser exercido de modo concentrado pelo STF, inclusive com caráter objetivo, é possível que a decisão proferida por aquela Corte Suprema em uma ADPF gere efeitos *ex tunc* que, como ocorre com os outros meios de controle

⁷⁷⁰TALAMINI, 2005, p. 486-510.

⁷⁷¹Cf., por todos, TAVARES, André. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 197 et seq.

⁷⁷²Entretanto, independentemente da natureza da sentença, o STF, até agora, não vem sendo muito favorável à possibilidade da ADPF poder ser utilizada para insurgência em face de sentença sob o manto da coisa julgada, conforme se verifica dos seguintes julgados: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 134 AgR-terceiro. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. 03.06.2009. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 30.03.2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 83. Relator: Ministro Carlos Britto. Tribunal Pleno. 24.04.2008. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 30.03.2010.

de constitucionalidade concentrado, possam chegar a atingir sentenças sob o manto da coisa julgada, observando-se sempre a necessidade de ponderação.

Desta forma, mesmo que indiretamente, a ADPF poderá ser instrumento importante, como também o é a ADIn, a ADC e a ADIn por omissão, para extirpar sentenças inconstitucionais do sistema jurídico.⁷⁷³

5.6.7 A ação rescisória

Este é o instrumento mais aceito em sede doutrinária para o controle de constitucionalidade da sentença sob o manto da coisa julgada.⁷⁷⁴ Apesar disso, existe alguma divergência quanto às hipóteses em que tal controle poderia ser realizado e quanto ao prazo para o seu exercício.⁷⁷⁵

A jurisprudência também firmou posicionamento pela possibilidade da ação rescisória poder ser utilizada para a quebra de coisa julgada formada em sentença

⁷⁷³ Diante disto, há quem defenda que se deveria flexibilizar o termo inicial da ação rescisória, para permitir que ele começasse a correr a partir da publicação da decisão do STF numa ADPF que reconheceu a violação a outros casos semelhantes. Neste sentido, cf. LOBO Arthur Mendes; GALVÃO, Heveraldo Galvão. A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a coisa julgada. **Revista de Processo**, ano 32, n. 145, mar. 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 121.

⁷⁷⁴ Defendendo a ação rescisória como meio cabível para tal controle, cf. ASSIS, 2006, p. 368; DINAMARCO, 2003, p. 34-35; MOREIRA, 2007, p. 252-253; MENDES, 2006, p. 102; CÂMARA, 2006, p. 289-290; MARINONI, 2008, p. 41; SILVA, 2004, p. 224. Em sentido contrário, cf. THEODORO JÚNIOR, 2005, p.68; SILVA, Érica Barbosa e. O vício existente na “coisa julgada inconstitucional”. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 32, n. 145, mar. 2007, p. 101.

⁷⁷⁵ MARINONI (In: 2008, p. 115-173 passim) defende que somente seria cabível ação rescisória, com base em divergência de decisão do STF, quando esta fosse anterior à sentença, salvo quando o STF decidir expressamente que sua decisão deve incidir inclusive sobre os casos julgados, posto que, do contrário, a rescisória seria fundada não em violação literal de lei e nem da Constituição, mas sim, na verdade, em *ius superveniens* ou direito superveniente, sendo que este, como é sabido, não tem efeito retroativo sobre a coisa julgada. Além disso, deveria ser respeitado o prazo de dois anos. De seu turno, Dias (In: 1998, p. 41) propõe que a ação rescisória no caso de violação da sentença à norma da Constituição não deve se submeter a qualquer prazo. Por sua vez, Glauco Salomão Leite (In: 2005, p. 186-187) fala que o prazo da rescisória somente deveria começar a contar a partir da realização dos pressupostos necessários ao exercício do direito, o que nem sempre coincide com o trânsito em julgado, motivo pelo qual, por exemplo, a declaração do STF seria o marco inicial para o prazo da rescisória. Já Barbosa Moreira (In: 2007, p. 264-265), apesar de se curvar ao prazo da lei, defende de *lege ferenda*, a ideia de que não exista prazo no caso de sentença que aplique lei já declarada inconstitucional pelo STF, diante da gravidade do vício.

inconstitucional.⁷⁷⁶ Para tanto, interpreta-se que a redação do artigo 485, V, do CPC⁷⁷⁷, engloba também violação de norma constitucional, inclusive afastando a incidência da súmula 343, do STF⁷⁷⁸, já que se entende que as normas constitucionais são normas fundamentais do sistema, que não podem gerar duas ou mais interpretações razoáveis, equiparando-se interpretação correta à proferida pelo STF.

Dessa forma, não só por ser amplamente aceita, mas também por possuir previsão legal para tanto e, principalmente, ser ela o próprio mecanismo típico do sistema jurídico brasileiro para a quebra da coisa julgada, inclusive possuindo expressa previsão constitucional, certamente que a ação rescisória é o meio mais adequado, no que diz respeito à preservação da eficácia sistêmica, para se realizar o controle de constitucionalidade em face da sentença sob o manto da coisa julgada.

Entretanto, o problema que se costuma colocar é que a legislação pátria limita a sua utilização ao prazo de dois anos, contados após o trânsito em julgado⁷⁷⁹, o que não resolveria completamente a questão da “coisa julgada inconstitucional”, já que, mesmo após tal prazo, a inconstitucionalidade permaneceria. A solução a tal questão será apresentada a seguir, devido à sua ligação com o oitavo instrumento apresentado pela doutrina.

⁷⁷⁶Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 36.017/PE. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. 2ª Turma. 11 dez. 2000. Brasília. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 30.03.2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 608.122/RJ. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Seção. 09.05.2007. Brasília. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 30.03.2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 328812 ED. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. 06.03.2008. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 30.03.2010.

⁷⁷⁷“Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] V - violar literal disposição de lei”.

⁷⁷⁸“Súmula n. 343: Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

⁷⁷⁹“Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão”.

5.6.8 A ação atípica

Para completar o sistema de proteção da constitucionalidade da sentença sob o manto da coisa julgada, Talamini ainda defende uma espécie de ação atípica para os casos extremos em que os instrumentos acima não seriam cabíveis, posto que, por exemplo, já expirado o prazo da rescisória e não se trata de situação encaixável nos requisitos dos demais instrumentos.⁷⁸⁰

Referido autor afirma que esta ação atípica deveria ter natureza desconstitutiva, já que a sentença inconstitucional existe e não padece de vício de ineficácia de pleno direito, motivo pelo qual não poderia simplesmente ser ignorada, devendo antes ser revisada, total ou parcialmente.⁷⁸¹

Assim, prossegue defendendo que esta ação guarda correspondência com a ação rescisória, motivo pelo qual deveria se submeter ao mesmo regime de competência que esta e tendo, em regra, o mesmo objeto.⁷⁸²

A diferença estaria: a) no prazo, que no caso da ação atípica seria flexibilizado; b) nos pressupostos para a rescisão, que no caso da ação rescisória seria a simples configuração de uma das hipóteses previstas pela lei e no caso da ação atípica deveria haver necessário juízo de ponderação; c) e na possibilidade de quebra parcial da coisa julgada, num sentido um pouco diverso do que ocorre com a rescisória, já que se abriria a oportunidade para, por exemplo, apenas eliminar a função positiva da coisa julgada.⁷⁸³

Sem dúvida que esta proposta traz consigo a adequação típica da rescisória para a quebra da coisa julgada, com a vantagem de não possuir um prazo fatal para sua interposição, o que poderia ser considerado como o corolário de toda a tese que se sustentou aqui quanto à necessidade de se permitir o controle de constitucionalidade da sentença sob o manto da coisa julgada e da decisão, neste caso, ter que se dar com base em um juízo de ponderação.

⁷⁸⁰Cf. TALAMINI, 2005, p. 635-645.

⁷⁸¹Ibid., p. 636.

⁷⁸²Ibid., p. 636-648 passim.

⁷⁸³Ibid., p. 648.

Entretanto, apesar de boa na sua essência, ela precisa de um aprimoramento. É que é mais adequado, no sentido da garantia da eficácia sistêmica e da própria máxima da proporcionalidade, ao invés de criar uma figura nova, sem o mínimo de previsão legal, realizar uma releitura da ação rescisória, especialmente quanto ao seu prazo.

Destarte, é mais adequado se falar em considerar inconstitucional e produtor de eficácia sistêmica reversa o artigo que prevê o prazo da ação rescisória do que criar um novo instrumento sem previsão legal.

Aliás, o próprio Talamini chega a afirmar que, em certo sentido, pode-se falar de uma “relativização” da regra sobre o prazo para a ação rescisória.⁷⁸⁴ Entretanto, ele persiste na ressalva às diferenças acima apontadas entre as duas medidas.⁷⁸⁵

Ocorre que esta ressalva feita por Talamini é de certa forma contraditória com a sua ideia de que a ação rescisória serve para a quebra da coisa julgada e a crítica que ele formula aos que tentam fugir do problema da “relativização da coisa julgada” resolvendo a questão através do desvirtuando do conceito e dos parâmetros da coisa julgada.⁷⁸⁶

Assim, ou se entende que a ação rescisória não é instrumento para a quebra da coisa julgada, mas sim estabelece novo prazo para a sua verdadeira ocorrência, surgindo o que se costuma chamar de “coisa soberanamente julgada”, ou então se defende que a ação rescisória é verdadeiro instrumento de quebra da coisa julgada e, sendo esta uma garantia constitucional, a viabilidade daquela será sempre, em última análise, dependente de um juízo de ponderação.⁷⁸⁷

Ao que parece é esta segunda opção a que mais se coaduna com a própria essência da ação rescisória, sempre ligada às situações em que já teria ocorrido a coisa julgada, nos moldes dispostos pela lei. Destarte, a possibilidade da aludida ação atípica para o controle de constitucionalidade da sentença sob o manto da coisa julgada, na verdade, é justamente uma questão de afastamento do prazo da

⁷⁸⁴TALAMINI, 2005, p. 636.

⁷⁸⁵Ibid., p. 648.

⁷⁸⁶Ibid., p. 648, p. 136.

⁷⁸⁷Esta conclusão reforça a releitura da ação rescisória que aqui se propõe, tanto para afastar o prazo da rescisória, quanto para permitir, mesmo nos casos de seu cabimento previstos pela lei, que seja possível ao órgão julgador, diante de um juízo de ponderação, não rescindir a sentença ou, quando adequado for, apenas rescindi-la parcialmente.

rescisória, como uma exigência de uma interpretação constitucionalmente adequada de tal instrumento processual e como mecanismo de evitar uma eficácia sistêmica reversa e a própria decadência do sistema jurídico.

6 CONCLUSÃO

O Constitucionalismo não foi uma invenção, uma criação oriunda de mentes inspiradas do século XVIII, mas sim é fruto de ideias e de movimentos ocorridos no Estado Helênico, no Estado Romano, na Idade Média e, principalmente, na Época Moderna, que, notadamente, giravam a respeito de dois temas centrais: a) a fundação, limitação e legitimação do poder político; b) a constitucionalização e garantia das liberdades e direitos fundamentais.

É certo, porém, que, por força de conjecturas específicas, foi no século XVIII, notadamente a partir da proclamação da Constituição Americana de 1787 e da Revolução Francesa de 1789, que ele se consolidou e se institucionalizou, saindo da teoria, dos textos filosóficos, para ganhar corpo.

A partir de então, consagrou-se um modelo de organização do poder e da sociedade baseado em quatro pilares fundamentais: a) o Estado de Direito; b) a separação de poderes; c) os direitos fundamentais; d) a democracia.

Inicialmente referidos pilares foram concebidos dentro de uma visão do liberalismo econômico que vigorava no Estado Constitucional Liberal. Porém, a crise que tal modelo estatal começou a passar a partir de meados do século XIX, em decorrência, notadamente, dos desequilíbrios econômicos que ele produzia, levou à necessidade de uma remodelação do próprio sistema constitucional dos Estados, passando-se de um constitucionalismo liberal para um constitucionalismo social, como forma de se garantir ao homem, também no plano econômico, social e cultural, um fundamento existencial-material, humanamente digno.

Dessa forma, consolida-se, nas primeiras décadas do século XX, o Estado Constitucional Social. Entretanto, apesar de avanços significativos na seara social, a incapacidade financeira do Estado em atender as despesas crescentes da providência estatal, as alterações nos sistemas produtivos e na regulação do trabalho decorrentes das revoluções tecnológicas, o avanço do neoliberalismo e a globalização da economia contribuíram para frustrar as expectativas de promoção do bem estar de todos.

Assim é que o Estado Constitucional Social passa a enfrentar sua crise a partir do último quartel do século XX. Dessa forma, mais uma vez é necessária a remodelação dos pilares do Constitucionalismo, notadamente daquele da Democracia, passando-se de uma democracia estatal para uma democracia social, ou seja, supera-se o exercício da democracia apenas no âmbito político representativo do Estado para se alcançar tal exercício em um espaço maior de participação.

Nesse sentido, passa-se de um Estado Constitucional Social para um Estado Constitucional Democrático e Pluralista, onde são consolidadas conquistas liberais, sociais, da solidariedade e da comunidade (direitos difusos e coletivos), mas se vai além, reconhecendo como fundamental o direito à participação do cidadão, garantindo, assim, a participação dos destinatários do ato final de decisão nos atos necessários à formação desta.

Apesar de todas essas mutações em seus pilares, o fato é que o Constitucionalismo forma a partir do século XVIII a base de um modelo que passa a ser entendido como não só o melhor, mas também o único possível para uma comunidade política organizada, civilizada, em que, a partir de uma teoria contratual, o poder existe e se organiza em função do Homem. Desta feita, a partir de então, as comunidades políticas que não adotassem tal modelo não eram vistas como legítimas.

Nesse diapasão, o Constitucionalismo funciona como um modelo e uma prática socialmente aceita, motivo pelo qual, ele assume o caráter de paradigma normativo, o que significa, dentro de uma visão do Direito como sistema normativo-axiológico-teleológico, que o sistema jurídico deve ser pensado para ele e em função dele.

Neste sentido, o Constitucionalismo atua como uma espécie de “regra de reconhecimento” do sistema jurídico, na medida em que é ele que indica aonde se encontram as normas supremas da ordem jurídica.

E sendo a Constituição o documento base onde está regulada a forma de organização do poder, do Estado e da sociedade nos moldes do Constitucionalismo, ela deve ser vista como o conjunto de normas jurídicas supremas, originárias da ordem jurídica, ou seja, como elemento normativo central do paradigma do Constitucionalismo.

Dessa forma, para a preservação do Constitucionalismo e do próprio sistema, enquanto garantidor daquele, é necessário que todas as normas do sistema estejam em harmonia com as normas da Constituição, motivo pelo qual estas fundamentam a validade das demais normas do sistema.

Tal constatação impõe que a Constituição e cada uma de suas normas sejam defendidas e garantidas contra eventuais violações, sob pena do sistema, ao invés de atingir o fim a que foi pensado, qual seja, a preservação do Constitucionalismo, venha a gerar um efeito reverso.

Apesar de não ser o único mecanismo para o exercício da defesa da Constituição, já que para tal mister também existem os instrumentos da mudança da Constituição e do Estado de Necessidade Constitucional, o controle de constitucionalidade demonstrou ser o de maior importância teórica e prática, diante da sua maior utilização e de sua grande efetividade.

Ele procura analisar um vício específico da norma infraconstitucional, qual seja, a sua inconstitucionalidade, quer dizer, a sua contradição com determinada norma da Constituição.

Identificado a existência de tal vício, é proferida uma decisão declarando a inconstitucionalidade da norma infraconstitucional, posto que inválida, o que significará, obrigatoriamente, que ela não pertence ao sistema.

Entretanto, esta não pertença não necessariamente levará a sua inaplicabilidade, posto que outras normas da Constituição poderiam ser afrontadas caso fossem retirados todos os efeitos já produzidos pela norma inconstitucional.

Em tais situações se estará, portanto, também diante de um conflito entre normas da Constituição, já que uma determinaria a preservação da norma inconstitucional e a outra a sua eliminação. Por envolver, assim, conflito entre normas supremas do sistema, a solução a ser encontrada deve ser aquela que melhor preserve a eficácia sistêmica, no sentido de produção de resultados almejados pelo sistema, ou seja, de garantia do Constitucionalismo, o que demandará a realização de um juízo de ponderação.

Neste sentido, o controle de constitucionalidade pode ser considerado como possuidor de uma dupla pretensão de correção do sistema jurídico, já que por um lado permite a adequação do mundo jurídico não ótimo em um mundo jurídico ótimo, ao viabilizar a retirada de pertinência de norma inconstitucional do sistema, e por outro lado permite que determinada norma objeto de controle de constitucionalidade possa ter a sua correção justificada perante o sistema.

Entretanto, a forma como ele é exercido não é uníssono, havendo quem adote um modelo de controle de fiscalização política, como a França, aqueles que utilizam um modelo de controle de fiscalização judicial nos moldes do exercido nos Estados Unidos, outros que usam do modelo *kelseniano* de fiscalização jurisdicional concentrado em um Tribunal Constitucional, como é o caso da Áustria, e os que adotam um modelo combinado, mesclando cada um dos anteriores em maior ou menor medida.

Este último modelo, aliás, é a tendência, já que consegue superar as deficiências dos anteriores através da combinação das qualidades deles. É ele o modelo consagrado no Brasil pela Constituição Federal de 1988, em que se permite, além de um controle político em menor medida, um controle jurisdicional tanto por via incidental e difusa, quanto por via principal e concentrado.

Ao lado do controle de constitucionalidade, existe outro instituto de grande importância para que o sistema jurídico preserve o Constitucionalismo, que é a coisa julgada. Somente incidindo em face da sentença, diante do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional consagrado no Estado Constitucional Brasileiro, a coisa julgada é justamente a imutabilidade do conteúdo do comando da sentença, impedindo ao Estado o fornecimento de outra resposta normativa à lide.

Assim, a coisa julgada permite a estabilidade definitiva da sentença, garantindo, portanto, o primado do princípio geral da segurança jurídica inerente ao Estado de Direito e ao Constitucionalismo.

Formada a coisa julgada, todas as questões deduzidas ou deduzíveis de fato, de direito, solúveis mediante aplicação de direito a fato e referentes à relação jurídica ou *status* a cuja existência ou inexistência se subordina a relação jurídica sobre que

versa o pedido não mais são capazes de viabilizar a reforma da sentença, em fenômeno conhecido como “eficácia preclusiva da coisa julgada”.

Os limites objetivos da coisa julgada, ou seja, o quê ela torna imutável, encontram-se na parte dispositiva da sentença, entendendo-se esta não num sentido formal, mas substancial, ou seja, de resposta normativa à lide.

Já os seus limites subjetivos, ou seja, quem sofre com tal imutabilidade, são apenas aqueles que puderam ter seus direitos adequadamente defendidos em juízo, ou seja, tanto as partes do processo, como os substituídos.

É que, por exigência do paradigma do Constitucionalismo, mormente, sob o enfoque do Estado Constitucional-Democrático e Pluralista, e por expressa disposição de normas da Constituição que garantem a todos a participação na formação da decisão judicial que lhes podem causar prejuízo jurídico, através das garantias do devido processo legal, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da ampla defesa e do contraditório, a coisa julgada não pode prejudicar juridicamente o direito de alguém que não pode ser adequadamente defendido no processo.

Assim, pode-se afirmar que a única forma possível para se conciliar a harmonia dos julgados e a necessidade da sentença produzir efeitos, como decorrência da sua presunção de conformidade com o Direito, com as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, é considerar que a eficácia natural da sentença pode atingir a todos os terceiros, mas a coisa julgada se restringe às partes ou aos terceiros que tiveram seus direitos considerados, por expressa previsão legal, como adequadamente defendidos por outrem.

A coisa julgada, ao impedir nova apreciação da lide pelo Estado, poderia ser considerada um empecilho ao controle de constitucionalidade, sendo aí onde estes dois pressupostos de normatividade do sistema jurídico se encontram num ponto de conflito, estabelecendo uma relação de tensão entre eles.

Tal relação encontra sua manifestação maior no que se costuma chamar de “coisa julgada inconstitucional”, que expressa a situação em que existe uma sentença sob o manto da coisa julgada que viola alguma norma da Constituição, discutindo os

estudiosos do assunto se aí seria possível exercer o controle de constitucionalidade sobre tal sentença ou não.

A inconstitucionalidade da sentença, apesar de ser sempre uma relação de contrariedade desta com alguma norma da Constituição, pode derivar: a) da aplicação de norma inconstitucional; b) de interpretação incompatível com a Constituição de enunciado normativo infraconstitucional; c) da indevida afirmação de inconstitucionalidade de uma norma; d) da violação direta de normas da Constituição; e) do estabelecimento ou declaração de uma situação que apenas posteriormente venha a violar norma da Constituição.

Diversos são os argumentos que se tem levantando para tentar responder sobre a possibilidade ou não de controle de constitucionalidade de sentença sob o manto da coisa julgada.

Entretanto, a aceitação da coisa julgada como garantia constitucional e pressuposto de normatividade do Constitucionalismo, por um lado, e a necessidade de se preservar sempre as normas da Constituição contra a sua violação, por outro, impõe a constatação de que a questão da “coisa julgada inconstitucional” acaba sendo um conflito da Constituição com ela mesma, como o é toda questão que envolva controle de constitucionalidade.

Destarte, a resposta ao problema passa pela análise da eficácia sistêmica, ou seja, deve-se verificar qual a solução que permita ao sistema produzir os resultados por ele almejados, quer dizer, a preservação do Constitucionalismo.

E pela constatação de casos em que, mediante um juízo de ponderação, que é a única forma de resolver conflito entre duas normas da Constituição, percebe-se que a preservação da coisa julgada representa um ataque a uma norma da Constituição cuja proteção, naquele caso concreto, melhor atende à eficácia sistêmica, a conclusão que se tira é a de que impedir o controle de constitucionalidade de uma sentença, mesmo que sob o manto da coisa julgada, é permitir a existência de normas no sistema produtoras de eficácia sistêmica reversa.

Isto é assim porque, em última análise, o Constitucionalismo é marcado por uma pluralidade axiológica, motivo pelo qual refutar, *a priori*, qualquer possibilidade de

controle de constitucionalidade em face da sentença sob o manto da coisa julgada é ir de encontro àquele paradigma, já que se estaria sempre dando preferência à segurança jurídica em detrimento de outro valor também consagrado normativamente que, dependendo das condições do caso concreto, pode ser o que melhor garante o primado do Constitucionalismo.

Nesse diapasão, a conclusão que se chega nesta pesquisa, por meio de uma visão do Direito como sistema normativo axiológico-teleológico, é a de que não se pode negar a possibilidade do controle de constitucionalidade em face de sentença mesmo que sob o manto da coisa julgada, sendo esta uma exigência do próprio sistema jurídico, enquanto estruturado de forma a garantir o Constitucionalismo.

Quanto aos instrumentos em que seria possível realizar este controle, apesar de se reconhecer a viabilidade parcial, em casos raros, de outros instrumentos, como o *habeas corpus* e a ADPF, defende-se aqui que o meio mais adequado para tal mister é a ação rescisória, já que ela preserva a competência do órgão prolator da decisão a ser controlada e é o mecanismo natural e já previsto pelo sistema para a quebra da coisa julgada.

Tal conclusão leva inexoravelmente ao afastamento do artigo 495, do CPC, que limita o prazo para a interposição de ação rescisória em dois anos a partir do trânsito em julgado da sentença a ser rescindida, como uma exigência de uma interpretação constitucionalmente adequada de tal instrumento processual e como mecanismo de evitar uma eficácia sistêmica reversa e a decadência do sistema jurídico.

Ademais, ainda leva à constatação de que a ação rescisória, por representar um afastamento de uma garantia constitucional, qual seja, a coisa julgada, sempre demandará um juízo de ponderação para se chegar à resposta acerca da viabilidade de reforma da sentença ou não e até mesmo em que medida, o que certamente gera uma releitura de tal instrumento processual e abre espaço para uma nova pesquisa.

Por fim, registra-se que, em sentido análogo ao que já disse um dos maiores estudiosos do assunto no direito processual civil brasileiro, questões como a que se tratou aqui, por dizerem respeito a um conflito entre dois pressupostos de

normatividade, demandam uma tomada de posição acerca da própria concepção do Direito.⁷⁸⁸

A aqui adotada e fundamentada passa por uma visão do Direito como sistema normativo axiológico-teleológico que, no caso, coloca o Constitucionalismo, enquanto prática complexa socialmente aceita, como fim a ser perseguido e garantido pelo sistema jurídico.

Destarte, sabe-se que a solução aqui defendida não será imune a críticas, posto que isto dependeria que a visão de Direito que aqui se sustenta fosse unanimemente compartilhada, o que efetivamente não ocorre, mesmo porque ainda não se alcançou tal visão única, e talvez nunca se alcance.

Porém, espera-se ter alcançado e fundamentado uma solução que se apresente, ao menos em sua essência, como a mais adequada por todos aqueles que partam de uma ideia de Direito análoga com aqui adotada.

⁷⁸⁸TALAMINI, 2005, p. 665.

7 REFERÊNCIAS

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. 4 reimp. Buenos Aires: Astrea, 2002.

_____; _____. **Sobre la existencia de las normas jurídicas**. México: Distribuciones Fontamara, 1997.

ALEXY, Robert. **El Concepto y Validez del Derecho**. Tradução de Jorge M. Sena. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés e revisto por Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho**. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral. Série de Teoria Jurídica y filosofía del derecho, n. 18. Tradução e Introdução de Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001.

ALVIM, Thereza. **Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

AMERICANO, Jorge. **Da Acção Rescisória**. São Paulo: Casa Vanorden, 1922.

_____. **Processo Civil e Commercial no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva & C., 1925.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 195-232.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ARRUDA ALVIM. Ação declaratória incidental. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 5, n. 20, out.-dez. 1980, p. 9-55.

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 345-373.

ATIENZA, Manuel; MANERO, J. Ruiz. La regla de reconocimiento. In: LAPORTA, Francisco J. **Constitución: problemas filosóficos**. Madrid: Ministério de la presidencia. Secretaría general técnica. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2003, p. 111-133.

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de Theoria e pratica do Processo Civil Comparado com o Commercial e de Hermenêutica Jurídica**. 8. ed. São Paulo: Saraiva & Comp., 1935.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria da Constituição**. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.
- BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais**. 2. ed. Atualização de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva.
- _____. **Temas de Direito Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BENDA, Ernst et all. (org.). **Manual de Derecho Constitucional**. Tradução de Antônio Lopes Pina. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BEZERRA, Paulo César Santos. A nova hermenêutica constitucional e sua repercussão no controle de situações constituídas. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 411-432.
- BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2. ed. rev. e atual. Renovar: Rio de Janeiro, 2004.
- BOBBIO, Norberto. Democracia representativa e democracia direta. In: _____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1997, p. 41-64.
- _____. **Teoria geral da política: a filosofia e as lições dos clássicos**. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BONAVIDES, Paulo Bonavides. **Do estado liberal ao Estado Social**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Teoria do Estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1480 MC. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Brasília, 04 set. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 30.03.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.501 MC. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília. 15.05.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jan. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.501 MC. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília. 15.05.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jan. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 122202. Relator: Ministro Francisco Rezek. Segunda Turma. Brasília, 10 ago. 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 30.03.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 632154 AgR. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Segunda Turma. Brasília, 01 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 30.03.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 709691 AgR, Relator: Ministro Eros Grau. Segunda Turma. Brasília, 28 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 30.03.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pet-AgR 1140. Relator: Ministro Sydney Sanches. Tribunal Pleno. 02 mai. 1996. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.03.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 193.829/SP. Relator: Ministro Gilson Dipp. 5ª Turma. 08 nov. 1999. Brasília. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 30.03.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ag 162593/RS. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. 3ª Turma do STJ. 08 set. 1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 30.03.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 226.462-SC. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. 13.05.1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 30.03.2010.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, Direito e Processo**: A Argumentação e o Direito Processual de Resultados Justos. São Paulo: Atlas, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: procedimento comum: ordinário e sumário. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, t. I.

_____. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULYGIN, Eugênio; MENDONCA, Daniel. **Normas y sistemas normativos**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e ampl. por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. tomo I.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Bens sujeitos à proteção do Direito Constitucional Processual. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 283-300.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimp. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CARACCIOLO, Ricardo. **La Noción de Sistema em la Teoría del Derecho**. 2. ed. México: Distribuciones Fontamara, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de Terceiros**. 16. ed., atual. até julho de 2006. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Libreria "El Foro", 1997, v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Paolo Capitano, com anotações de Enrico Tullio Liebman. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, v. 1.

_____. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Paolo Capitano, com notas de Enrico Tullio Liebman. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, v. 2.

_____. **Principii di Diritto Processuale Civile**. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene: Napoli, 1965.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Forense, 2003, v. 4.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada com a dos modernos. **Revista de Filosofia Política**, Porto Alegre, n. 2, p. 9-25, 1985.

COOLEY, Thomas M. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4. ed. Montevideu: Editorial B de f, 2002.

DANTAS, Ivo. Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência. In NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 233-280.

DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución**. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Forster. Onati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias. NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 105-159.

DIAS, Francisco Barros. Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, v. 758, p. 34-42, dez. 1998.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. Bahia: Editora JusPODIVM, 2009, v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 4. ed. Bahia: JusPODIVM, 2009, v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: 2004a. v. I.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: 2004b. v. III.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: 2004c. v. II.

_____. **Litisconsórcio**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Relativizar a coisa julgada material. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 109, p. 9-38, jan.-mar. 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DROMI, José Roberto. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992. t. I.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução de J. Baptista Machaddo. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 52, jul. 1991, p. 5-33.

FASSO, Guido. Jusnaturalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola;

PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 655-660.

FAZZALARI, Elio. Processo (teoria generale). In: _____. **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: UTET, 1966, t. XIII.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 4. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006.

GARCÍA-PELAYO, Manoel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 2000.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de Antonio Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOLDSCHMIDT, James. **Direito Processual Civil**. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Introducción al derecho procesal constitucional**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2006.

GOZZI, Gustavo. Estado contemporâneo. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 401-409.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Notas ao § 1º. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. São Paulo: Forense, 2006, p. 8-15.

_____. Notas ao § 3º. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 64-70.

_____. Notas ao § 5º. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito

brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 111-117.

_____. Notas ao § 6º. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 128-129.

_____. Notas ao § 7º. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 148-152.

_____. Notas ao Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 229-239.

_____. Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas. In _____. **O Processo: Estudos e Pareceres**. São Paulo: Perfil, 2005, p. 212-225.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HABERMANS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasil, 2003, v. I.

HAMILTON, Alexandre. Artigo 78. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexandre; JAY, John. **Os Artigos Federalistas: Edição Integral**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 478-485.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutacion de la Constitucion**. Tradução de Chirstian Foster e revisão de Pablo Lucas Verdu. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

_____. **Teoría General Del Estado**. Tradução de Fernando de los Ríos Urruti.

Granada: Editorial Comares, 2000.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. **El constitucionalismo:** Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional. 2. ed. rev. ampl. Madrid: Marcial Pons, 2003.

KELSEN, Hans. A Jurisdição Constitucional. In: _____. **Jurisdição Constitucional.** Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 121-186.

_____. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: _____. **Jurisdição Constitucional.** Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 299-319.

_____. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: _____. **Jurisdição Constitucional.** Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 237-298.

_____. **Teoria Pura do Direito.** 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1998.

KLIPPEL, Rodrigo. **A coisa julgada e sua impugnação:** relativização da coisa julgada. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

KRAMNICK, Isaac. Apresentação. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexandre; JAY, John. **Os Artigos Federalistas:** Edição Integral. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 1-86.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição.** Prefácio de Aurélio Wander Bastos e tradução de Walter Stonner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LEITE, Glauco Salomão. Coisa julgada inconstitucional: relativizando a "relativização". **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 14, n. 57, out.-dez. 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEVI, Lucio. Federalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Tradução de Carmen C. Varriale et al. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 475-486.

LIEBMAN, Enrico Tullio. A autoridade da coisa julgada. In: _____, **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada.** Tradução de Alfredo Buzaid e Benvido Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 19-117.

_____. A coisa julgada nas Questões de Estado. In: _____, **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 188-196.

_____. A eficácia da Sentença Penal no Processo Civil. In: _____, **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 252-265.

_____. A eficácia natural da sentença como ato do Estado. In: _____, **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 121-162.

_____. Ainda sobre a Sentença e sobre a coisa julgada. In: _____, **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 165-186.

_____. Efeitos da Sentença e Coisa Julgada. In: _____, **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 274-284.

_____. Introdução. In: _____, **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 1-8.

_____. Limites à coisa julgada nas questões de estado. In: _____, **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 197-208.

_____. Pluralidade de Partes Legítimas à Impugnação de um único ato. In: _____, **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4.

ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 221-239.

_____. Sentença e Coisa Julgada: Recentes Polêmicas. In: _____, **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Atualizadora Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Forense, 2006, p. 285-311.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I.

LOBO Arthur Mendes; GALVÃO, Heveraldo Galvão. A argüição de descumprimento de preceito fundamental e a coisa julgada. **Revista de Processo**, ano 32, n. 145, mar. 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOCKE, Jonh. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

MARINO CASTELLANOS, Angel Rafael. La constituição como norma jurídica. Causas y efectos de la fuerza normativa superior de la constituição. **Revista Direito e Sociedade**, Três Lagoas, ano 1, p. 44-62, ago./dez. 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1.

_____. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008;

_____. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 52, n. 317, p. 14-33, março de 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Atualizado por Ovídio Rocha Barrosa Sandoval. Prefácio de Domingos Franciulli. 9. ed. atual., Campinas: Millennium, 2003.

MARSHALL, John. **Decisões Constitucionais de Marshall**. Tradução de Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MASON, Alpheus Thomas. **A Suprema Corte: Baluarte da Liberdade.** Tradução de V. L. Schilling. Rio de Janeiro: Distribuidora Record, 1967.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Tradução de Carmen C. Varriale et al. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 246-258.

MENDES, Gilmar Ferreira. Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei n. 11.232/2005. NASCIMENTO, Carlos Valder do Nascimento; DELGADO, José Augusto. (organizadores). **Coisa Julgada Inconstitucional.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 87-103.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 3. ed. rev. e atual. Saraiva, 2008.

MENDONÇA, Daniel, **Exploraciones Normativas.** Hacia una teoría general de las normas. 2 ed. México: Distribuciones Fontamara, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade.** reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996a.

_____. **Manual de direito constitucional.** 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I.

_____. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais.** 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV.

_____. **Manual de Direito Constitucional.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996b. t. II.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: forense, 1959. t. IV.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 3. ed. rev. e aument. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MONTEIRO, João. **Programma de um Curso de Theoria do Processo Civil e Commercial.** 5. ed. São Paulo: Typographia Academica, 1936.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In: _____. **Direito Processual Civil (ensaios e pareceres).** Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 133-146.

_____. Coisa julgada: extensão subjetiva In: _____. **Direito Processual Civil (ensaios e pareceres).** Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 273-294.

_____. **Questões prejudiciais e coisa julgada.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

_____. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. **Revista de**

Processo, São Paulo, ano 10, n. 40, p. 7-12, out.-dez. 1985.

_____. Solidariedade ativa: feitos da sentença e coisa julgada na ação de cobrança proposta por um único credor. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 6, v. 24, p. 23-36, out.-dez. 2005.

_____. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no Sistema do Processo Civil Brasileiro. In _____. **Temas de Direito Processual**. Saraiva: São Paulo, 1977, p.97-109.

_____. Coisa julgada e Declaração. In _____. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 81-89.

_____. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do Novo Código de Processo Civil. In _____. **Temas de Direito Processual**. Saraiva: São Paulo, 1977, p. 90-96.

_____. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: _____. **Temas de Direito Processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 235-265.

MORESO, Juan José; NAVARRO, Pablo E. Algunas Observaciones sobre las Nociones de Orden Jurídico y Sistema Jurídico. In: MORESO, Juan José. **Normas Jurídicas y estructura del Derecho**. México: Distribuciones Fontamara, 1997, p. 13-34.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. 3. ed. rev.atual. ampl. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 1-31.

NASCIMENTO, Carlos Valder do; PEREIRA JÚNIOR, Lourival. Natureza da coisa julgada: uma abordagem filosófica. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 45-63.

NAVARRO, Pablo E. Algunas Observaciones sobre las Nociones de Orden Jurídico y Sistema Jurídico. In: MORESO, Juan José. **Normas Jurídicas y estructura del Derecho**. México: Distribuciones Fontamara, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Coisa Julgada e o Estado Democrático de Direito. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano XXXI, n. 96, p. 233-259, dez. 2004.

NÚÑEZ RIVERO, Cayetano; GOIG MARTINEZ, Juan Manuel; DÍAZ NIEVA, José. **El Estado y La Constitución**. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1997.

- OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993.
- PALU, Oswaldo Luiz. **Controle da Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira. **O Direito-Garantia Fundamental da Coisa Julgada: Coisa Julgada Injusta e Coisa Julgada Inconstitucional**. 2006. 301 p. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Faculdades de Vitória-FDV, Vitória, 2006.
- PEREZ LUNO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de direito y constitucion**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- PÉREZ-ROYO. Javier. **Curso de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa Julgada Civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- PLATÃO. **As Leis**: incluindo Epinomis. Prefácio de Dalmo de Abreu Dallari. Tradução, notas e introdução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 1999.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução e prefácios de L. Cabral de Moncada. 4. ed., revista e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Coimbra: Armênio Amado, Editor, Sucessor, 1961, v. II.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- RIBAS, Antônio Joaquim. **Consolidação das Leis do Processo Civil comentada pelo Conselheiro Dr. Antonio Joaquim Ribas com a colaboração de seu filho Dr. Julio A. Ribas**. Rio de Janeiro: Dias da Silva Júnior, 1879, v. 1.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 1.
- ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1997.
- ROUSSEAU, J. J. **Do contrato social**: Princípios do direito político. tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar 2000.
- SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O processo Legislativo**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SANDES, Márcia Rabelo. Mandado de segurança contra coisa julgada inconstitucional: admissibilidade e aspectos processuais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 375-408.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROZO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, ano 11, n. 30, p. 32-45, fev. 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 21. ed. atualizada por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3.

SCHIERA, Pierangelo. Estado Moderno. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 425-431.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SEGADO, Francisco Fernández. Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aporte a la justicia constitucional em América Latina. In: TAVARES, André Ramos (coord.). **Justiça Constitucional e democracia na América Latina**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 17-97.

SIEYÈS. Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: que é o Terceiro estado? Organização e introdução de Aurélio Wander Bastos, prefácio de José Ribas Vieira e tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1986.

SILVA, Érica Barbosa e. O vício existente na “coisa julgada inconstitucional”. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 32, n. 145, p. 83-105, mar. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Coisa Julgada Relativa?. **Revista da Ajuris- Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, ano 31, n. 94, p. 213-225, jun. 2004.

_____. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1.

SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. **A coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua Revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Tratado da argüição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no Processo**

Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Coisa julgada inconstitucional (art. 741 e 475-L do CPC)-Reflexões em torno de um texto de Marinoni. **Revista da Ajuris- Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, ano 36, n. 113, p. 229-232, mar. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (Código de Processo Civil, artigo 741, parágrafo único). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, v. 841, p. 56-76, nov. 2005.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do Nascimento (coordenador). **Coisa Julgada Inconstitucional.** 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 77-126.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 795, p. 21-40, jan. 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intagibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (coord.). **Coisa julgada inconstitucional.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 161-194.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. **La democracia em América.** Madrid: Alianza, 1993. v. 1.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. **Constitución:** Escritos de introducción histórica. Madrid: Marcial Pons, 1996.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. **Revista de Processo**, ano 32, n. 143, p. 42-64, jan. 2007.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de constitucionalidade.** 3. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

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.** 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Perfil, 2005.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: Modelo constitucional do processo civil brasileiro.** São Paulo: Ed. Lumen Juris, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 331-344.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.