

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Vinicius Augusto Andrioli

**EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
SOBRE A COISA JULGADA**

Porto Alegre
2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Vinicius Augusto Andrioli

**EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
SOBRE A COISA JULGADA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: **Prof. Dr. Daniel Mitidiero**

Porto Alegre
2012

Vinicius Augusto Andrioli

**EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
SOBRE A COISA JULGADA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: **Prof. Dr. Daniel Mitidiero**

Apresentado à Banca Examinadora em 19 de dezembro de 2012.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA

Prof. Dr. SÉRGIO CRUZ ARENHART

Prof. Dr. KLAUS COHEN-KOPLIN

Prof. Dr. DAISSON FLACH

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família e à Bruna, minha namorada, pelo apoio irrestrito.

Aos professores e colegas do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pela oportunidade do debate e pelos muitos ensinamentos colhidos ao longo desses anos de Mestrado.

Por fim, agradeço especialmente aos Professores Doutores Daniel Mitidiero, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Klaus Cohen-Koplin, pelas importantíssimas contribuições aportadas à presente dissertação por ocasião da banca de qualificação, bem como pela atenção e disponibilidade dispensadas na indicação do material bibliográfico.

“Se quereis ver o futuro, lede as histórias e olhai para o passado; se quereis ver o passado, lede as profecias e olhai para o futuro. E quem quiser ver o presente, para onde há de olhar? Não o disse Salomão, mas eu o direi. Digo que olhe juntamente para um e para outro espelho. Olhai para o passado e para o futuro, e vereis o presente. A razão ou consequência é manifesta. Se no passado se vê o futuro, e no futuro se vê o passado, segue-se que no passado e no futuro se vê o presente, porque o presente é o futuro do passado, e o mesmo presente é o passado do futuro”.

Sermão da Quarta-Feira de Cinza, **Pe. Antônio Vieira**, 1672.

RESUMO

A presente dissertação tem o escopo de investigar, a partir de uma perspectiva crítica, fundada no marco do formalismo-valorativo, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada, especialmente o sentido e o alcance da norma inserta nos artigos 475-J, § 1º, e 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, que instituíram, no sistema jurídico-processual brasileiro, nova hipótese de impugnação ao cumprimento de título executivo judicial. Para tanto, expõe, inicialmente, os pressupostos teóricos necessários à análise do problema, examinando o instituto da coisa julgada e os sistemas de controle de constitucionalidade. Discorre também sobre as teorias da chamada “relativização” da coisa julgada. Na sequência, busca traçar bases para uma aplicação possível da norma, interpretando-a à luz da Constituição Federal e atentando para a noção de eficácia preclusiva da coisa julgada e para as especificidades do sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil. Por fim, examina a interpretação que tem sido adotada no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação dos dispositivos, bem como aborda, criticamente, o texto legal do Projeto de Lei de alteração do Código de Processo Civil brasileiro.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade – Inexigibilidade de Título Executivo Judicial – Coisa Julgada Inconstitucional – “Relativização” da Coisa Julgada.

ABSTRACT

The purpose of this work is to investigate, from a critical perspective, based in axiological formalism doctrine, the effects of the declaration of unconstitutionality on the *res iudicata*, especially the meaning and scope of the rule insert in Articles 475-J, paragraph 1, and 741, sole paragraph, both of the Code of Civil Procedure, which established in the Brazilian procedure system, a new possibility to object the execution of a judicial decision. Therefore, it exposes, initially, the theoretical grounds required to analyze the problem, by examining the institution of *res iudicata* and the judicial review systems. This work also discusses the theories of the “relativization” of *res iudicata*. Afterwards, it attempts to establish the basis for a possible application of the rule, interpreting it based on the Brazilian Constitution, and paying attention to the idea of preclusive effect of *res iudicata* and to the peculiarities of the Brazilian judicial review system. Finally, it examines the recent decision of Brazilian Supreme Court and Superior Court of Justice regarding the application of that rule, and discusses, critically, the text of the Bill to reform the Code of Civil Procedure.

Keywords: Judicial Review – Unenforceable judicial decision – Unconstitutional *res iudicata* – “Relativization” of *res iudicata*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PARTE I: PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA COMPREENSÃO DO PROBLEMA DA DENONIMADA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL.....	16
<i>1.1 Breve Estudo Sobre o Instituto da Coisa Julgada.....</i>	<i>16</i>
<i>1.1.1 Conceito de Coisa Julgada.....</i>	<i>16</i>
<i>1.1.2 Coisa Julgada Formal, Material e Preclusão</i>	<i>18</i>
<i>1.1.3 Teorias Sobre a Natureza da Coisa Julgada.....</i>	<i>22</i>
<i>1.1.4 Teorias Processuais e Materiais sobre a Coisa Julgada</i>	<i>30</i>
<i>1.1.5 Efeito Positivo e Efeito Negativo da Coisa Julgada</i>	<i>32</i>
<i>1.1.6 Limites Objetivos da Coisa Julgada.....</i>	<i>33</i>
<i>1.1.7 Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada</i>	<i>38</i>
1.2 Panorama Sobre os Sistemas de Controle de Constitucionalidade	44
<i>1.2.1 A Constituição e o Controle de Constitucionalidade</i>	<i>44</i>
<i>1.2.2 As Origens do Controle Judicial de Constitucionalidade</i>	<i>50</i>
<i>1.2.3 O Procedimento de Controle Judicial de Constitucionalidade.....</i>	<i>61</i>
<i>1.2.4 Os Efeitos do Controle Judicial de Constitucionalidade</i>	<i>67</i>
<i>1.2.5 O Sistema de Controle de Constitucionalidade Vigente no Brasil.....</i>	<i>74</i>
PARTE II: APONTAMENTOS SOBRE AS TEORIAS DA CHAMADA “RELATIVIZAÇÃO” DA COISA JULGADA	87
<i>2.1 Contextualização do Problema</i>	<i>87</i>
<i>2.2 Os Principais Exponentes da Doutrina da “Relativização”.....</i>	<i>88</i>
<i>2.2.1 O Pioneirismo de Paulo Otero</i>	<i>90</i>
<i>2.2.2 A Concepção de Humberto Theodoro Júnior.....</i>	<i>94</i>
<i>2.2.3 O Entendimento de Carlos Valder do Nascimento.....</i>	<i>99</i>
PARTE III: OS FUNDAMENTOS PARA A PROTEÇÃO DA COISA JULGADA E A CORRETA EXEGESE DA NORMA DOS ARTIGOS 475-L, § 1º, E 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	103
<i>3.1 Os Limites Impostos pela Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada.....</i>	<i>103</i>
<i>3.2 A Especificidade do Sistema de Controle de Constitucionalidade Brasileiro</i>	<i>108</i>
<i>3.3 A Coisa Julgada como Regra que Privilegia a Segurança Jurídica</i>	<i>117</i>
<i>3.4 A Coisa Julgada como Importante Elemento do Formalismo Processual.....</i>	<i>127</i>

<i>3.5 A Interpretação da Norma dos Artigos 475-L, § 1º, e 741, Parágrafo Único, do Código de Processo Civil Conforme à Constituição</i>	150
PARTE IV: EXAME DE UM CASO ESPECIAL – A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA	157
<i>4.1 O Princípio da Livre Concorrência e a Garantia de Segurança Jurídica</i>	159
<i>4.2 A Eficácia da Coisa Julgada nas Relações Continuativas</i>	161
<i>4.3 Efeitos da Declaração de (In)Constitucionalidade nas Relações Continuativas</i>	168
PARTE V: EXAME CRÍTICO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES QUANTO AO SENTIDO E AO ALCANCE DOS DISPOSITIVOS	175
<i>5.1 A Jurisprudência do STF e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.418-3</i>	175
<i>5.2 O Entendimento Predominante no Âmbito do STJ</i>	178
PARTE VI: TRATAMENTO DA QUESTÃO NO ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	185
<i>6.1 A Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil</i>	185
<i>6.2 A Proposta de Texto Legal em Discussão no Congresso Nacional</i>	187
CONCLUSÃO	194
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	199

INTRODUÇÃO

Recentes reformas legislativas introduziram em nosso sistema processual uma série de técnicas destinadas a emprestar maior efetividade às decisões do Supremo Tribunal Federal, no exercício da sua função de guardião da Constituição,¹ preservando e reforçando, em última análise, a própria força normativa da Constituição,² ou seja, a sua supremacia.³

¹ No atual sistema constitucional brasileiro, com efeito, pode-se afirmar que temos realmente uma Corte Constitucional federal, consubstanciada no Supremo Tribunal Federal, conclusão essa extraída da competência que o legislador constituinte conferiu àquele, nada obstante a sistemática de nomeação de seus membros pelo Presidente da República, sem observância de critério de proporcionalidade ou representatividade dos demais poderes (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 44).

Igualmente, para Luís Afonso Heck, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 102, *caput*, outorgou ao Supremo Tribunal Federal a função de guardar o texto constitucional (HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 9).

No mesmo sentido, entende Talamini, ressaltando, contudo, que o STF não é uma corte puramente constitucional, nos moldes em que tribunais assim intitulados estão configurados na Europa continental, uma vez que, entre suas atribuições, várias são alheias à tutela e harmonização da ordem constitucional (TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objetivo do controle direto*. São Paulo: USP, 2008. 332 f. Tese (Livre-Docência) – Departamento de Direito Processual, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 15).

² A expressão deve ser atribuída a Konrad Hesse, para quem “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. [...] A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever-ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social” (HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 14-15).

³ Dentre as técnicas que permitem atribuir efeitos amplificados às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal encontra-se aquela que instituiu o sistema da reclamação constitucional (artigo 103-A, § 3º, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2004), destinada a garantir a imposição das decisões dos tribunais superiores, a preservação de sua competência, assim como assegurar o respeito e a adequada aplicação das súmulas vinculantes. Também nesse contexto, insere-se a regra que prevê a possibilidade de não sujeição de decisão de primeiro grau ao reexame necessário (artigo 475, § 3º, do CPC, incluído pela Lei n.º 10.352, de 26.12.2001); a hipótese de dispensa da reserva de plenário nos casos em que já existe manifestação do pleno ou do órgão especial do Tribunal de Justiça local, ou, ainda, do plenário do Supremo Tribunal Federal, sobre a inconstitucionalidade de uma norma (artigo 481, parágrafo único, do CPC, incluído pela Lei n.º 9.756 de 1998); a norma que possibilita a inadmissão do recurso de apelação pelo juízo de origem, nos casos em que a sentença recorrida esteja de acordo com súmula do STF ou STJ (artigo 518, § 1º, do CPC, incluído pela Lei n.º 11.276 de 2006); e, ainda, a possibilidade de o relator do processo, no Tribunal de Justiça local, inadmitir ou julgar de plano o recurso, sempre que a decisão atacada esteja, conforme o caso, em manifesto confronto ou de acordo com súmula ou jurisprudência dominante do STF (artigo 557 do CPC e seu § 1º-A, incluído pela Lei n.º 9.756, de 1998).

Trata-se de mecanismos processuais para compatibilizar, verticalmente, as decisões jurisdicionais, uniformizando-as, concretizando o valor constitucional da igualdade; velam, nesse sentido, pela unidade do direito no Estado Constitucional brasileiro, racionalizando a atividade judiciária e promovendo notável economia

As inovações levadas a cabo pelo legislador vieram inseridas em uma diretiva maior, político-legislativa, de combater os males da demora na prestação jurisdicional, com o objetivo de evitar a duração excessiva do processo, de maneira que a celeridade vem se sobrepondo à segurança jurídica.⁴

Dentre tais medidas legais, editadas com a precípua função de conferir efeitos amplificados às decisões do Supremo Tribunal Federal, encontra-se a norma constante dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, ambos do vigente Código de Processo Civil e que constitui o principal objeto do presente estudo.

Introduzida em nosso sistema processual, inicialmente, por meio da Medida Provisória n.º 2.180-35/2001,⁵ que acrescentou o parágrafo único ao artigo 741 do CPC, a norma previa a inexecutibilidade⁶ de título executivo 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*”.

Posteriormente, a Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que realizou uma série de modificações estruturais no Código de Processo Civil, sobretudo no tocante ao processo de execução, manteve tal hipótese de inexecutibilidade entre as matérias passíveis de serem alegadas com vistas a ensejar a ineficácia do título executivo judicial.

Em virtude das modificações realizadas, a norma, além de prevista no artigo 741, parágrafo único, para o caso de embargos à execução movida contra a Fazenda Pública,

de atos processuais (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 19).

⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Nova execução de títulos judiciais e sua impugnação. In: WAMBIER, Teresa A. Alvim. *Aspectos polêmicos da nova execução*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 444.

De fato, o fator tempo ganhou papel de destaque nos dias de hoje, “*ainda mais com a massificação das demandas levadas ao Judiciário e a conseqüente mudança de perfil dos usuários do sistema, a exigir uma solução mais ou menos premente do litígio. Daí a intensificação da tutela cautelar e antecipatória, da chamada jurisdição de urgência, em uma palavra, cujo substrato constitucional se mostra inegável. Também decorre desse imperativo a necessidade de se estabelecerem mecanismos de uma duração razoável do processo e, mais do que isso, da efetiva satisfação do direito reconhecido judicialmente, sem maiores delongas*” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 22, 2002, p. 31-42).

⁵ Desde o início, a norma causou polêmica na doutrina e na jurisprudência, sendo a primeira objeção baseada na sua inconstitucionalidade formal, porquanto introduzida por meio de medida provisória, não apresentando, obviamente, os pressupostos de urgência e relevância que justificassem a adoção de tal procedimento, a teor do disposto no artigo 62 da Constituição Federal. Com efeito, as medidas provisórias que veicularam a matéria foram sucessivamente reeditadas, até a entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 32, momento a partir do qual passou a ser proibido que medidas provisórias versassem a respeito de matéria processual.

⁶ Tal técnica, conquanto seja identificada, na terminologia utilizada pelo legislador, como hipótese de inexigibilidade de título executivo judicial, representa, como aponta a doutrina, hipótese de inexecutibilidade da decisão. De fato, a noção de inexigibilidade diz respeito a algo que está sob termo ou condição e que ainda não pode ser exigido, o que não é o caso. “*Não se cuida da atualidade do crédito, relacionada com o inadimplemento do condenado, mas à inexecutibilidade do próprio título*” (ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 301, 2002, p. 22).

passou a constar também no artigo 475-L, § 1º, sendo este último destinado às hipóteses de impugnação ao cumprimento de sentença.⁷

A redação dos dispositivos, contudo, manteve-se praticamente sem alterações, se comparada com o texto vigente por força da Medida Provisória n.º 2.180-35/2001. Apenas houve, por ocasião da edição da Lei, o esclarecimento de pressuposto de incidência da norma, restando consignado que a aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo, para ensejar a inexecutibilidade do título executivo, devem ser tidas como incompatíveis com a Constituição por decisão do Supremo Tribunal Federal.

O texto legal, então, passou a contar com a seguinte redação, *in verbis*:

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.

Da leitura do texto dos dispositivos, denota-se, a toda evidência, que sua aplicação, além de importar amplificação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal, enseja também a ineficácia do título executivo judicial, e, por conseguinte, da coisa julgada,⁸ instituto alçado à categoria de direito fundamental pelo texto constitucional, pois essencial para a segurança nas relações jurídicas.

A introdução de tais dispositivos, portanto, reacendeu as discussões a respeito das teorias que propugnam a descon sideração da coisa julgada inconstitucional, ou seja, a possibilidade de a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal

⁷ A redação dos dispositivos, contudo, é idêntica, de modo que a hipótese de inexecutibilidade do título judicial será examinada indistintamente no decorrer deste estudo.

⁸ Consoante afirma Araken de Assis, o juízo de inconstitucionalidade da norma, na qual se funda o título exequendo, atua no plano da eficácia: “*em primeiro lugar, desfaz a eficácia da coisa julgada, retroativamente; ademais, apaga o efeito retroativo da condenação, tornando inadmissível a execução. [...] Assim, a procedência dos embargos não desconstituirá o título e, muito menos, reabrirá o processo já encerrado*” (ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional, cit., p. 22).

Em sentido contrário, entendendo que a norma importa desconstituição da coisa julgada, manifesta-se Teori Albino Zavascki, afirmando que os embargos à execução, a partir da edição da norma do artigo 741, parágrafo único, foram dotados de eficácia rescisória. De acordo com o autor, “*trata-se de preceito normativo que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, veio apenas agregar ao sistema um mecanismo processual com eficácia rescisória de certas sentenças inconstitucionais. Até o seu advento, o meio apropriado para rescindir tais sentenças era o da ação rescisória (art. 485, V). Agora, para hipóteses especialmente selecionadas pelo legislador, conferiu-se força rescisória também aos embargos à execução*” (ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 125, jul. 2005, p. 81). Também José Maria Rosa Tesheiner afirma que proferir decisão impeditiva da execução implica desconstituição da coisa julgada, tanto quanto a decorrente de ação rescisória (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*, Porto Alegre, n. 113, mar. 2009, p. 231).

Federal retroagir sobre a coisa julgada material que se fundou em lei ou interpretação tidas como incompatíveis com a Constituição.

A aplicação da norma, em vigor há mais de dez anos, está longe de conhecer orientação pacífica, seja no âmbito doutrinário, seja diante dos tribunais. E isso não é de se estranhar, pois, como já foi lembrado por Barbosa Moreira, poucos temas jurídicos têm merecido dos estudiosos maior atenção que o da coisa julgada. Porém, como afirma referido doutrinador, quem se detiver no exame do material acumulado chegará à paradoxal conclusão de que os problemas crescem de vulto na mesma proporção em que os juristas se empenham na busca de soluções.⁹

Com efeito, no âmbito doutrinário, colhem-se posições a favor da desconsideração da coisa julgada e outras, ao contrário, pela necessidade de sua manutenção. Na jurisprudência, inclusive dos tribunais superiores, a questão também gera enorme controvérsia.

A discussão, na verdade, parte de um suposto conflito entre as noções de segurança jurídica e justiça, cuja verificação e elucidação pretende-se alcançar no decorrer deste estudo.

Com efeito, de um lado, a segurança jurídica revela-se como decorrência do trânsito em julgado de decisões emanadas do Poder Judiciário, a albergar determinado direito feito valer em uma demanda. De outro, tem-se a questão da justiça da decisão, simbolizada, por exemplo, pela necessidade de igualdade material entre os jurisdicionados.

Por isso, o estudo a que se propõe a presente dissertação, sobretudo por dizer respeito à noção de coisa julgada, merece ser empreendido em atenção à ideia de que o direito, e, sobretudo, o direito processual, representa um dado da cultura do povo, entendida esta como o “conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam determinada época de uma sociedade”, conforme conceituação clássica de Galeno Lacerda. O processo, como aduz o professor, espelha uma cultura e serve de índice de uma civilização, e, por isso, não há nada mais natural que a própria função do processo varie conforme a época e a mentalidade reinante.¹⁰ O direito processual reflete os valores fundamentais, sensibilidades e crenças (a “cultura”) da coletividade que os emprega.¹¹

Aliás, a própria estrutura do processo civil depende dos valores adotados, porquanto

⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 416, 1970, p. 9.

¹⁰ LACERDA, Galeno Vellinho. Processo e cultura. *Caderno de Doutrina. Tribuna da Magistratura*. São Paulo: APAMAGIS, abr. 1999, p. 57-58. No mesmo sentido, leciona Alvaro de Oliveira, sustentando que “o processo não se encontra in res natura, é produto do homem e, assim, inevitavelmente, da sua cultura” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 71).

¹¹ CHASE, Oscar G. American “exceptionalism” and comparative procedure. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, New York University School of Law, Research Paper, n. 39, 2002, p. 4. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=306759>. Acesso em: 10 dez. 2011.

não se trata de mera adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado. Trata-se, com efeito, de uma escolha de natureza política vinculada às formas e ao objetivo da administração da justiça.¹²

Nessa perspectiva, pretende-se examinar se há, de fato, uma mudança na mentalidade reinante, uma possível modificação de valores que justifique a tão propalada “relativização” da coisa julgada, a ser concretizada mediante a aplicação da hipótese legal de inexecutabilidade de título judicial.

O estudo do problema também exige que levemos em consideração as íntimas relações entre o processo civil e o direito constitucional, de modo que os institutos processuais sejam lidos à luz da Constituição Federal, na qual se encontram as bases do devido processo legal no sistema brasileiro. Com efeito, é no plano constitucional que se situa o núcleo duro tanto do direito fundamental de acesso à jurisdição, desde que seu monopólio passou às mãos do Estado, quanto do direito ao processo justo e à efetividade da tutela jurisdicional.¹³

De fato, é impossível questionar o caráter nitidamente constitucional do instituto da coisa julgada, atuando como um dos instrumentos processuais para a garantia da segurança jurídica, consubstanciada na imutabilidade do provimento judicial.

Por fim, uma terceira premissa que deve orientar o estudo da norma inserta dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, é a consideração do caráter nitidamente instrumental do processo. Isso porque, como é cediço, o processo deve ser compreendido como instrumento de realização de valores, principalmente constitucionais, levando-se em conta sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública necessária à realização da justiça e da pacificação social. Não pode o processo, portanto, ser visto como mera técnica, mas sim como “*direito constitucional aplicado*”.¹⁴

Nesse sentido, deve-se prestigiar, desde logo, a ideia segundo a qual as relações entre processo e Constituição desenvolvem-se em “dois sentidos vetoriais”: por um lado, ao alçar ao plano dos direitos fundamentais garantias de cunho processual, a Constituição acaba por balizar os procedimentos previstos pelo legislador infraconstitucional (sentido Constituição-processo);

¹² Não se quer com isso dizer, contudo, que não seja possível o aproveitamento de técnicas e soluções para problemas comuns, apesar da manifesta diversidade de valores existente entre os povos. “*Isso se dá principalmente em virtude de uma base comum a todos os homens e o conseqüente estabelecimento de uma ponte entre eles, com intercomunicação de culturas no tempo e no espaço*” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 72-76).

¹³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 21, nov./dez. 2007, p. 115.

¹⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais, cit., p. 32.

de outro, o próprio processo serve de instrumento para tutelar a Constituição, através da preservação das garantias por ela oferecidas e da jurisdição constitucional (sentido processo-Constituição).¹⁵

O processo, destarte, merece ser estudado em suas íntimas conexões com a Constituição e a cultura, isto é, do ponto de vista do formalismo-valorativo.¹⁶ Não se trata mais de apenas realizar a leitura da legislação processual à luz das normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com consequências diretas naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido.¹⁷

À luz dessas premissas, deve-se buscar investigar em que medida os artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, podem ser aplicados sem ofensa aos postulados constitucionais e ao fim último do processo que é a pacificação social com justiça.

Para tanto, a exposição da matéria será dividida em seis partes, sendo a primeira destinada à exposição dos pressupostos teóricos que serviram de base ao estudo do problema, examinando conceitualmente a coisa julgada, bem como procedendo a um breve estudo a respeito dos sistemas de controle de constitucionalidade, enfatizando as peculiaridades do modelo adotado no Brasil.

No segundo capítulo, pretende-se, como forma de contextualizar o problema, apresentar os principais expoentes doutrinários e argumentos por eles utilizados para justificar a tese da desconsideração da coisa julgada.

A terceira parte do trabalho, uma vez que se tenham presentes os fundamentos da doutrina que propugna a desconsideração da coisa julgada, destina-se a esclarecer o caráter constitucional do instituto no âmbito do direito brasileiro e sua estreita vinculação com o princípio da segurança jurídica, além de realizar um estudo a respeito da eficácia preclusiva da coisa julgada e das especificidades do sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil, para, então, à luz dessas premissas, indicar a interpretação possível (constitucional) da norma em comento.

O quarto capítulo será especialmente dedicado ao exame da questão no âmbito do

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 26-27.

¹⁶ Como defende Daniel Mitidiero, “o formalismo-valorativo deixa evidente o imbricamento entre o processo civil, a Constituição e a cultura”, sendo, portanto, o método mais adequado para se estudar o direito processual civil contemporâneo (MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 21).

¹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais, cit., p. 32.

direito tributário, porquanto, por seus contornos próprios, o assunto tem sido, a nosso ver, objeto de interpretações equivocadas por parte da doutrina que defende a desconsideração da coisa julgada.

A ciência, como lembra Pontes de Miranda já no prefácio de seu magistral Tratado de Direito Privado, precisa, para ser verdadeiramente prática, não se limitar ao prático.¹⁸ Atentando-se a tal lição é que se busca, aqui, tratar do assunto de maneira a compreender a dimensão dos conceitos utilizados, de modo a buscar maior precisão técnica.

Contudo, sendo o processo civil o “*ramo das leis mais rente à vida*”,¹⁹ o presente estudo não poderia deixar de fazer um exame crítico da jurisprudência atinente à matéria, bem como tratar, ainda que de modo breve, da proposta de reforma do Código de Processo Civil, atualmente em discussão no Congresso Nacional.

Assim, na quinta parte deste estudo, serão analisados os posicionamentos dos tribunais superiores quanto ao sentido e alcance da norma dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, demonstrando como vem sendo a leitura do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a respeito de tais dispositivos.

Por fim, no sexto e último capítulo, busca-se examinar como o tema encontra-se tratado no Anteprojeto recentemente elaborado pela Comissão de Juristas encarregada da reforma do Código de Processo Civil.

O que se propõe, portanto, é, com base nas premissas acima apontadas, contribuir para o aperfeiçoamento normativo da questão – sobretudo considerando a discussão que se trava no âmbito do Congresso Nacional para reforma do sistema processual –, por meio de um enfoque no qual se buscará questionar o cabimento da regra contida nos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC, bem como investigar em que medida tais dispositivos podem ser aplicados em consonância com os postulados constitucionais, sem ofensa, por exemplo, ao princípio da estabilidade das decisões judiciais.

¹⁸ Pontes de Miranda invoca, na realidade, lição de Rudolf von Jhering: “*Die Wiessenschaft darf, um wahrhaft praktisch zu sein, sich nicht auf das Praktische beschränken*” (JHERING, Rudolf von *apud* PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 4. ed. t. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. XXIII).

¹⁹ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. XLVII.

PARTE I: PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA COMPREENSÃO DO PROBLEMA DA DENONIMADA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Apresenta-se de fundamental importância, antes de se examinar pontualmente o problema dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada, a exposição de alguns pressupostos teóricos.

Nesse sentido, importa analisar, ainda que não exaustivamente, o instituto da coisa julgada e os modelos de controle de constitucionalidade, dando especial ênfase às peculiaridades do sistema adotado no Brasil.

O objetivo desse estudo preliminar é, em última análise, compreender o tratamento dado à matéria pelo ordenamento vigente, evitando-se alcançar conclusões em descompasso com a natureza e finalidade dos institutos.

1.1 Breve Estudo Sobre o Instituto da Coisa Julgada

Mostra-se essencial precisar alguns conceitos fundamentais atinentes ao instituto da coisa julgada, muitas vezes invocados pela doutrina sem a devida elucidação de seus pressupostos. A esse respeito, passa-se a examinar o conceito, as teorias sobre a natureza e os limites objetivos da coisa julgada. Ressalva-se, contudo, que a questão dos limites subjetivos da coisa julgada, embora de inegável importância teórica e prática, não será abordada no presente estudo, a fim de não estender demasiadamente os horizontes dessa pesquisa.

1.1.1 Conceito de Coisa Julgada

Interessado na realização do direito objetivo, o Estado chamou a si a tarefa de solucionar os conflitos de interesses. Assim, se a conduta das partes não se coaduna com o modelo legal estabelecido, a solução do conflito fica na dependência da atuação secundária e substitutiva do órgão jurisdicional, imediatamente voltada para a realização do direito objetivo. A coisa julgada é resultante dessa operação pela qual o Estado qualifica uma relação jurídica que, de *res deducta*, passa a *res iudicata*.²⁰

²⁰ NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 431.

“Quando da sentença não mais cabe recurso, há *res iudicata*. As questões, que havia, de fato e de direito, foram julgadas”.²¹ Assim Pontes de Miranda define o que seja, em poucas palavras, o instituto.

Coisa julgada, assim, pode ser entendida como a virtude própria que possuem certas sentenças judiciais que as faz imunes às futuras controvérsias, impedindo que se modifique, ou discuta, num futuro processo, aquilo que o juiz tiver declarado como sendo a “lei do caso concreto”.²²

A coisa julgada torna imutável a sentença, no seu conteúdo, que pode ser limitado no tempo e no espaço, de maneira que não possa mais haver controvérsia a respeito daquilo que consta na decisão, obviando-se que qualquer demanda possa ser proposta para alcançar outra solução. Contra a *res iudicata*, portanto, somente pode ocorrer que haja algum pressuposto para o ajuizamento da competente ação rescisória (artigo 485), dentro do prazo preclusivo previsto no Código de Processo Civil (artigo 495).²³

Como leciona Giovanni Pugliese, a palavra “julgado” corresponde à tradução do latim *iudicatum* e indica a decisão definitiva de uma lide ou de uma questão por parte do órgão chamado a decidir. Da mesma forma, “coisa julgada” também representa tradução de uma expressão latina, *res iudicata*.²⁴

Entre os dois termos, a rigor, pode-se extrair uma leve diferença de significado, sobretudo atentando-se à diferença de sentido entre as palavras *res* e coisa. De fato, na linguagem processual romana, o vocábulo *res* assumiu um significado técnico, indicando precisamente a situação ou a relação feita valer em juízo pelo autor e, normalmente, contestada pelo réu, que, mediante o processo, vinha colocada diante do juiz e por este decidida. Já o termo italiano *cosa* (correspondente ao português “coisa”), não possui valor técnico, não havendo um termo idôneo a traduzir o vocábulo latino. Assim, dando-se à “coisa” o significado técnico de *res*, deduz-se que “coisa julgada” indica a situação ou relação

²¹ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V, cit., p. 143-144.

²² Como aduz Ovídio Baptista da Silva, somente as sentenças judiciais, e nem todas elas, é que podem oferecer este tipo de estabilidade protetora daquilo que o juiz haja declarado como a “lei do caso concreto”, de tal modo que isso se torne um preceito imodificável para futuras relações jurídicas mantidas entre as partes diante das quais tenha sido proferida a sentença. Isso se deve ao fato de que, no sistema jurídico brasileiro, vigora o princípio inserto no artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual permite-se, em qualquer caso, a revisão, pelos órgãos do Poder Judiciário, de qualquer ofensa aos direitos individuais. Portanto, “*se nem todo ato, ou processo jurisdicional, produz coisa julgada, é certo que não a produzem os atos dos demais poderes do Estado (Executivo e Legislativo)*” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 455-456).

²³ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V, cit., p. 150.

²⁴ PUGLIESE, Giovanni. Verbete: *Giudicato civile*. In: *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, v. XVIII, 1969, p. 786.

julgada, ou seja, a lide ou controvérsia definitivamente decidida.²⁵

O julgado também se encontra em estreita relação com o vocábulo sentença e pode, sob muitos aspectos, identificar-se com essa. Contudo, mais precisamente, indica o conteúdo e o resultado da sentença.²⁶

O importante a observar é o fato de que “julgado” traduz o latino *iudicatum* e “coisa julgada” o latino *res iudicata*, o que denota a direta derivação da solução romana na forma de regulação moderna do processo. Trata-se de um dos casos em que os princípios e conceitos utilizados pela doutrina jurídica moderna possuem claras raízes no direito romano.²⁷

1.1.2 Coisa Julgada Formal, Material e Preclusão

Importa distinguir, como faz a doutrina majoritária, entre coisa julgada formal, coisa julgada material e preclusão, pois a precisão dos conceitos mostra-se indispensável ao exame do problema que constitui o objeto principal desse estudo.

As partes podem gozar de um certo grau de estabilidade quando, em um determinado processo, tenham-se esgotado todos os recursos disponíveis para impugnação da sentença nele proferida, sem contudo evitarem-se discussões supervenientes quando postas as questões como objeto de demandas distintas. A tal estabilidade relativa, que obsta a modificação da sentença na mesma relação processual, dá-se o nome de coisa julgada formal.²⁸

A coisa julgada é formal, em outras palavras, quando é defeso às partes discutir no mesmo processo o que já se decidiu.²⁹ Trata-se do denominado princípio da inalterabilidade do julgamento, comum a todas as espécies de sentenças, inclusive as proferidas em procedimentos de jurisdição voluntária.³⁰ Os efeitos, aqui, são meramente endoprocessuais.³¹

²⁵ PUGLIESE, Giovanni. Verbete: Giudicato civile, cit., p. 786. Como afirma Barbosa Moreira, de coisa julgada tem-se falado em dois sentidos muito diversos. Entre os romanos, o particípio *iudicata* qualificava o substantivo *res* para indicar a situação particular que advinha de já ter sido proferido o julgamento. Por outro lado, a expressão *in iudicium deducta* qualificava a *res* submetida ao conhecimento do juiz, mas ainda não decidida. Contudo, nas duas situações, o elemento que ressalta é uma substância, algo que se punha como o objeto da atividade cognitiva judicial (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada, cit., p. 9).

²⁶ PUGLIESE, Giovanni. Verbete: Giudicato civile, cit., p. 786.

²⁷ PUGLIESE, Giovanni. Verbete: Giudicato civile, cit., p. 787.

²⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, cit., p. 456. A coisa julgada formal implica imutabilidade restrita ao processo em que a sentença foi prolatada. Assim, a sentença que não foi objeto de recurso, no tempo e forma hábeis, não podendo mais ser modificada no mesmo processo, transita formalmente em julgado (TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 177).

²⁹ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V, cit., p. 144.

³⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, cit., p. 456.

Contudo, as partes podem também gozar de uma estabilidade que ultrapassa os limites da relação processual original, tornando a sentença indiscutível entre elas e impedindo que os juízes dos processos futuros novamente se pronunciem sobre aquilo que fora decidido. A tal grau de estabilidade a doutrina dá o nome de coisa julgada material,³² que impede discutir-se, em outro processo, o que se decidiu.³³ Por isso, nesse caso, diz-se que os efeitos são extraprocessuais.³⁴

Em suma, na lição de Pontes de Miranda, “*a força, que tem a sentença, quanto à solução da questão pleiteada, para o caso de se querer pleiteá-la de novo, é a coisa julgada material. A imutabilidade da sentença por parte do juiz ou tribunal que a emitiu, ou por via de recurso, dá-se o nome de coisa julgada formal*”.³⁵

Assim, pode-se dizer que toda sentença produz coisa julgada formal desde o momento em que se torna irrecurável. Nem toda sentença, contudo, produz coisa julgada material, apenas observada quando não for possível desprezar o conteúdo da sentença nem mesmo em outro processo.³⁶

Com essa função e esse efeito, a coisa julgada material não é instituto confinado ao direito processual. Ao contrário, possui significado político-institucional de assegurar a firmeza das situações jurídicas, tanto que erigida em garantia constitucional.³⁷

³¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 214.

³² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, cit., p. 457.

³³ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V, cit., p. 144.

³⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*, cit., p. 214.

³⁵ Acrescenta o jurista, ainda, que “*enquanto a força formal concerne à inimpugnabilidade da sentença como palavra final do Estado na frase que foi a vida da relação jurídica processual, a força material liga-se à indiscutibilidade, como ponto final à frase. Nem se pode voltar a discutir no mesmo processo, nem em outro. Nada se pode escrever depois daquele ponto final*” (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V, cit., p. 81). No mesmo sentido, afirma Esteban Ymaz que “*la cosa juzgada formal es la irrevisibilidad de la sentencia dictada en un proceso, en el mismo proceso en que ha sido expedida. Se trata de lo que se ha llamado ‘preclusión de las impugnaciones’ y supone, por consiguiente, que la revisión es posible en otro proceso posterior, como ejecutivos y en otros juicios sumarios, cuando cabe reabrir el debate, en juicio ordinario, respecto de las cuestiones contempladas en la primera acción. La cosa juzgada substancial excluye esta última posibilidad. Se trata pues de la irrevisibilidad, en cualquier otra causa posterior de las sentencias judiciales de posible eficacia fuera del proceso en que ellas han recaído. Se la puede caracterizar como la inmutabilidad de las sentencias firmes.*” (YMAZ, Esteban. *La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos*. Buenos Aires: Arayú, 1954, p. 4).

³⁶ Não produzem coisa julgada material a sentença meramente processual, a sentença de carência de ação, a sentença proferida em ação cautelar, a sentença proferida em processo de jurisdição voluntária e a execução, ressalvada, nessa última hipótese, a sentença extintiva que declara, por exemplo, a satisfação da obrigação (TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*, cit., p. 177-178).

³⁷ Por essa razão, leciona Dinamarco que “*uma vez consumada, reputa-se consolidada no presente e para o futuro a situação jurídico-material das partes, relativa ao objeto do julgamento e às razões que uma delas tivesse para sustentar ou pretender alguma outra situação. Toda possível dúvida está definitivamente dissipada, quanto ao modo como aqueles sujeitos se relacionam juridicamente na vida comum, ou quanto à pertinência de bens a um deles. As normas e técnicas do processo limitam-se a reger os modos como a coisa julgada se produz e os instrumentos pelos quais é protegida a estabilidade dessas relações – mas a função dessas normas e técnicas não vai além disso. Nesse sentido é que prestigioso doutrinador afirmou ser a coisa julgada material o*

O Código de Processo Civil brasileiro atualmente em vigor define, em seu artigo 467, a coisa julgada material como sendo a “*eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário*”, complementando no artigo 468 que “*a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas*”.³⁸

Nada obstante a ambiguidade de tal definição, resta evidente que o legislador pretendeu indicar que a imutabilidade que protege a sentença, tornando-a indiscutível nos processos futuros, somente pode ser observada depois de formar-se sobre ela a coisa julgada formal, ou seja, sua indiscutibilidade na própria relação jurídica da qual ela provém. Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva, é a “força de lei” referida no artigo 468 que realmente define o que seja a coisa julgada material.³⁹

O importante é que, tomada uma decisão, com vitória de um dos litigantes e derrota do outro, isso representa, para ambos, o fim e a negação das expectativas e incertezas que os envolviam e os mantinham em desconfortável estado de angústia, sendo que o grau mais elevado de estabilidade dos atos estatais é a coisa julgada.⁴⁰

No entanto, deve-se criticar essa divisão clássica feita pela doutrina entre coisa julgada formal e material, identificando a primeira como a especial situação que torna a sentença ou o acórdão irrecorrível, enquanto a segunda se constitui na indiscutibilidade que se adiciona à irrecorribilidade.⁴¹ A esses dois conceitos deve-se acrescentar a noção de preclusão, que representa a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual, de caráter predominantemente público.⁴²

Enquanto a coisa julgada, tradicionalmente dividida em material e formal, vincula-se especificamente às sentenças, não mais passíveis de exame, a preclusão refere-se não só às

direito do vencedor a obter dos órgãos jurisdicionais a observância do que tiver sido julgado (Hellwig)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. In: _____. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 225).

³⁸ Como acentua Pontes de Miranda, “*a alusão do art. 467 tinha de ser também à coisa julgada formal, e não só à coisa julgada material. O legislador só se referindo à coisa julgada material, entendeu que a adjetivação bastaria, uma vez que a coisa julgada material contém aquela, ao passo que nem toda decisão dotada de eficácia de coisa julgada formal produz coisa julgada material*”. Esclarece o autor, ainda, que “*o adjetivo ‘material’ no art. 467 foi impróprio. A eficácia da coisa julgada chamada material é a eficácia da sentença contra qualquer sentença posterior, o que depende do conteúdo das duas. Quando se diz processualmente imutável a sentença ou processualmente indiscutível a sentença, o que há é eficácia de coisa julgada formal: a relação jurídica processual extinguiu-se*” (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V, cit., p. 144).

³⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, cit., p. 457.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*, cit., p. 223.

⁴¹ MITIDIERO, Daniel. *Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva*. In: _____.; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução do estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 202.

⁴² MITIDIERO, Daniel. *Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva*, cit., p. 201.

sentenças, mas também às decisões proferidas no curso do processo (interlocutórias).⁴³

Nesse sentido, é correto afirmar que a coisa julgada formal em nada difere da preclusão, exceto pelo momento em que ocorrem (esta, durante todo o processo; aquela, quando encerrada a caminhada procedimental). Assim, a coisa julgada formal poderia ser classificada como a “preclusão máxima” no processo,⁴⁴ superando-se aquele conceito para distinguir, tão somente, entre coisa julgada (enquanto decisão concernente ao objeto litigioso) e preclusão.⁴⁵

Ademais, afigura-se mesmo impreciso que haja possibilidade de, na hipótese de decisão final que não seja de mérito (sentença terminativa), falar-se de coisa julgada (formal), sendo preferível, tecnicamente, a utilização da expressão preclusão.⁴⁶

A mesma proposta já fora feita por Celso Agrícola Barbi, para quem o abandono do termo “coisa julgada formal” importaria apenas substituição necessária de um conceito inútil.⁴⁷ Em verdade, o jurista assevera que essa conclusão é a que Chiovenda, ao tratar da preclusão, não quisera tornar explícita.⁴⁸

Assim, percebe-se que o conceito de preclusão, por ser mais abrangente, na medida em que se refere tanto a faculdades quanto a questões, substitui o de coisa julgada formal, o qual apenas subsiste pela reiterada utilização na prática forense.⁴⁹

⁴³ RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 69.

⁴⁴ Esse também parece ser o entendimento de Elio Fazzalari, visto que coloca em paralelo a preclusão das questões dedutíveis mas não deduzidas no processo e a “preclusão última e máxima” proveniente do trânsito em julgado (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996, p. 467-468).

⁴⁵ MITIDIERO, Daniel. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva, cit., p. 203.

⁴⁶ RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*, cit., p. 73.

⁴⁷ No mesmo sentido, manifesta Ugo Rocco: “[...] *Crediamo, che tale distinzione sia priva di qualunque utilità e che, anzi, invece di chiarire i concetti serva a confonderli: dato in fatti, che nell’attuale sistema legislativo, la forza obbligatoria e unicamente inerente alla sentenza inoppugnabile, si potrà al massimo dire, che la inoppugnabilità della sentenza costituisce un presupposto formale (e non il solo) dell’autorità di cosa giudicata della sentenza [...]*” (ROCCO, Ugo. *L’autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*. Roma: Athenaeum, 1917, p. 6-7).

⁴⁸ BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 158, mar./abr. 1955, p. 63. De fato, a noção de preclusão dada por Chiovenda denota sua identidade com o conceito de coisa julgada formal: “*A preclusão é um instituto geral com freqüentes aplicações no processo e consistente na perda duma faculdade processual por se haverem tocado os extremos fixados pela lei para o exercício dessa faculdade no processo ou numa fase do processo. [...] Assim é que se verifica a preclusão definitiva das questões propostas (ou proponíveis) quando no processo se obteve uma sentença não mais sujeita a impugnações. Sentença passada em julgado (coisa julgada em sentido formal) é como essa sentença se denomina*” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 372).

⁴⁹ O autor ressalta, ainda, que a preclusão não atinge só as partes, mas também o poder do juiz, que resta impedido de revogar decisão por ele já proferida. (BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil, cit., p. 62-63). Em sentido oposto, manifesta-se Heitor Vitor Mendonça Sica, justificando a convivência das duas expressões, porquanto os efeitos da coisa julgada formal são muito mais extensos do que os da simples preclusão, uma vez que são associados à sentença. Assim, se há determinadas questões que, resolvidas incidentalmente, poderiam ser revistas em etapas futuras do processo (por estarem a salvo da preclusão, como

Ressalve-se, apenas, não ser adequado equiparar, genericamente, toda e qualquer preclusão de questões com a coisa julgada formal, pois, tecnicamente, deve-se diferenciar a preclusão de questões incidentais (quando dizem respeito a decisões interlocutórias) e finais (atinentes a sentenças). Identifica-se a coisa julgada formal, portanto, somente com a denominada preclusão da questão final ou preclusão recursal.⁵⁰

1.1.3 Teorias Sobre a Natureza da Coisa Julgada

Passa-se, agora, a analisar, ainda que brevemente, as diferentes concepções acerca da natureza da coisa julgada firmadas pela doutrina ao longo do tempo.

Primeiramente, verifica-se a posição acolhida pelo antigo direito francês e defendida, sobretudo, por Robert Joseph Pothier. Segundo essa corrente, a coisa julgada seria uma presunção de fato e de direito (chamada na tradição romana de presunção *iuris et de iure*),⁵¹ de modo que presume ser verdadeiro e justo tudo o que está contido na sentença.⁵²

No entanto, para Pothier, para que possua a autoridade da *res iudicata*, a sentença deve ser necessariamente de mérito, pois uma sentença que compreende uma condenação provisória não põe fim ao litígio e, portanto, não cria a presunção de fato e de direito de que algo é devido, visto que a parte condenada pode reverter a decisão. Ainda com mais razão, não se revestem da autoridade de coisa julgada as decisões interlocutórias.⁵³

A segunda teoria a ser destacada é a defendida por Friedrich Karl von Savigny, que caracteriza a coisa julgada como uma ficção de verdade que resguarda a sentença definitiva contra modificações.⁵⁴

aquelas relativas às condições da ação), o mesmo não sucede se forem apreciadas em sentença, quando não podem mais ser objeto de cognição no mesmo processo. Daí que o autor, mesmo reconhecendo que a coisa julgada formal se encontra englobada no conceito mais amplo de preclusão, não adere à doutrina que refuta a utilidade do conceito (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*, cit., p. 215).

⁵⁰ RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*, cit., p. 71.

⁵¹ POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Trad. M. C. de las Cuevas. Buenos Aires: Heliasta, 1978, p. 513.

⁵² POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 524.

⁵³ Nas palavras do autor: “una sentencia que comprende una condenación provisional, no tiene ni el nombre ni la autoridad de cosa juzgada; porque si bien da a la parte que la obtuvo el derecho de compeler ejecutivamente á la condenada al cumplimiento de lo que en la misma sentencia se contiene, sin embargo no pone fin al litigio, ni forma una presunción de hecho y de derecho de que la cosa se debe, puesto que la parte condenada puede después de verificado el pago provisional, probar que es falsa la deuda, y que la sentencia debe á consecuencia revocarse. Con mucha mas razón no merecerán la autoridad de cosa juzgada los autos interlocutorios que no contienen ni condenación ni absolución de la demanda [...]” (POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 513).

⁵⁴ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. J. Mesia e M. Poley. 2. ed. t. V.

Trata-se de uma tese formulada na tentativa de enfrentar o problema das sentenças injustas, resultantes de erro de fato ou de direito, pois, de acordo com essa teoria, um simples ato de procedimento (a sentença) acabaria por atuar fortemente sobre os próprios direitos envolvidos, criando-os, modificando-os ou extinguindo-os.⁵⁵

A justificativa para a autoridade da coisa julgada nessas situações é dada, justamente, pela verdade artificial nela contida, sendo o fundamento maior desse instituto a segurança das relações jurídicas.⁵⁶

Uma terceira corrente doutrinária digna de nota é a que identifica a coisa julgada com a eficácia da sentença, sendo que alguns autores consideram-na em seu todo, e outros apenas no efeito declaratório que lhe é inerente.

Um dos expoentes dessa doutrina, Giuseppe Chiovenda, critica a doutrina de Savigny, pois, nada obstante reconheça a possibilidade de uso da expressão “verdade” como a justificação política da coisa julgada, obtempera que esta não tem por escopo afirmar a verdade dos fatos, mas sim a existência de uma vontade de lei no caso concreto.⁵⁷

Madrid: Centro Editorial de Góngora, s/d, p. 169-170.

⁵⁵ De acordo com Savigny, “*de esta verdad ficticia atribuida a la sentencia, resulta que un simple acto de procedimiento viene a reobrar enérgicamente sobre los derechos mismos. Esta ficción, en efecto, puede engendrar un derecho que no existía, como también anular o restringir un derecho existente y modificar su contenido*” (SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del derecho romano actual*, cit., p. 170).

⁵⁶ Nesse sentido, esclarece Savigny que, “*sin duda, la autoridad de la cosa juzgada se echa de ver principalmente en el desgraciado caso de una sentencia errónea, caso cuya posibilidad no debe ser admitida sino como un mal inevitable, respecto al cual nada se ha establecido; pero es también eficaz y saludable en el caso de una sentencia bien dictada, a cuyo mantenimiento está destinada únicamente. Si se considera cuantas relaciones de derecho son inciertas y dudosas en sí mismas, cuantas veces vienen después a faltar las pruebas reales, de modo que un segundo juez puede juzgar mal un proceso bien juzgado por el primero, y que una decisión, cualquiera que sea, es para las partes preferible a una incertidumbre perpetua, si se considera todo esto, hay que reconocer la importancia de la autoridad de la cosa juzgada para las sentencias dictadas con justicia*” (SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del derecho romano actual*, cit., p. 171).

⁵⁷ Esclarece Chiovenda que “*a sentença é unicamente a afirmação ou a negação de uma vontade do Estado que garanta a alguém um bem da vida no caso concreto; e só a isto se pode estender a autoridade do julgado; com a sentença só se consegue a certeza da existência de tal vontade e, pois, a incontestabilidade do bem reconhecido ou negado*” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 372). Em outro escrito, afirmou o mesmo doutrinador que “*no hay, pues, una verdad ficticia o formal; una verdad quoad iuris effectum; los hechos quedan como son a todos los efectos, y lo mismo las normas de ley. [...] Tratemos de no ver en la sentencia más de aquello que es: un acto de voluntad del Estado, que se afirma conforme a la voluntad ya declarada en abstracto. Y puesto que estas manifestaciones singulares de voluntad actúan en el particular la función que la ley actúa en general, esto es, de repartir entre los sujetos jurídicos los bienes de la vida, nosotros veremos que la autoridad de la cosa juzgada consiste en esto solamente, en que ningún juez pueda acoger demandas dirigidas en cualquier modo a quitar o disminuir a otros un bien de la vida conseguido en virtud de un precedente acto de tutela jurídica respecto a la misma persona. Lo que el ordenamiento jurídico quiere, porque aplica a la actividad del Estado la ley del mínimo medio*” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Sobre la cosa juzgada*. Trad. Santiago Sentís Melendo. In: _____. *Ensayos de derecho procesal civil*. v. 3. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1949, p. 202-203).

No mesmo sentido é a crítica de Calamandrei, afirmando não ser correto dizer que a passagem em julgado transforme o juízo de verossimilhança em juízo de verdade. O efeito da coisa julgada, diz o autor, recai sobre as relações jurídicas e não sobre os fatos. Os fatos, mesmo depois da sentença, continuam sendo o que eram, de maneira que a coisa julgada não cria nem uma presunção, nem uma ficção de verdade. A coisa julgada somente

Para Chiovenda, a coisa julgada consiste na indiscutibilidade da existência dessa vontade concreta da lei afirmada na sentença, reconhecendo-lhe, portanto, caráter eminentemente eficaz. Assim, a coisa julgada representa “*a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda*”, a qual, em razão da exigência de ordem e segurança da vida social, protege a situação das partes fixada pelo juiz com respeito ao bem da vida (res) discutido no processo contra futuras contestações.⁵⁸

No mesmo sentido é a posição de James Goldschmidt, para quem a coisa julgada é o efeito sentencial típico, ou seja, aquele efeito que se produz sobre a questão litigiosa decidida no caso de se querer rediscuti-la em um segundo processo.⁵⁹

A tese doutrinária da coisa julgada como eficácia da sentença ganhou prestígio no Brasil, estando, inclusive, consagrada em nossa legislação, como se observa da redação do artigo 467 do Código de Processo Civil.⁶⁰ Dentre os doutrinadores brasileiros que adotam esse entendimento, destaca-se Pontes de Miranda, que afirma que a coisa julgada material é efeito da sentença, consistente na impossibilidade de modificação de seus efeitos, e não na imutabilidade do próprio ato processual (a *vera sententia*).⁶¹ O autor realça, ainda, que o elemento declaratório contido na decisão é condição imprescindível para a verificação da coisa julgada material.⁶²

Celso Neves adota posicionamento semelhante, asseverando que “*a coisa julgada é*

cria a irrevogabilidade jurídica, sem preocupar-se em distinguir se as premissas psicológicas adotadas na decisão são premissas de verdade ou somente de verossimilhança (CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. v. 3. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973, p. 321).

⁵⁸ E assim completa Chiovenda: “*o autor que venceu não pode mais ver-se perturbado no gozo daquele bem; o autor que perdeu não lhe pode mais reclamar, ulteriormente o gozo. A eficácia ou a autoridade da coisa julgada é, portanto, por definição, destinada a agir no futuro, com relação aos futuros processos*” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 374).

⁵⁹ “*El efecto típico de la sentencia (porque se da en todas las que de un modo no condicionado finalizan un proceso) es su fuerza material de cosa juzgada, es decir, el que produce sobre la cuestión litigiosa que ha resuelto, en el caso de que se plantee sobre ella un segundo proceso. No debe confundirse con la fuerza formal de cosa juzgada, es decir, con su impugnabilidad. [...] La significación de la fuerza material de cosa juzgada reside en sus efectos de constatación, de tal modo que el juez está ligado, en todo proceso futuro que se promueva, a la decisión contenida en la sentencia*” (GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Buenos Aires: Labor, 1936, p. 386-387).

⁶⁰ Artigo 467, CPC: “*Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário*”.

⁶¹ O conceito adotado por Pontes de Miranda é extraído da diferenciação que o autor apresenta entre coisa julgada formal e material: “*A coisa julgada material já é efeito. Não se diga que a coisa julgada material consiste na imutabilidade do ato processual; o ato processual é imutável, porque houve a coisa julgada, a vera sententia. Produz efeitos entre as partes e nos limites do que se decidiu. A imutabilidade que caracteriza a coisa julgada material é efeito atribuído à coisa julgada. A imutabilidade da sentença como ato de prestação da tutela jurídica que o Estado prometera e cumpriu é a coisa julgada, dita por isso formal. A coisa julgada material é a eficácia da coisa julgada consistente em não se poderem mudar os seus efeitos*” (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V, cit., p. 138).

⁶² Como afirmou o autor, “[...] *a função declaratória da sentença, ou prepondere (ações declarativas), ou seja apenas relevante (ações condenatórias, mandamentais, ou outras), é condição sine qua non da coisa julgada material*” (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V, cit., p. 127).

o efeito da sentença definitiva sobre o mérito da causa".⁶³ Afirma, ainda, que o Estado, enquanto dono do monopólio da jurisdição, presta-a uma única vez em cada caso, tornando imutável o conteúdo declaratório da sentença.⁶⁴ Dessa forma, a determinação do conteúdo constitui matéria que pertence ao plano dos limites objetivos da coisa julgada, restritos ao que foi pedido na demanda e constitui objeto de julgamento.⁶⁵

Criticando veementemente a tese da eficácia sentencial, e, assim, inaugurando nova corrente a respeito da natureza da coisa julgada, Enrico Tullio Liebman inovou ao conceituá-la como uma *qualidade* dos efeitos da sentença. Segundo o autor, a autoridade da coisa julgada não representa propriamente um efeito da sentença, mas sim um modo de os efeitos desta se manifestarem ou produzirem. Trata-se, portanto, de algo que se junta aos efeitos para qualificá-los e reforçá-los em um sentido determinado.⁶⁶

Em verdade, ainda antes de passar em julgado, a sentença irradia efeitos. Deve-se reconhecer, logicamente, que os efeitos que uma sentença pode produzir, sejam eles declaratórios ou constitutivos, representam coisa distinta da maior ou menor possibilidade de que tais efeitos, uma vez produzidos, possam ser contestados, infirmados ou revogados. "*A incontestabilidade é um caráter logicamente não necessário, que pode conferir-se ao próprio efeito sem lhe modificar a sua própria natureza íntima*".⁶⁷

Pensar diversamente, segundo Liebman, seria o mesmo que sustentar que a coisa julgada fosse caráter essencial e necessário da atividade jurisdicional e, assim, impossível imaginar o efeito da sentença independentemente da coisa julgada.⁶⁸

Impossível, portanto, na opinião do autor, confundir-se a eficácia jurídica da sentença e a autoridade da coisa julgada, razão pela qual Liebman acolhe, nesse ponto, a doutrina de Carnelutti,⁶⁹ que distingue entre imperatividade e imutabilidade da sentença, porquanto esta,

⁶³ NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 238.

⁶⁴ NEVES, Celso. Coisa julgada no direito tributário. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 29, 1974, p. 240.

⁶⁵ NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*, cit., p. 494.

⁶⁶ Segundo Liebman, caem todas as demais definições no erro de substituir uma qualidade dos efeitos da sentença por um efeito seu autônomo. Por essa razão, Liebman demonstra o equívoco de Hellwig, que define a coisa julgada como o efeito específico da sentença que já não seja recorrível e mais precisamente como a eficácia declaratória da sentença. Vê-se, daí, na opinião de Liebman, a confusão entre o efeito normal da sentença e a definitividade e incontestabilidade desse efeito (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 41).

⁶⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 38.

⁶⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 39.

⁶⁹ A eficácia da coisa julgada, a que alude Carnelutti, traduz-se em dois efeitos fundamentais: a imperatividade e a imutabilidade. A imperatividade manifesta-se em relação às partes perante as quais a sentença foi prolatada, assumindo a decisão, para elas, força de lei, de modo que os litigantes não podem mais discutir a lide

ainda antes de passar em julgado, é imperativa e produz todos os seus efeitos.⁷⁰

Nesse sentido, Liebman critica Chiovenda, visto que a fórmula por ele adotada limita a coisa julgada à declaração contida na sentença, identificando-a, portanto, não só com a indiscutibilidade, mas também com a obrigatoriedade da declaração, ao passo que, na opinião de Liebman, a obrigatoriedade estende-se à toda decisão, o que constitui propriamente o efeito da sentença, que se produz independentemente da sua indiscutibilidade.⁷¹

Liebman, contudo, afasta-se também de Carnelutti quanto ao conceito de coisa julgada, porquanto este autor associa a eficácia da sentença à sua imperatividade, que é propriamente a autoridade da coisa julgada (substancial), enquanto a imutabilidade consiste na preclusão dos recursos (coisa julgada formal).⁷² Portanto, também Carnelutti identifica a coisa julgada com a eficácia da sentença, o que, segundo Liebman, é ainda menos justificado na sua teoria, pelo fato de que sustenta, corretamente, que a sentença é eficaz ainda antes de ser imutável e mesmo estando sujeita a recurso. Contudo, levado pela lógica das premissas, Carnelutti conclui que a autoridade da coisa julgada subsistiria sem a passagem em julgado da sentença, resultado que Liebman considera paradoxal.⁷³

Para Liebman, a eficácia da sentença deve, lógica e praticamente, distinguir-se da sua imutabilidade. Por eficácia deve-se entender um comando, quer tenha o fim de declarar, constituir, modificar ou determinar uma relação jurídica. “*A sentença vale como comando*”. Tal comando, ainda que eficaz, não só é suscetível de reforma em razão da pluralidade das

solucionada. Essa eficácia opera-se fora do processo em que a sentença foi dada, afetando a própria situação jurídica substancial das partes. A imutabilidade, por sua vez, incide em relação ao processo, e, principalmente, quanto aos poderes do juiz, porquanto extingue o poder deste de pronunciar-se outra vez, assim como o direito da parte de provocar novo julgamento a respeito da mesma relação (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 278).

⁷⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 40.

⁷¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 47.

⁷² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 414-415.

⁷³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 49. Barbosa Moreira também ressalta a contradição da doutrina de Carnelutti, afirmando que, na concepção exposta pelo jurista italiano, de um lado, a coisa julgada formal amplia-se conceitualmente para abranger a impossibilidade de modificação da decisão não apenas no âmbito do mesmo processo, mas também para processos futuros, e, de outra parte, invertem-se os termos em que tradicionalmente se visualizava a relação entre a coisa julgada material e formal, para ter-se aquela como antecedente desta, uma vez que, para Carnelutti, a sentença seria imperativa desde a sua prolação, antes mesmo de preclusas as vias recursais, ou seja, antes de tornar-se imutável (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ainda e sempre a coisa julgada*, cit., p. 11). Como bem acentua Liebman, a verdade é que a noção de autoridade de coisa julgada simplesmente desaparece nessa teoria, já que “*ela não pode consistir realmente na imperatividade da sentença, que é sua eficácia natural e constante, independente da sua definitividade e própria da decisão judicial, na sua qualidade de ato ditado pela autoridade do Estado, se bem que sujeito a ser reformado, ou mudado e contraditado por outro ato da mesma autoridade*” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 49).

instâncias e dos sistemas de recursos, mas também está sujeito a ser contraditado por outro comando, pronunciado também por um órgão de Estado. Isso porque a simples eficácia de uma sentença não pode ter o condão de impedir um segundo julgador de reexaminar o caso decidido e de julgá-lo de modo diverso.⁷⁴

Para o autor, então, a coisa julgada material seria uma qualidade especial que se junta aos efeitos,⁷⁵ a partir de um dado momento, com o fim de torná-los indiscutíveis num futuro processo,⁷⁶ pois “*somente uma razão de utilidade política e social*” seria capaz de evitar as futuras discussões sobre aquilo que o juiz já tivesse decidido no primeiro processo, de maneira que o comando jurídico expresso na sentença se torne imutável.⁷⁷

Desse modo, para Liebman, a eficácia natural da sentença, com a aquisição dessa ulterior qualidade, torna-se intensificada e potencializada, afirmando-se como única e imutável formulação da vontade do Estado de regular concretamente o caso decidido.⁷⁸

Liebman separa-se, portanto, da doutrina então dominante, ao afirmar que a coisa julgada não é um efeito da sentença e sim uma qualidade que se une aos efeitos para torná-los imutáveis. Ficariam, portanto, imutáveis o conteúdo e os efeitos da sentença.⁷⁹

⁷⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 51.

⁷⁵ “*La cosa giudicata non è più un effetto della sentenza, ma una qualità, un attributo della sentenza e dei suoi effetti, appunto l’immutabilità dell’una e degli altri*”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Effetti della sentenza e cosa giudicata*. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 34, n. 1, gen./mar. 1979, p. 5).

⁷⁶ Evita-se, assim, uma segunda sentença eventualmente contraditória. A tal propósito serve a coisa julgada, “*pela qual dispõe a lei que o efeito produzido por uma sentença permaneça irrevogavelmente adquirido. Mas isso não é – o que se deve pôr bem claro desde já – um efeito diverso e distinto, porém tão-só uma qualidade do próprio efeito*” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 42)

⁷⁷ Conclui o autor que “*nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando: é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato*” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 51).

⁷⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 51.

⁷⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 39. Pontes de Miranda critica a doutrina de Liebman. Afirma o autor que vem de longe a confusão entre a *res iudicata* e seus efeitos. Esclarece, então, que “*feito da coisa julgada, entre outros, é o de não mais, noutra processo, se discutir e julgar o que se discutira e julgara (coisa julgada material, que aí é efeito da res iudicata). É preciso que nunca se confundam existência, validade e eficácia. A sentença que põe fim ao processo é coisa julgada. O fazer ‘direito entre as partes’ não é o segundo efeito da sentença; é o primeiro. Se houve julgamento final, houve coisa julgada, fato, e não efeito. Antes do trânsito em julgado a sentença não é verdadeiramente sentença (note-se bem: ‘não é’)*” (p. 134-135). Prossegue afirmando que “*coisa julgada (formal) não é efeito: é sentença, é vera sententia. Pôs-se fim ao processo, à relação jurídica processual, o Estado prestou o que prometeu; e, se não prestou tudo, o mal proveio do petitum. Quem quer que diga que a coisa julgada (formal) é efeito, erra palmarmente*” (p. 140).

Contudo, Pontes de Miranda também critica a doutrina da coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença ou da autoridade da sentença, afirmando que “*o que define a coisa julgada é a sua definitividade, o que faz vera sententia a decisão que podia ser reformada em recurso, ou que não era recorrível. A confusão, por*

De ressaltar que a teoria de Liebman foi, por muito tempo, prestigiada no âmbito do Direito brasileiro, chegando até mesmo a ser objeto de proposta legislativa (art. 507 do Anteprojeto de Código de Processo Civil de Alfredo Buzaid), embora não tenha persistido.⁸⁰

Contudo, como alertam Ovídio Baptista da Silva e Barbosa Moreira, a afirmação de Liebman não está de todo correta, já que os efeitos que a sentença produz são passíveis de modificação pela vontade das partes.⁸¹

Nada obstante a crítica à doutrina de Liebman, na esteira da quinta corrente doutrinária acerca da natureza da coisa julgada, também controvertem Ovídio Baptista da Silva e Barbosa Moreira. Enquanto este afirma que a coisa julgada abrange todo o conteúdo da sentença, para aquele apenas o efeito declaratório é envolvido pela coisa julgada.

Com efeito, Barbosa Moreira afasta as noções de eficácia e imperatividade para a conceituação de coisa julgada, identificando-a não com os efeitos da sentença, mas com o seu conteúdo.⁸² Segundo o autor, se alguma coisa escapa ao selo da imutabilidade, são justamente os efeitos da sentença.⁸³

exemplo, de Enrico Tullio Liebman, entre existência e eficácia. A sentença trântita em julgada é vera sententia, existe, é. Quais os seus efeitos já é outro problema” (p. 140). (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V, cit., p. 134-140).

⁸⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada, cit., p. 10.

⁸¹ Ovídio Baptista da Silva exemplifica tal situação indicando a possibilidade de locador e locatário, após o trânsito em julgado de sentença que houver acolhido a ação renovatória de locação e fixado determinado aluguel, modificar sua relação e passar a praticar um preço diferente. Se o fizerem, a cobrança do novo aluguel judicialmente certamente que não ensejará ofensa à coisa julgada. Por outro lado, seria impossível, por vulnerar a coisa julgada, qualquer tentativa no sentido de que se declare que o locatário não tinha direito à renovação do contrato de locação (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, cit., p. 467). Barbosa Moreira, por sua vez, dá o exemplo de os cônjuges restabelecerem a sociedade conjugal desfeita pela sentença proferida em ação de separação judicial litigiosa ou de os confinantes de terrenos alterarem a linha divisória entre os prédios judicialmente demarcados (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada, cit., p. 12).

O próprio Liebman, contudo, alerta que tal imutabilidade não se deve entender categoricamente. Como afirma o autor, *“não se quer dizer com isso, naturalmente, que a lei não possa de modo expresse modificar o direito também para as relações já decididas com sentença passada em julgado; pode a lei certamente fazer também isso, mas uma disposição sua em tal sentido teria a significação de uma ab-rogação implícita na medida correspondente – da norma que sancionou o princípio da autoridade da coisa julgada. Isto é, uma lei nova pode excepcionalmente e com norma expressa ter, não só eficácia retroativa, mas também aplicação às relações já decididas nas sentenças passadas em julgado; isso, porém, não significaria um grau maior de retroatividade, e sim, antes, uma abolição parcial da autoridade da coisa julgada acerca das mesmas sentenças, cujo comando, perdendo o atributo da imutabilidade, cairia em face das novas regras dispostas pela lei para as relações já decididas”* (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 52).

⁸² Barbosa Moreira procurou demonstrar que os efeitos produzidos pela sentença não se confundem com o seu conteúdo. Afirma o autor, então, que o efeito é algo que está necessariamente fora daquilo que o produz. Padece de contradição, na sua opinião, a ideia de um efeito “incluso” no ato jurídico, pois o que nele está incluso são apenas os elementos de seu conteúdo (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e efeitos da sentença. Variações sobre o tema. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 35, nov. 1985, p. 204-208).

⁸³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada, cit., p. 12. Daí a crítica que dirige a Liebman, dizendo que o jurista italiano prestou serviço inestimável à ciência processual, mas deteve-se a meio do caminho, pois manteve a coisa julgada conceitualmente presa à rede dos efeitos da sentença, como algo que a

O autor procura demonstrar, também, que não é privativa do elemento declaratório da sentença a aptidão para alcançar a autoridade da coisa julgada, pois o instituto é de natureza essencialmente prática, cujo escopo é proteger o resultado final do processo. A indiscutibilidade, então, é vista como *plus* que a lei imprime não apenas à declaração, mas a todo o conteúdo decisório da sentença.⁸⁴ Os efeitos da sentença não se tornam imutáveis com o trânsito em julgado. O que se torna imutável é o próprio conteúdo da sentença, como norma jurídica concreta referida à situação sobre a qual se exercer a atividade cognitiva.⁸⁵

Assim, para o autor, por sentença imutável deve ser entendida aquela cujo *conteúdo* não comporta modificação. No entanto, esclarece que essa imutabilidade do conteúdo da sentença não importa imutabilidade da situação jurídica concreta sobre a qual versou o pronunciamento judicial.⁸⁶

Considera Barbosa Moreira a coisa julgada, pois, como uma situação jurídica nova em que ingressa a sentença após seu trânsito em julgado, adquirindo uma autoridade que se traduz na resistência a ulteriores tentativas de modificação do seu conteúdo. Portanto, a expressão *auctoritas rei iudicatae*, e não *res iudicata*, é a que corresponde ao conceito de imutabilidade.⁸⁷

Em contrapartida, Ovídio Baptista da Silva sustenta que a coisa julgada é uma qualidade que se junta ao efeito declaratório da sentença (e não, como sustentava Liebman, ao seu conteúdo e a todos os seus efeitos), tornando-o indiscutível nos futuros julgamentos.⁸⁸

A coisa julgada, nessa linha de entendimento, não torna imutáveis os efeitos da sentença (sejam eles incluídos no próprio ato sentencial, sejam efeitos diferidos), mas apenas a declaração que o magistrado faz na decisão de que tal ou qual preceito de lei incidiu, transformando-se na “lei do caso concreto”.⁸⁹

eles adere para torná-los imutáveis (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Coisa julgada e declaração. In: _____. *Temas de direito processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 89).

⁸⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Coisa julgada e declaração, cit., p. 83-84.

⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Coisa julgada e declaração, cit., p. 89.

⁸⁶ Barbosa Moreira dá o exemplo de uma sentença que declara a existência de uma relação de crédito, que não impede que o devedor, antes ou depois do trânsito em julgado, pague a dívida, ou o devedor a remita, extinguindo-se, assim, a relação creditícia (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada, cit., p. 14-15).

⁸⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada, cit., p. 17.

⁸⁸ Importante lembrar que Baptista da Silva reconhece a possibilidade de a sentença produzir mais de uma eficácia (até cinco eficácias, em verdade), mas todas as sentenças, inclusive as proferidas nos procedimentos de jurisdição voluntária, contêm eficácia declaratória, daí sua conclusão a respeito da coisa julgada material (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, cit., p. 468-469).

⁸⁹ Assim, como aduz Ovídio Baptista da Silva, na ação de separação judicial, o que transita em julgado, isto é, o que se torna imutável, não é a modificação nem a criação do estado de separados, mas sim a declaração de que o autor da ação tinha direito de obter a separação, pois uma norma legal lhe reconhecia tal direito (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, cit., p. 470).

Por fim, merece destaque outra concepção acerca da natureza da coisa julgada, exposta por Daniel Mitidiero, que parte do pressuposto de que a eficácia da sentença decompõe-se em força (elemento interno)⁹⁰ e efeito (elemento externo), seguindo a doutrina de Pontes de Miranda, que preconizava que a eficácia representa a energia da sentença.⁹¹

Assim, considerando-se que o efeito é posterior à implantação da força e, por conseguinte, dependente dela, é possível haver força sem efeito, ou com a mutilação do efeito por ato da parte, embora seja impossível haver efeito sem força.⁹²

Dessa forma, considerando que os efeitos sentenciais não são, em regra, imutáveis, na esteira do que já havia preconizado Ovídio Baptista, defende Mitidiero que a autoridade da coisa julgada (indiscutibilidade, ou seja, imunidade a contestações juridicamente relevantes), constitui qualidade da força da sentença, que lhe confere estabilidade, porquanto a força é ato impositivo do Estado e contra ela não podem se rebelar as partes.⁹³

Assim, conclui o autor que a coisa julgada é “*qualidade da declaração insita à decisão judicial e não a efeito ou efeitos externos à mesma*”, pois incrustada na sentença de mérito e com vistas a blindá-la, em seu aspecto declaratório, contra todas as contestações, que se tornam juridicamente irrelevantes.⁹⁴ Tal é o conceito que adotamos no presente estudo, em razão de, no nosso entendimento, ter conseguido superar as fragilidades das teorias anteriores, ao bem identificar os elementos constitutivos da coisa julgada.

1.1.4 Teorias Processuais e Materiais sobre a Coisa Julgada

Segundo a teoria processual da coisa julgada, sua eficácia declaratória teria efeito apenas para os processos futuros, não modificando nem criando qualquer vínculo de direito material. O juiz do segundo processo é que ficaria vinculado ao julgamento do primeiro, em razão da incidência de um preceito de direito processual e não porque o direito tivesse

⁹⁰ Nesse ponto, esclarece o processualista que a expressão “força” é utilizada no mesmo sentido do que Ovídio Baptista denomina “eficácia” e Barbosa Moreira denomina “conteúdo” (MITIDIERO, Daniel. *Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva*, cit., p. 198).

⁹¹ “A eficácia compreende, portanto, a força (e.g., a eficácia consistente na força de coisa julgada material da sentença declarativa) e o efeito (e.g., a eficácia consistente no efeito de execução da sentença condenatória, efeito que as sentenças só declarativas não têm). No código, a palavra ‘efeitos’ abrange os dois conceitos” (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V, cit., p. 122).

⁹² MITIDIERO, Daniel. *Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva*, cit., p. 185.

⁹³ MITIDIERO, Daniel. *Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva*, cit., p. 198.

⁹⁴ MITIDIERO, Daniel. *Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva*, cit., p. 201.

passado a existir em razão da sentença.⁹⁵

Já para os defensores da teoria substancial ou material, a coisa julgada é fator constitutivo de um novo vínculo de direito material, de modo que recusam a fórmula segundo a qual “a sentença declara, não cria direito”, pois tal assertiva não explica o fenômeno da sentença injusta.⁹⁶ Nessa esteira de pensamento, toda sentença, seja confirmadora de um direito pré-existente ou manifestação contra o direito, isto é, injusta, enseja uma nova relação jurídica de direito material.⁹⁷

Os adeptos da teoria materialística, portanto, consideram a coisa julgada um novo fundamento da existência ou inexistência da relação jurídica deduzida em juízo, capaz de constituí-la ou extingui-la.⁹⁸

Liebman discorda do entendimento de que a coisa julgada se resume apenas a um vínculo a ser observado pelos juízes em processos futuros (teoria processual), afirmando que ela deve operar sempre que seja necessário saber como uma dada relação é regulada pela lei no caso concreto.⁹⁹ Contudo, também rechaça a teoria materialística, uma vez que, na sua opinião, é claramente contraditada pela concepção moderna da função do processo (calcada em Chiovenda), segundo a qual o processo somente declara e atua as relações jurídicas substanciais das partes, sendo que eventual modificação decorrente de erro judicial não pode servir para definir a essência de um instituto jurídico. Conclui-se, então, que a sentença não possui a presumida eficácia jurídico-material na qual residiria a coisa julgada, segundo a teoria substancial.¹⁰⁰

Em suma, para Liebman, o problema de saber se a declaração contida numa sentença apresenta eficácia modificativa, e não meramente declarativa das relações jurídicas substanciais, não diz respeito à coisa julgada, mas sim à questão muito mais geral, consistente

⁹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, cit., p. 472-473.

⁹⁶ ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 13.

⁹⁷ Nesse sentido, é a doutrina de Allorio: “*qui, veramente, la sentenza (ingiusta) ha efficacia costitutiva: ma tale efficacia costitutiva non è la cosa giudicata, la quale ultima è, invece, da identificarsi con l’efficacia regolatrice di rapporti spettante a tutte le sentenze. In altri termini: l’efficacia costitutiva della decisione ingiusta non è cosa giudicata in quanto costitutiva. Sarebbe cosa giudicata anche se, invece, confermativa della regola precedente*” (ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 15).

⁹⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 43.

⁹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 42.

¹⁰⁰ Como aduz Liebman, “*o processo não produz e não cria o direito, não constitui e não modifica as relações jurídicas substanciais das partes, mas somente as declara e as atua; e a eventual modificação que se produz, em caso de erro do juiz, sobre a situação preexistente, não a quer nem a considera como tal o direito, nem pode servir para definir a essência de um instituto jurídico; visto que, ainda nessa infeliz hipótese, juridicamente é vontade da lei o que o juiz afirma ser a vontade da lei, pois que, em outros termos, ‘preexiste ao processo a vontade da lei de ser interpretada e aplicada pelo juiz’*” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 44).

na posição e destinação do processo perante o ordenamento jurídico, a partir do que será fácil determinar os efeitos da sentença, sobre os quais operará a coisa julgada. Esta, por si só, não seria nem processual, nem material.¹⁰¹

Pontes de Miranda, por outro lado, afirma que a força da coisa julgada material só opera processualmente, esclarecendo ser óbvio que os efeitos das sentenças produzem-se na vida. Contudo, é em outros processos que a força e os efeitos se tornam mais sensíveis.¹⁰² Assevera, ainda, que, “quando os juristas procuram ver a coisa julgada na esfera do direito material, confundem a coisa julgada e alguns efeitos da coisa julgada”.¹⁰³

A divergência parece residir na própria concepção do que seja a coisa julgada. O que opera fora do processo são os efeitos da sentença, inclusive o declaratório, mas a coisa julgada, enquanto tal, apenas se manifesta num segundo processo.¹⁰⁴

1.1.5 Efeito Positivo e Efeito Negativo da Coisa Julgada

Importa analisar também a classificação comumente feita pela doutrina acerca dos efeitos da coisa julgada, dividindo-os em negativo e positivo.¹⁰⁵

Na eventualidade de qualquer das partes pretender valer-se de outro processo para discutir novamente aquilo que já fora declarado pela primeira sentença, o outro litigante poderá, acaso antes já não o tenha feito o próprio juiz, arguir a *exceptio rei iudicatae*, cujo propósito é impedir o novo julgamento sobre aquilo que já fora decidido e encontra-se coberto pela coisa julgada. Essa virtude impeditiva de um novo julgamento, em sentido contrário ou mesmo idêntico ao primeiro, denomina-se efeito negativo da coisa julgada.¹⁰⁶

Pode ocorrer, também, de o litigante perante o qual foi formada a coisa julgada pretender valer-se da decisão para fundamentar uma nova pretensão. Nesse caso, ocorre o que se chama de efeito positivo da coisa julgada. Enquanto o efeito negativo corresponde à

¹⁰¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 44-45.

¹⁰² Assim aduz o autor: “Forremo-nos, porém, de crer que as forças e efeitos das sentenças só se produzem noutro processo. Produzem-se na vida, pela respeitabilidade da eficácia da sentença. Naturalmente, por ocasião de outro processo é que se torna mais sensível a força ou o efeito” (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V, cit., p. 82 e 126).

¹⁰³ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V, cit., p. 142.

¹⁰⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, cit., p. 473.

¹⁰⁵ A essa classificação Daniel Mitidiero acrescenta o efeito preclusivo, também conhecido por efeito de extensão ou de exclusão, ou, ainda, por julgamento implícito, estabelecendo, portanto, uma tripartição dos efeitos da coisa julgada (MITIDIERO, Daniel. *Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva*, cit., p. 205).

¹⁰⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, cit., p. 470.

consumação da ação, traduzida no princípio do *ne bis in idem*, impedindo novo julgamento da matéria, o efeito positivo da coisa julgada vincula o juiz do segundo processo, de modo que a declaração da primeira sentença deverá ser levada em consideração no julgamento da nova ação, conformando-se a ela.¹⁰⁷

Assim, o efeito negativo da coisa julgada opera sempre como defesa, que impede o novo julgamento daquilo que já fora decidido (*exceptio rei iudicatae*). O efeito positivo, por sua vez, corresponde à utilização do conteúdo da coisa julgada como fundamento de uma segunda demanda.¹⁰⁸

1.1.6 Limites Objetivos da Coisa Julgada

A proteção à coisa julgada, relativamente às questões nela abrangidas, é efetivada tanto pela teoria dos limites objetivos da coisa julgada quanto pela teoria da eficácia preclusiva da coisa julgada,¹⁰⁹ de maneira que cada uma das matérias deve ser examinada individualmente. Iniciamos, pois, pelos limites objetivos da coisa julgada.

Estabelecido o conceito de coisa julgada como sendo a qualidade da declaração ínsita à decisão judicial, e não a efeito ou efeitos externos à mesma, que se torna indiscutível e, portanto, imodificável, a proposição limites objetivos da coisa julgada corresponde ao alcance que a declaração contida na sentença pode efetivamente possuir, isto é, sobre que pontos ou questões litigiosas opera-se o trânsito em julgado.

Inicialmente, analisando-se as disposições pertinentes do nosso Código de Processo Civil, constata-se a necessidade de definição do conceito de “lide”, para que se apreenda corretamente a abrangência da imutabilidade da coisa julgada. A esse respeito, observa-se que nossa legislação refere-se a dois conceitos essencialmente antagônicos, quais sejam, o de Carnelutti (extraído do teor do artigo 468 do CPC¹¹⁰) e o de Liebman (conforme se denota da

¹⁰⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, cit., p. 470.

¹⁰⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, cit., p. 471-472. Já Pugliese não considera os efeitos negativo e positivo como elementos diversos, mas, ao contrário, trata-os como desdobramentos de um único efeito, qual seja, o de imutabilidade do conteúdo da sentença: “*appare in sostanza sostenibile che gli effetti del giudicato varino, a seconda delle caratteristiche dei singoli casi, da un contenuto decisamente negativo ad uno apertamente positivo. Ma non si tratta di due o più effetti, i quali si contrappongano l’uno all’altro come entità diverse, bensì di semplici manifestazioni o estrinsecazioni di un unico effetto, che si compendia nell’attribuzione alla sentenza di un valore vincolante tale da assicurare che l’accertamento in essa contenuto faccia stato*” (PUGLIESE, Giovanni. *Verbete: giudicato civile*, cit., p. 822).

¹⁰⁹ MITIDIERO, Daniel. Abrangência da coisa julgada no plano objetivo – segurança jurídica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 184, jun. 2010, p. 320.

¹¹⁰ Artigo 468, CPC: “*A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e*

redação do artigo 128 do CPC¹¹¹).¹¹²

Para Carnelutti, a lide possui contornos pré-processuais, de modo que sua configuração no processo pode se dar de forma total ou parcial (daí a possibilidade, prevista no texto legal brasileiro, de decisão parcial da lide na sentença). Já Liebman entende que a lide possui caráter processual, pois está esboçada no pedido formulado pela parte, correspondendo ao “*conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios, sobre o qual o juiz é convidado a decidir*”. Dessa forma, não seria concebível que a sentença julgasse somente de forma parcial a lide, visto que sua dimensão não ultrapassa a própria extensão do processo.¹¹³

Adotando-se o conceito de lide exposto por Liebman, porquanto mais adequado aos padrões do nosso Código de Processo Civil, entende-se que a lide será sempre definida de forma integral no processo e, portanto, toda decisão, isenta de vícios, será sempre uma decisão total da lide. Conclui-se, dessa forma, que a expressão “decisão parcial da lide” contida no texto do artigo 468 do CPC deve ser desconsiderada.¹¹⁴

Assim, para identificar o objeto do processo, e, por conseguinte, da coisa julgada, é preciso considerar que a sentença representa a resposta do juiz aos pedidos das partes e que, por isso, tem ela os mesmos limites desses pedidos, que constituem, portanto, o mais seguro critério para estabelecer os limites da coisa julgada.¹¹⁵

Portanto, estabelecendo que o pronunciamento judicial não extravasa os limites da lide (artigo 468),¹¹⁶ cuja configuração encontra-se na resposta ao pedido formulado pelo autor (artigo 128), o Código vigente adotou a doutrina restritiva, pela qual a autoridade da coisa julgada limita-se ao dispositivo da sentença, não abrangendo as questões prejudiciais e tampouco os motivos nos quais se baseou a decisão (artigo 469¹¹⁷).¹¹⁸

das questões decididas.”

¹¹¹ Artigo 128, CPC: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.”

¹¹² MITIDIERO, Daniel. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva, cit., p. 208.

¹¹³ MITIDIERO, Daniel. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva, cit., p. 208.

¹¹⁴ MITIDIERO, Daniel. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva, cit., p. 209.

¹¹⁵ Deve-se ressaltar, obviamente, a hipótese excepcional de decisão *extra petita* (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 62-63).

¹¹⁶ Como afirma Barbosa Moreira, apenas a lide é julgada e, como a lide se submete à apreciação do órgão judicial por meio do pedido, segue-se que a área sujeita à autoridade da coisa julgada não pode jamais exceder os contornos do *petitum*. Salienta o autor, ainda, que, quanto ao réu, caso se limite a contestar, não formulará pedido em sentido técnico, não ampliando o *thema decidendum*, coisa que somente fará em caso de apresentação de reconvenção (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. In: _____. *Temas de direito processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 91).

¹¹⁷ Artigo 469, CPC: “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.”

¹¹⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 244.

Assim, pode-se dizer que somente o *decisum* adquire a condição de coisa julgada, jamais os motivos e fundamentos da sentença, os quais, na condição de elementos lógicos necessários para que o julgador alcance o *decisum*, devem tornar-se indiferentes ao alcance da coisa julgada, nada obstante serem úteis ao esclarecimento do sentido do julgado.¹¹⁹ Assim, diz-se que somente o comando pronunciado pelo órgão judicial se torna imutável, e não a atividade lógica por ele exercida para preparar e justificar a decisão.¹²⁰

Deve-se ter presente, contudo, que a exclusão dos motivos da sentença do âmbito de abrangência da coisa julgada não significa que somente passa em julgado o que consta no dispositivo da decisão, pois, para que se determine o seu alcance, é necessário remontar aos motivos para identificar a ação com a *causa petendi*.¹²¹

Tem-se a *causa petendi*, pois, como outro elemento a determinar os limites objetivos da coisa julgada. Assim, pode-se afirmar que os motivos não transitam em julgado; a *causa petendi* sim, como parte integrante da demanda.

Portanto, o “dispositivo” ou “comando” da sentença de mérito produz a eficácia externa ou substancial, enquanto que a “motivação” ou “juízo” contido na sentença produz eficácia interna (enquanto relação entre motivação e dispositivo), ou seja, torna devido um determinado dispositivo e, dessa forma, protege-o contra comandos arbitrários.¹²²

Ovídio Baptista da Silva traz um exemplo elucidativo quanto à questão: numa ação de despejo, fundada em violação do contrato de locação, o juiz, entendendo pela procedência

¹¹⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, cit., p. 480.

¹²⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 52.

¹²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 410. Seria erro, como aponta Pontes de Miranda, “*crer-se que a coisa julgada só se induz das conclusões; as conclusões são o cerne, porém os fundamentos, os motivos podem ajudar a compreendê-la*”. Assim, como adverte o autor, “*a verdadeira doutrina, hoje, é a que permite esclarecer-se o decisum com a ajuda dos fundamentos; não, todavia, ‘dispõem’ esses por si (não seriam só motivos!), nem mudarem o decisum claro. Se o motivo dispõe, é decisum*” (p. 154). Em outro ponto, esclarece o jurista que “*os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance do que decide a sentença (‘parte dispositiva da sentença’), não fazem coisa julgada material. No processo não mais se podem discutir e julgar porque o processo se extinguiu. Fora do processo, o que pode ter eficácia de coisa julgada (material) é o enunciado sentencial. O que pode acontecer e por vezes acontece é que se têm de apreciar para saber qual o verdadeiro alcance da decisão ou das decisões. Porém, mesmo em tais circunstâncias, não fazem coisa julgada, nem têm eficácia de coisa julgada material (art. 469, I, verbis ‘ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença’). Está-se apenas no plano da interpretação dos enunciados da sentença, em pesquisa lógica. Fez bem o artigo 469, I, em repelir o que alguns juristas queriam conferir aos motivos*” (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V, cit., p. 178-179). Também Liebman afirma que “*é exato dizer que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença; a essa expressão, todavia, deve dar-se um sentido substancial e não formalístico, de modo que abranja não só a fase final da sentença, mas também qualquer outro ponto em que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes. Excluem-se, por isso, da coisa julgada os motivos, mas são eles mesmos um elemento indispensável para determinar com exatidão a significação e o alcance do dispositivo*” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 63).

¹²² FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*, cit., p. 465.

da demanda, afirmou na sentença ter ficado demonstrado que o inquilino realmente descumpriu o contrato, por não ter construído um tapume divisório, tal como havia se responsabilizado em cláusula contratual, e igualmente por ter danificado seriamente o bem, infringindo assim o disposto no artigo 569 do Código Civil. O locatário, em sua contestação, negou que referidas cláusulas tivessem validade, aduzindo a improcedência do pedido sob o fundamento de nulidade parcial da avença. O juiz, ao reconhecer a procedência do pedido e conceder o despejo por infração contratual, repeliu a alegação de nulidade das cláusulas cuja validade foi questionada pelo inquilino, considerando, portanto, válidas e eficazes as disposições nelas contidas.¹²³

Em tal caso, segundo o regime legal vigente no direito brasileiro, todas as declarações que o juiz fizer na sentença a respeito de fatos não se tornam indiscutíveis, de modo que os juízes de outros processos ficassem sujeitos a ter por verdadeiros os fatos considerados existentes pela primeira sentença. Da mesma forma, a questão prejudicial,¹²⁴ consistente na suposta nulidade do contrato, também não faz coisa julgada, podendo ser reapreciada em processo subsequente, no qual sua invalidade poderá ser reconhecida e decretada.

Assim, tanto os fatos tidos como existentes no primeiro processo como a questão prejudicial poderão ter tratamento diferente em processos futuros, desde que não haja ofensa ao resultado do primeiro processo.

Desse modo, por exemplo, o inquilino poderia fundamentar na nulidade do contrato eventual pedido de indenização. Contudo, com base na mesma tese, não poderá requerer que o juiz reconheça a inexistência de infração contratual e a restituição do imóvel do qual fora despejado, restabelecendo o contrato de locação rompido pela primeira sentença.¹²⁵

O bem da vida reclamado pelo autor (no caso, o reconhecimento da infração contratual e o despejo), portanto, é que não poderá vir, mais tarde, destruído por uma sentença contrária.¹²⁶

¹²³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, cit., p. 481.

¹²⁴ O juiz resolve a questão como etapa necessária do itinerário lógico que lhe cumpre percorrer para alcançar o pronunciamento final. As prejudiciais não constituem objeto de julgamento, em sentido técnico: “*são questões que o órgão judicial conhece* incidenter tantum – só de passagem, *por assim dizer*” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil, cit., p. 93).

¹²⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, cit., p. 482.

¹²⁶ Pode-se concluir, portanto, que “*o fato inexistente efetivamente não se torna existente porque o juiz o tenha posto como fundamento da sentença, nem o ocorrido de certo modo se transforma, quando o juiz dele se valha transformado, contrariamente ao que em verdade ele fora. Não tem o juiz, aquele poder que a doutrina medieval lhe atribuía, como virtude da sentença, segundo a qual a coisa julgada transformava o branco em negro e fazia do quadrado redondo* (res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia

Pode-se notar, pois, que em determinados casos o reexame dos fundamentos da decisão torna-se impossível, ao passo que em outras hipóteses isso é permitido. A solução de tal questão depende da elucidação do que seja fundamento e *causa petendi*. No exemplo dado por Baptista da Silva, nota-se que, na ação de despejo, pode-se indicar o *petitum* como sendo a decretação da extinção do contrato, por haver o inquilino deixado de cumprir com suas obrigações, e o conseqüente decreto de despejo. Já a *causa petendi* nada teria a ver com a eventual nulidade do contrato, mas sim, por exemplo, com o não-pagamento do aluguel. A validade do contrato, nesse caso, seria apenas uma questão prejudicial, sobre a qual o artigo 469, III, do Código de Processo Civil impede a formação da coisa julgada, salvo na hipótese de ação declaratória incidental,¹²⁷ cuja função é exatamente a de permitir que se decida com força de coisa julgada determinada questão logicamente subordinante daquela que constitui o fundamento do pedido.¹²⁸

Com efeito, o fundamento da ação declaratória incidental é justamente oferecer às partes a possibilidade de conseguir que tais questões sejam decididas com força de coisa julgada. Trata-se de um contrapeso, uma compensação, que a lei criou para o princípio segundo o qual os fundamentos da sentença não produzem *res iudicata*.¹²⁹

Cumprido esclarecer, ainda, o significado do termo “questões” contido na norma do artigo 468 do CPC, que estende a autoridade da coisa julgada às questões efetivamente decididas no processo. Na esteira do ensinamento de Barbosa Moreira, questões são pontos controvertidos acerca dos quais decide o órgão julgante, elucidando-os.¹³⁰ A importância dessa definição para o trato dos limites objetivos da coisa julgada está na necessidade de saber se determinado ponto duvidoso relaciona-se diretamente com o objeto litigioso trazido pelo autor,¹³¹ porquanto é vedado o alcance da coisa julgada a questões que não se encontrem

sanguinis vincula et falsum verum mutat)” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, cit., p. 484).

¹²⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, cit., p. 485.

¹²⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*, cit., p. 245. A consagração expressa da ação declaratória incidental no Código de Processo Civil tem relevância para a fixação, em sede dogmática, dos limites objetivos da coisa julgada. Nas palavras de Barbosa Moreira, tal previsão “*completa o sistema*”, deixando evidente a impossibilidade de extensão da *auctoritas rei iudicatae* à solução das questões prejudiciais (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil*, cit., p. 95).

¹²⁹ Em tais casos, ou alguma das partes pede a declaração (positiva ou negativa) da relação jurídica subordinante e, então, pode formar-se a coisa julgada, ou nenhuma das partes o faz e, nessa hipótese, ainda que o juiz manifeste-se expressamente sobre a questão na sentença, apenas o terá feito como razão ou motivo de decidir, não adquirindo tal procedimento a *auctoritas rei iudicatae* (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil*, cit., p. 95-96).

¹³⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro*. In: _____. *Temas de direito processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 97.

¹³¹ Por objeto litigioso do processo deve-se entender, na esteira da lição de Daniel Mitidiero, a ação de direito

resolvidas e que não possuam pertinência com o mérito examinado ou, ainda, que por si possam ensejar nova ação de direito material.¹³²

1.1.7 Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada

Para formular a norma concreta aplicável à situação litigiosa, o órgão judicial precisa enfrentar e resolver uma série de questões suscitadas pelas partes ou, quando possível, apreciadas de ofício, das quais pode depender o teor do julgamento. Pode ocorrer, contudo, que nem todas as questões pertinentes, capazes de influir na decisão, tenham sido exaustivamente consideradas, seja porque as partes deixaram de suscitá-las, seja porque o juiz omitiu-se no exame. Seria perfeitamente possível, nesse caso, que, depois de findo o processo, se viesse a pôr em dúvida o resultado atingido, mediante a invocação, por qualquer das partes, de determinada questão que, se tivesse sido conhecida pelo juiz, poderia ter conduzido a desfecho diferente.¹³³

Não restam dúvidas, contudo, que admitir a reabertura da discussão judicial somente porque alegue uma das partes ainda ter razões dignas de apreciação, frustraria em larga medida a finalidade prática do instituto da coisa julgada.¹³⁴

Daí a solução adotada pelo ordenamento de tornar a coisa julgada imune às dúvidas e contestações que possam surgir, mesmo que fundadas em questões que não tenham sido objeto de apreciação pelo órgão judicial.

Trata-se da eficácia preclusiva da coisa julgada, considerada pela doutrina uma das facetas do princípio da eventualidade, orientador do nosso sistema processual civil e contraponto do princípio da dispositividade fática.¹³⁵ Esclarece-se que a eventualidade se caracteriza pela exigência de apresentação de todos os meios de ataque e defesa de uma só vez pela parte (com a inicial ou a contestação), ainda que haja contradição entre eles.¹³⁶

material afirmada, adotando-se, para tanto, a teoria dualista da ação (que diferencia a ação material da “ação” processual”) (MITIDIERO, Daniel. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva, cit., p. 182).

¹³² MITIDIERO, Daniel. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva, cit., p. 210-211.

¹³³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, cit., p. 97-98.

¹³⁴ Com efeito, é praticamente impossível assegurar que tenha sido exaustiva, num processo qualquer, a consideração de todas as questões relevantes para a decisão da causa, podendo diversos fatores contribuir para tanto (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, cit., p. 99).

¹³⁵ MITIDIERO, Daniel. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva, cit., p. 217.

¹³⁶ Como afirma Celso Agrícola Barbi, esse princípio visa a “impedir que quaisquer meios de ataque ou de defesa, não apresentados com a inicial ou com a contestação, o possam ser em momento posterior; com aquelas

Sua consagração no nosso direito positivo consta da norma inserta no artigo 474 do Código de Processo Civil,¹³⁷ segundo a qual, após o trânsito em julgado da sentença, têm-se por decididas todas as alegações e defesas concernentes ao mérito da demanda que poderiam ter sido (embora não foram) debatidas no processo.

A esse respeito, Liebman afirma que a coisa julgada estende-se também a questões não debatidas nem decididas no processo, no sentido de que aquelas questões não poderiam ser utilizadas para negar ou contestar o resultado atingido na demanda.¹³⁸

Outra não é a conclusão de Chiovenda, para quem a coisa julgada se baseia na preclusão de todas as questões aptas a contrastar o bem deduzido em juízo, ou seja, não somente das questões propostas e decididas, mas também das questões que poderiam ter sido propostas e não o foram,¹³⁹ o que, na opinião do autor, é impropriamente denominado “julgado implícito”.¹⁴⁰

peças fica delimitada a controvérsia e os meios de que cada um pretende se utilizar para a vitória; nenhuma modificação é possível depois. O que acontece, portanto, é a preclusão da faculdade de apresentar novos meios de ataque ou defesa e outra fase [...]” (BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil, cit., p. 61).

¹³⁷ Artigo 474, CPC: “*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 a rejeição do pedido.*”

¹³⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 62. Como afirma Pontes de Miranda, “*se a sentença do mérito transitou em julgado, a decisão tem a eficácia de não mais se poder pensar em alegações que poderiam ter sido feitas e não o foram, ou que obscura ou erradamente foram feitas, em benefício da parte que foi omitente, ou errou no concebê-las ou dar-lhes a devida exposição. Não importa se a parte era interessada na rejeição ou no acolhimento do pedido (réu, ou autor; reconvinte ou reconvindo)*” (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V, cit., p. 211-212).

¹³⁹ Nas palavras do autor, tem-se que “*a coisa julgada contém, pois, em si, a preclusão de qualquer questão futura: o instituto da preclusão é a base prática da eficácia do julgado; vale dizer que a coisa julgada substancial (obrigatoriedade nos futuros processos) tem por pressuposto a coisa julgada formal (preclusão das impugnações). A relação, portanto, entre coisa julgada e preclusão de questões pode assim formular-se: a coisa julgada é um bem da vida reconhecido ou negado pelo juiz; a preclusão de questões é o expediente de que se serve o direito para garantir o vencedor no gozo do resultado do processo (ou seja, o gozo do bem reconhecido ao autor vitorioso, a liberação da pretensão adversária ao réu vencedor)*” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 452).

¹⁴⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 382. Corroborando essa crítica ao termo “julgado implícito”, Elio Fazzalari assevera que não seria correto afirmar que a motivação da sentença solucione, implicitamente, questões preliminares àquelas expressamente resolvidas, ainda que não suscitadas, nem discutidas, nem examinadas pelo juiz, pois isso importaria projeção externa do manto da irretratabilidade da sentença transitada em julgado: “*[...] da un canto, è abnorme pretendere il passaggio in giudicato in ordine a questione non sollevata, nè discussa dalle parti; dall’altro, non è possibile attribuire a questa sorta di ‘guidizio implicito’ l’efficacia esterna che nessun ‘guidizio’ ha. Il principio è, e rimane, che la decisione di una ‘preliminare’ svolge effetti – salvo l’‘accertamento incidentale’ – solo all’interno del proceso. Piuttosto, e come già rilevato, è vero, ma su altro piano – quello dell’efficacia del ‘comando’ –, che l’assetto disposto del giudice toglie di mezzo eventuali posizioni sostanziali implicitamente incompatibili con quell’assetto*” (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*, cit., p. 467). Também Barbosa Moreira critica a expressão que, segundo ele, se trata de uma ficção supérflua e inconveniente. Supérflua porque ao fenômeno pode-se dar, em sede dogmática, explicação mais apropriada. E inconveniente porque, ao falar-se em “julgamento implícito” de questões não apreciadas, corre-se o risco de expressar a ideia de que a solução de tais questões ficaria sujeita à autoridade da coisa julgada e, portanto, imune a novas discussões, ainda que em processo distinto, no qual se tenha de compor outra lide. Na verdade, nem mesmo as questões prejudiciais expressamente resolvidas pelo órgão judicial, como etapas lógicas do raciocínio conducente à solução do litígio, restam acobertadas pela coisa

O exemplo apontado por Liebman relativamente às questões dedutíveis, mas não deduzidas, é bastante ilustrativo: imagine-se o caso em que o réu não opôs uma série de deduções defensivas que teria podido opor, e, nessas circunstâncias, foi condenado. Nesse caso, não poderá ele valer-se daquelas deduções para contestar a coisa julgada. Isso porquanto o escopo do instituto exige que a coisa julgada permaneça firme, mesmo que a discussão das questões relevantes tenha sido deficitária. Assim, a coisa julgada, para Liebman, absorve tanto as questões que foram discutidas como as que poderiam ser.¹⁴¹

Contudo, é preciso observar que tal conclusão de modo algum restringe ou amplia os limites objetivos da coisa julgada; seu significado, pelo contrário, é o de que, uma vez identificado o âmbito objetivo da coisa julgada, o resultado do primeiro processo não pode ser rediscutido, reduzido ou desconhecido em um segundo juízo de questões (de fato ou de direito, apreciáveis de ofício ou por provocação da parte, de mérito ou de rito) relevantes à matéria do primeiro julgado e que nele foram propostas ou poderiam ter sido propostas.¹⁴²

Na realidade, não se trata de extensão da coisa julgada sobre essas questões. O que se passa com elas, após o trânsito em julgado da sentença de mérito, é o mesmo que se passa com as questões que o órgão judicial tenha apreciado unicamente para assentar as premissas da sua conclusão. A *actoritas rei iudicatae* não se estende a nenhuma dessas questões, mas todas se submetem à *eficácia preclusiva da coisa julgada*. Nesse sentido é que se pode afirmar que a coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível.¹⁴³

Com efeito, não ficam abrangidas pela coisa julgada, mesmo que tenham sido objeto de discussão e debate, as questões que, sem constituir objeto do processo em sentido estrito, o juiz da causa tenha que examinar como questão prejudicial. Tais questões terão sido

julgada (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, cit., p. 99-100).

¹⁴¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 62. Assim também afirma Remo Caponi: “[...] una volta diventata irretrattabile l’efficacia della sentenza, gli elementi della fattispecie non allegati perdono la rilevanza giuridica: i fatti costitutivi, modificativi, impeditivi ed estintivi, verificatisi in un momento anteriore a quello al quale si riferisce l’efficacia della sentenza, ma non dedotti, non possono essere fatti successivamente valere al fine di attentare al giudicato” (CAPONI, Remo. *L’efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 68).

¹⁴² Conforme Andrea Proto Pisani, “questo principio, se inteso in modo corretto (il che non sempre avviene), non influisce in modo alcuno nel senso di restringere o ampliare i limiti oggettivi del giudicato: individuato (alla stregua di criteri cui è del tutto estraneo il principio ora in esame) l’ambito oggettivo del giudicato, il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile ci sta a dire solo che il risultato del primo processo non potrà essere rimesso in discussione e peggio diminuito o disconosciuto attraverso la deduzione in un secondo giudizio di questioni (di fatto o di diritto, rilevabili d’ufficio o solo su eccezione di parte, di merito o di rito) rilevanti ai fini dell’oggetto del primo giudicato e che sono state proposte (dedotto) o si sarebbero potute proporre (deducibile) nel corso del primo giudizio” (PISANI, Andrea Proto. *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, apr./giug. 1990, p. 391).

¹⁴³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, cit., p. 100.

conhecidas pelo juiz, porém não decididas, porquanto sobre elas o juiz não sentencia, podendo ser julgadas livremente em outro processo, mas para fim diverso do anterior.¹⁴⁴

No mesmo sentido, Chiovenda refere que a solução adotada para essas questões lógicas suscitadas no processo, sejam processuais ou substanciais, de fato ou de direito, por serem preparatórias da decisão de recebimento ou rejeição, tem eficácia mais restrita, “*imposta por exigências de ordem e de segurança no desenvolvimento do processo e pela necessidade de fixar o resultado do processo que consiste na preclusão da faculdade de renovar a mesma questão no mesmo processo*”. Dessa afirmação, o jurista extrai a conclusão de que não está impedida a renovação da questão lógica em subsequentes processos, sempre que for possível fazê-lo sem atentar contra a integridade da situação das partes determinada pelo juiz com respeito ao bem da vida controvertido.¹⁴⁵

Também Fazzalari assevera que a noção de “*juízo implícito*”, tanto com relação a questões de mérito quanto de rito, se reduz à irretratabilidade, por trânsito em julgado, do deduzido e do dedutível. Por conseguinte, todas as questões resolvidas pelo juiz e, com maior razão, aquelas levantadas e não resolvidas, são passíveis de controvérsia em outro processo, voltado à emanção de um comando jurisdicional diverso, que não se identifique com aquele precedentemente emitido, que dele não dependa nem mesmo o absorva.¹⁴⁶

O grande problema suscitado diz respeito, então, aos limites da eficácia preclusiva da coisa julgada, porquanto a análise isolada do artigo 474 pode conduzir a uma exagerada aplicação da norma.

A doutrina brasileira divide-se também nesse ponto.¹⁴⁷ Por um lado, uma corrente, capitaneada por Barbosa Moreira, sustenta ser preciso que se trate de alegações relativas à mesma *causa petendi*, porquanto o artigo 474 não elide a previsão de que, rejeitada uma demanda, possa o autor propor outra, com diversa causa de pedir. De outra parte, uma segunda corrente, contando com a adesão de Ovídio Araújo Baptista da Silva, atribui à *causa petendi* extensão maior do que a compreendida pelos fatos invocados como fundamento do pedido.¹⁴⁸

¹⁴⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 62.

¹⁴⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 374-375.

¹⁴⁶ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*, cit., 467-468.

¹⁴⁷ Para um exame dos distintos posicionamentos e da polêmica instaurada, cf. TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 155-162.

¹⁴⁸ Baptista da Silva entende que a finalidade do artigo 474 do CPC é justamente evitar a atomização da demanda, que acabaria por destruir o próprio conceito de coisa julgada. Assim, em uma ação de rescisão de contrato parciário, utilizada pelo autor como exemplo, as questões que não de ficar decididas, na forma da

Contudo, a partir de uma interpretação sistemática do Código de Processo Civil, especialmente atentando à opção do ordenamento pela teoria da substanciação, tem-se como mais adequada a posição adotada por Barbosa Moreira, que confere limite restritivo à eficácia preclusiva da coisa julgada material.

Com efeito, a eficácia preclusiva da coisa julgada exerce uma função instrumental, pois somente opera nos casos em que esteja presente a discussão sobre a *auctoritas rei iudicatae* adquirida por sentença anterior. Assim, não haveria sentido empregar o meio senão para assegurar a consecução do fim a que ele se destina. Isso significa que a preclusão das questões apenas prevalece em feitos onde a lide seja a mesma já decidida, ou tenha solução dependente daquela. Fora dessas hipóteses, as questões ficam abertas à livre discussão e apreciação, independentemente de tê-las ou não examinado o juiz do primeiro processo.¹⁴⁹

Deve-se destacar, assim, que a eficácia preclusiva limita-se a alegações e defesas que se enquadram na exata extensão do objeto litigioso do processo, qual seja, a ação material invocada na demanda, a fim de que não se exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão autônoma de direito e não se extrapole a matéria efetivamente veiculada no processo.¹⁵⁰ Dentro desses lindes, contudo, submetem-se à eficácia preclusiva todas as questões cuja apreciação possa influir no teor do julgamento proferido.¹⁵¹

De qualquer forma, restam infensas ao efeito preclusivo do julgado todas as ações materiais autônomas, ou seja, alegações e defesas que por si só possam constituir objeto litigioso diverso, porquanto se sustentam em causa de pedir e pedidos próprios.¹⁵² É preciso, para que se abra ensejo à aplicação da regra, que trate de alegações relativas a mesma causa de pedir, porque o artigo 474 não destrói a regra fundamental de que o autor, caso tenha

concepção do artigo 468, serão as pertinentes à demanda proposta, abrangendo a sentença, integralmente, sejam ou não deduzidas, as alegações e defesas pertinentes. “*Se o fundamento exposto na inicial foram os danos ocasionados culposamente à colheita ter-se-á de identificar nessa demanda, como seu verdadeiro fundamento (causa petendi), além do fato descrito (sucessos históricos), todos os outros que com ele sejam compatíveis, de tal modo que a reapreciação de fato dessa mesma cadeia, numa futura demanda resultasse numa decisão discrepante (Schwab). Ter-se-ão, pois, como decididas (implicitamente) – porque são, na verdade, questão da lide submetida pelo autor ao juiz – todas as possíveis causas que possam dar lugar à rescisão do contrato sob alegação de inadimplemento culposo do demandado, atribuível a sua inaptidão técnico-profissional; mesmo uma futura demanda por falta de pagamento, se este inadimplemento for devido à inexistência de condições financeiras de pagamento, o que seria, igualmente, uma forma de inaptidão profissional do empresário, estaria vedada, porque essa questão fora alegação pertinente à primeira demanda (art. 474)*” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 168-170).

¹⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, cit., p. 102.

¹⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva, cit., p. 218-220.

¹⁵¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, cit., p. 103.

¹⁵² MITIDIERO, Daniel. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva, cit., p. 218-219.

rejeitada uma demanda, possa propor outra, com causa de pedir diversa.¹⁵³

Com efeito, a regra da eventualidade e a respectiva substanciação da demanda¹⁵⁴ dizem respeito exclusivamente ao fato essencial, devidamente delimitado pelo autor na petição inicial, de maneira que a dedução de outra questão, ainda que para o mesmo pedido, não obsta a propositura de outra demanda, uma vez que não será idêntica à primeira.¹⁵⁵

Contudo, dentro do objeto litigioso deve-se entender que a expressão “dedutível” abrange não somente aquilo que a parte, *in concreto*, tinha a possibilidade de alegar, mas tudo o que, mesmo potencialmente, lhe teria sido lícito alegar. O critério é, pois, objetivo, não subjetivo.¹⁵⁶

Em suma, pode-se dizer a eficácia preclusiva da coisa julgada representa um efeito dela, que funciona como “uma segunda película” envolvendo a declaração judicial, que, para bem desempenhar seu mister, consome alegações e defesas situadas dentro do objeto litigioso mas não submetidas à cognição, de maneira a torná-las irrelevantes quando utilizadas com o propósito de ofender a eficácia do julgado.¹⁵⁷

¹⁵³ TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*, cit., p. 188.

¹⁵⁴ Como afirma Cruz e Tucci, a regra da eventualidade, impondo um sistema rígido de preclusões, constitui pressuposto da teoria da substanciação, ao exigir a exposição simultânea, na inicial, dos fatos dos quais emerge a pretensão (causa de pedir remota) e do enquadramento da situação concreta à previsão abstrata, presente no direito positivo, e do qual decorre a juridicidade daquela (causa de pedir próxima). Historicamente, como refere o autor, os ordenamentos caracterizados por tal sistema de preclusão sempre adotaram um modelo processual polarizado mais sobre o fato do que sobre o direito (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*, cit., p. 161).

¹⁵⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*, cit., p. 246.

¹⁵⁶ Para que a *quaestio facti* fique coberta pela eficácia preclusiva não é necessário que o fato seja conhecido pela parte, bastando que já tenha acontecido, de maneira que ficam ressalvados somente os fatos supervenientes (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro*, cit., p. 106-107).

¹⁵⁷ MITIDIERO, Daniel. *Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva*, cit., p. 223.

1.2 Panorama Sobre os Sistemas de Controle de Constitucionalidade

Ainda discorrendo no campo das bases teóricas, cuja correta compreensão mostra-se necessária para o exame e a discussão do tema específico de que nos ocuparemos mais adiante, passa-se a tratar a respeito dos sistemas de controle de constitucionalidade.

O estudo do assunto apresenta-se de fundamental importância, na medida em que é preciso bem conhecer a forma como se dá a fiscalização de constitucionalidade no direito brasileiro, assim como compreender os efeitos dos instrumentos para tanto utilizados.

Não apenas o tratamento da matéria no nosso ordenamento será objeto de estudo, mas também outros modelos de controle de constitucionalidade, tendo em vista a constatação de que a norma dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil representa categoria introduzida no Brasil pela influência do direito estrangeiro, situação que, desde já, justifica o aprofundamento da matéria.

1.2.1 A Constituição e o Controle de Constitucionalidade

Importa ressaltar, de início, que a questão da garantia da regularidade das leis em relação ao texto constitucional pressupõe uma noção clara de Constituição. Tal noção, através das múltiplas transformações por que passou, conservou um núcleo permanente, consubstanciado na ideia de “*um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem*”. Nada obstante as variações conceituais, a Constituição será sempre “*o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender*”.¹⁵⁸

Conquanto a noção de Constituição, compreendida em sentido material, isto é, como o modo de organização da sociedade política, ser bem mais antiga, o fato é que a ideia de uma constituição formal, no sentido de uma Constituição jurídica ou normativa, encontrou sua afirmação somente a partir do final do século XVIII.¹⁵⁹

Nesse último sentido, a Constituição representa um princípio que encerra juridicamente o equilíbrio das forças políticas em um momento determinado. Trata-se, enfim,

¹⁵⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 130-131.

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 35.

da norma que rege a elaboração das leis, para cuja execução concorrem as atividade dos poderes estatais, dentre os quais se encontram os tribunais e as autoridades administrativas.¹⁶⁰

Assim é definida a Constituição, no sentido formal, estrito e próprio da palavra. Contudo, nada se opõe a que essa forma também seja empregada para normas que não entram na Constituição em sentido estrito, ou seja, para normas que regulam não a criação, mas o conteúdo das leis. Eis, então, a noção de Constituição em sentido lato, que se vislumbra quando contém não apenas regras sobre os órgãos estatais e o procedimento para elaboração da legislação, mas também um catálogo de direitos fundamentais dos indivíduos.¹⁶¹

A Constituição, nesse caso, não representa unicamente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo. Daí a razão pela qual uma lei pode ser considerada inconstitucional em virtude de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, como também em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios e diretivas estabelecidos pelo texto constitucional. Fala-se, então, que a inconstitucionalidade pode ser do tipo formal ou material.¹⁶²

Assim, sendo fundamento do poder político, a Constituição serve também de fundamento de validade, substancial e formal, de cada um dos atos dos seus órgãos, projetando-se sobre eles e determinando, direta ou indiretamente, a sua subsistência.¹⁶³

A ideia do controle de constitucionalidade das leis está ligada, precisamente, à noção de supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Por força dessa supremacia, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental.¹⁶⁴ O controle normativo, por isso, deve ser entendido como o exame da compatibilidade de uma norma jurídica com uma norma jurídica de hierarquia mais elevada. O pressuposto e o fundamento do controle normativo é, portanto, a ordem hierárquica das fontes jurídicas, que apresenta a pluralidade de normas jurídicas em ordem graduada determinada e indica que, na hipótese de colisão entre essas normas, aquela de hierarquia inferior deverá ser suprimida.¹⁶⁵

¹⁶⁰ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 130-131.

¹⁶¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 131.

¹⁶² KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 132.

¹⁶³ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 455.

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 161.

¹⁶⁵ MAURER, Hartmut. *Jurisdição constitucional*. In: _____. *Contributos para o direito do Estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 244. Diferente é a opinião de Luis Prieto Sanchís, para quem, embora se defenda que a existência de uma Constituição como norma suprema tem como corolário indispensável a previsão de uma garantia jurisdicional, não se pode conceber a justiça constitucional como necessidade lógica ou inexorável da mera existência de uma Constituição, já que é possível que um sistema careça de qualquer forma de fiscalização. No entanto, se a Constituição é concebida como norma jurídica que

Na verdade, é justamente a possibilidade de se anular um ato inconstitucional que representa a principal e mais eficaz proteção da Constituição,¹⁶⁶ de sorte que uma Constituição na qual falte a garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico.¹⁶⁷

Apesar da aparente simplicidade, os argumentos favoráveis ao controle de constitucionalidade das leis são inquestionáveis. De fato, se a Constituição é tida como lei fundamental, a ela deve subordinar-se o legislador ordinário, não se podendo admitir a validade de lei de grau inferior contrária ao texto constitucional. Do contrário, seria o mesmo que admitir a reforma da Constituição independentemente do procedimento estabelecido para

impõe direitos e obrigações, parece indispensável a existência de um sistema efetivo de tutela jurisdicional. Dessa forma, a justiça constitucional mostra-se como uma exigência ou, pelo menos, como um elemento qualificador da Constituição, não mais vista como norma suprema, mas simplesmente como norma. Para o autor, então, a justificação de um controle de constitucionalidade não deve apelar à lógica, mas a considerações de ordem prática (SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 155-156).

¹⁶⁶ Garantia da Constituição significa, na lição de Kelsen, a garantia da “regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis”. Como explica o jurista, o processo de criação do direito é formado por etapas hierarquizadas. Esse processo inicia na esfera da ordem jurídica internacional, superior a todas as ordens estatais, continua na Constituição, para chegar, então, através das etapas sucessivas representadas pela lei, regulamento, sentença e ato administrativo, aos atos de execução material desses últimos. São essas as etapas típicas da formação da vontade coletiva no Estado moderno. “Como a Constituição regula, no essencial, a elaboração das leis, a legislação é, com respeito a ela, aplicação do direito. Com relação ao decreto e a outros atos subordinados à lei, ela é, ao contrário, criação do direito; o decreto é, também, aplicação do direito com respeito à lei e criação do direito com respeito à sentença e ao ato administrativo que o aplicam. Estes, por sua vez, são aplicação do direito, se olharmos para cima, e criação do direito, se olharmos para baixo, isto é, no que concerne aos atos pelos quais são executados”. Assim, enquanto a Constituição, as leis e os decretos são normas jurídicas gerais, a sentença e o ato administrativo constituem normas jurídicas individuais. Não é difícil perceber, nesse cenário, que a limitação da liberdade do legislador, que apenas se submete à Constituição, é relativamente fraca, sendo amplo seu poder de criação. Daí a importância da ideia de regularidade, a qual se aplica a cada grau, não sendo nada mais do que a “relação de correspondência de um grau inferior com um grau superior da ordem jurídica” (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 124-126).

Em Teoria Pura do Direito, Kelsen explicita melhor a ideia de escalonamento do sistema: “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 247).

¹⁶⁷ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 148-149. Como afirma o autor mais adiante, “muito embora não se tenha consciência disso, porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite tomar tal consciência, uma Constituição em que os atos inconstitucionais, e em particular as leis inconstitucionais também permanecem válidos – na medida em que sua inconstitucionalidade não permite que sejam anulados – equivale mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória”. Toda lei, nessas circunstâncias, teria uma força jurídica superior à própria Constituição, à qual, no entanto, é subordinada e da qual deduz sua validade. Por isso, “o direito positivo zela para que possa ser anulado todo ato – excetuada a Constituição – que esteja em contradição com uma norma superior” (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 179).

isso, negando a própria noção de supremacia constitucional.¹⁶⁸

Ademais, para que se possa falar em controle de constitucionalidade, é necessário que haja uma Constituição rígida¹⁶⁹ e também um órgão encarregado especificamente de exercer essa função.¹⁷⁰ Mais precisamente, pode-se dizer que constituem pressupostos da fiscalização da constitucionalidade a existência de uma Constituição em sentido formal, a consciência da necessidade da garantia de seus princípios e preceitos e a vontade de instituir meios adequados para exercício do controle.¹⁷¹

Tal função é de tal magnitude que um ato complexo como uma lei, elaborada pelos representantes eleitos por voto popular, que cria obrigações destinadas a toda a sociedade e ao próprio Estado, pode vir, por força da Constituição, a ser anulada por ato de outro Poder, sendo que este, em geral, não deriva sua legitimação da vontade popular.¹⁷²

Ocorre que a designação desse órgão pode variar de um regime para outro, dando lugar a diferentes sistemas de controle de constitucionalidade, que são basicamente três: o judicial, o político¹⁷³ e o misto.¹⁷⁴

O controle judicial, também denominado *judicial review*, que nasce como uma

¹⁶⁸ BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 1, n. 4, abr. 1968, p. 35.

¹⁶⁹ A rigidez constitucional traduz a necessidade de um processo especial para reforma da Constituição, distinto daquele previsto para a edição das leis infraconstitucionais, pois mais complexo e, em geral, demandando *quorum* e procedimento diversos, bem como limitações materiais e circunstanciais (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, cit., p. 163). Como salienta Alexandre de Moraes, “a ideia de intersecção entre controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que, no Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, por mais que a mesma se denomine rígida, pois o poder constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário” (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 577).

¹⁷⁰ Se existe a possibilidade de colisão entre normas inferiores e constitucionais e se esta colisão precisa ser resolvida é necessário reconhecer que a um dos poderes se há de confiar o poder de resolvê-la. Contudo, como salienta Ruy Barbosa, se tal poder fosse entregue à autoridade que faz a lei, parte interessada, juiz em sua própria causa, o Congresso substituir-se-ia à Constituição, que simplesmente desapareceria na vontade daquele (BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os actos inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântida, 1893, p. 70).

¹⁷¹ Na realidade, como salienta Jorge Miranda, para que se produza inconstitucionalidade, não é necessário que haja Constituição formal e muito menos que ela seja rígida. Contudo, em se tratando de Constituição apenas material e flexível, a inconstitucionalidade não adquire natureza de violação autônoma, não ensejando condições para a organização de uma fiscalização (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. v. 2. Lisboa: Coimbra, 1983, p. 317).

¹⁷² SCAFF, Fernando Facury. Novas dimensões do controle de constitucionalidade no Brasil: prevalência do concentrado e o caso do difuso. *Revista Dialética de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 50, mai. 2007, p. 20.

¹⁷³ Na realidade, é inútil querer encontrar um sistema que garanta uma perfeita imparcialidade e um apolitismo total, tanto porque a jurisdição constitucional é reflexo das lutas políticas que existem na sociedade, quanto por razões de procedimento, que trazem a dificuldade de uma designação objetiva dos membros da corte (FAVOREU, Louis. Informe general introductorio. In: _____ et al. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 27).

¹⁷⁴ Para um profundo exame comparativo dos modelos dos pontos de vista subjetivo, modal e quanto aos efeitos dos pronunciamentos de inconstitucionalidade, cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

construção pretoriana do constitucionalismo norte-americano, é aquele no qual o Poder Judiciário é quem fica incumbido de declarar a inconstitucionalidade das leis e de outros atos do Poder Público que contrariem, material ou formalmente, preceitos ou princípios constitucionais.¹⁷⁵ A fiscalização da constitucionalidade sob a modalidade judicial correspondente ao que Jorge Miranda denomina garantia jurisdicional.¹⁷⁶

Já o controle político é aquele que atribui a verificação da inconstitucionalidade a um órgão distinto dos demais poderes do Estado. Normalmente, nesses sistemas, o controle, ao invés de ser posterior à promulgação da lei, é preventivo, vale dizer, ocorre antes de a lei entrar em vigor. Exemplo clássico desse modelo sempre foi associado pela doutrina como aquele vigente em França, em que o controle é exercido pelo Conselho Constitucional.¹⁷⁷

Recentemente, contudo, o sistema francês passou por substancial modificação, tendo sido instituída, ao lado do controle preventivo, também a possibilidade de exame da regularidade da lei já promulgada.¹⁷⁸ Com a reforma, que entrou em vigor em 1º de março de 2010, instituiu-se a chamada “questão prioritária de constitucionalidade” (*question prioritaire de constitutionnalité – QPC*), estabelecendo-se a possibilidade de toda pessoa que é parte em um processo alegar que um dispositivo de lei atenta contra direitos e liberdades garantidos pela Constituição,¹⁷⁹ hipótese em que o Conselho de Estado ou a Corte de Cassação poderão

¹⁷⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 587. É no controle judicial ou jurisdicional, como afirma Cappelletti, que se encontra o aspecto mais sedutor, mais audaz e também mais problemático do controle de constitucionalidade das leis, pois representa o encontro entre dois poderes e duas funções: “o encontro entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz” (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 26).

¹⁷⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., p. 311.

¹⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 26-27. Nada obstante, Louis Favoreu considera o *Conseil Constitutionnel* francês um verdadeiro tribunal constitucional, que não difere substancialmente, seja em sua composição, seja em seu funcionamento e suas atribuições, das demais cortes constitucionais europeias, apesar do controle eminentemente preventivo. Como afirma o autor, o *Conseil Constitutionnel* não exerce função de um juiz ordinário, mas isso não quer dizer que sua função não seja jurisdicional, já que os juízes constitucionais pertencem a outra categoria. Além disso, diferencia-se o juiz constitucional do ordinário porque, ao controlar os poderes públicos, embora sua atividade e seus métodos possuam natureza jurídica, suas decisões têm, com frequência, um caráter inevitavelmente político, situação comum a qualquer corte constitucional. Assim, pode-se afirmar que, conquanto os sistemas de justiça constitucional sejam bastante diversos em sua organização, há uma certa homogeneidade quanto à sua missão (FAVOREU, Louis. Informe general introductorio, cit., p. 21-22). No mesmo sentido, FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 32; e, ainda, afirmando que hoje não pode haver dúvida quanto à natureza de órgão jurisdicional do *Conseil Constitutionnel*, cf. SEGADO, Francisco Fernández. “Fetichisme de la loi, separation des pouvoirs et gouvernement des juges”. Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958). *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 2, n. 2, jan./mar. 2008, p. 28.

¹⁷⁸ As referidas alterações foram promovidas pela Lei Constitucional n.º 2008-724, de 23 de julho de 2008, que inseriu o artigo 61-1 e alterou a redação do artigo 62 da Constituição francesa, sendo o artigo 61-1 regulamentado pela Ordenança n.º 58-1067, de 7 de novembro de 1958, com as alterações promovidas pela Lei Ordinária n.º 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009.

¹⁷⁹ O atual sistema francês, portanto, muito se aproxima dos modelos alemão e italiano, nos quais, como será visto no decorrer deste capítulo, a questão de constitucionalidade pode ser suscitada perante o juiz de primeiro

remeter a questão à apreciação do Conselho Constitucional.¹⁸⁰ Antes dessa alteração, não era possível questionar a validade de uma lei depois que esta entrasse em vigor, tendo em vista que o controle se dava de forma preventiva.¹⁸¹

Por fim, há o controle misto que, por óbvio, é aquele que combina os dois sistemas anteriores, submetendo-se as leis ora ao controle político, ora ao controle judicial.¹⁸²

Para o estudo de que nos ocuparemos mais detidamente neste trabalho, interessa-nos, principalmente, o exame do controle judicial de constitucionalidade, mesmo porque, no nosso sistema constitucional, não há lugar, ao menos de forma prevalente, para o exercício do controle político.¹⁸³

Sobre tal modalidade de controle, cabe distinguir, inicialmente, também entre duas modalidades.

Por um lado, há o controle difuso, também chamado por alguns como sistema ou tipo americano, que é aquele no qual o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam de forma incidental, quando do julgamento

grau de jurisdição, permitindo-se a suspensão do processo e o envio da arguição para exame do Tribunal Constitucional (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 764).

¹⁸⁰ Constituição francesa, art. 61-1: “*Lorsque, à l’occasion d’une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu’une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d’État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d’application du présent article*”.

¹⁸¹ A *question prioritaire de constitutionnalité* é admitida quando preenchidos três requisitos: (a) o dispositivo questionado deve ser aplicável ao litígio ou ao processo, (b) o dispositivo não pode ter sido declarado conforme à Constituição pelo Conselho Constitucional e (c) a questão deve ser nova e apresentar caráter relevante (conforme artigo 23-2, alínea 1, da Ordenança n.º 58-1067).

A questão é suscitada perante um juiz de primeiro grau ou perante a Corte de Cassação ou o Conselho de Estado (conforme se trate de processo judicial ou administrativo), que analisam os requisitos de admissibilidade da impugnação e, motivadamente, decidem acerca de sua remessa à instância imediatamente superior.

Se o Conselho Constitucional, ao julgar a questão, declara a inconstitucionalidade do dispositivo, este é considerado excluído do ordenamento jurídico a partir da publicação da decisão do Conselho ou de uma data posterior por ele fixada. O Conselho Constitucional ainda pode determinar as condições e limites dentro dos quais os efeitos produzidos pelo dispositivo poderão ser questionados, nos termos do artigo 62 da Constituição francesa: “[...] *Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l’article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d’une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d’être remis en cause. Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d’aucun recours. Elles s’imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles*”.

¹⁸² Como refere Cappelletti, típico exemplo desse modelo pode ser encontrado na Constituição italiana, na qual, além de um controle propriamente jurisdicional, confiado à Corte Constitucional, encontra-se previsto um controle político que compete ao Presidente da República, o qual, nada obstante tenha o poder de promulgar as leis aprovadas pelo Parlamento, pode, quando julgue oportuno, suspender essa promulgação, pedindo às Câmaras, com mensagem motivada, que submetam o texto legislativo a uma nova deliberação (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 30-31).

¹⁸³ Ressalve-se, neste ponto, obviamente, o exercício, de caráter eminentemente político, de controle de constitucionalidade exercido pelo Presidente da República pelo veto ou, ainda, aquele realizado pelas comissões junto às casas legislativas.

das causas de sua competência.¹⁸⁴

O sistema concentrado, por sua vez, é aquele em que o controle se concentra em um único órgão judiciário.¹⁸⁵ Tal sistema poderia também ser denominado como o tipo austríaco de controle. Com efeito, o arquétipo desse modelo foi posto em prática pela primeira vez pela *Oktoberverfassung* austríaca de 1920, cujo projeto foi elaborado por Hans Kelsen.¹⁸⁶

Busquemos, então, na história, as razões para a existência dos distintos modelos.

1.2.2 As Origens do Controle Judicial de Constitucionalidade

Conquanto se atribua ao constitucionalismo norte-americano o desenvolvimento da noção de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, pode-se dizer que a necessidade de impor um limite ao legislador, e de torná-lo efetivo através de um controle judicial, radica profundamente na história, mesmo antiga, da civilização humana.¹⁸⁷

É do constitucionalista americano James A. C. Grant a tese segundo a qual o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis representa uma contribuição das Américas para a ciência política. A tese de Grant “*contém em si um núcleo importante de verdade; ela é, em outras palavras, substancialmente verdadeira, sem ser, porém, historicamente, de todo correta*”. Verdadeira, na medida em que, antes de se colocar em prática o sistema do *judicial review* norte-americano, nos outros Estados (especialmente na Europa), nada de semelhante havia sido criado,¹⁸⁸ de modo que foi com a Constituição norte-americana que teve início a

¹⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 67.

¹⁸⁵ Se o controle incidental pode enquadrar-se na função típica do Poder Judiciário, o controle concentrado, em via principal, refoge ao exercício típico da jurisdição. Não se cuida, nessa hipótese, como no normal da atuação do Judiciário, de solucionar um caso concreto, um conflito de interesses entre partes, de modo que é possível referir-se a tal atividade como legislativa-negativa (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, cit., p. 176-177). No mesmo sentido, manifestou-se Calamandrei, afirmando que a Corte Constitucional, ainda que inconscientemente, exerce verdadeiro controle de natureza política, sobretudo quando examina conflitos havidos entre leis e as normas programáticas contidas na Constituição. Na realidade, entende o autor que, com a instituição da Corte Constitucional na Itália, o controle de constitucionalidade, que tinha natureza jurisdicional passou a fazer parte de uma função estatal distinta, que ele chama de paralegislativa ou superlegislativa. Ainda que em forma de sentenças, os pronunciamentos acerca da constitucionalidade das leis passaram a gozar da mesma eficácia *erga omnes* destas, sendo, em seu alcance, atos muito distintos dos atos jurisdicionais (CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*, cit., p. 58-59 e 162).

¹⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 68.

¹⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 45. No mesmo sentido, cf. SEGADO, Francisco Fernández. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2, jul./dez. 2003, p. 211-212.

¹⁸⁸ Como afirma Francisco Fernández Segado, “*si quisiéramos condensar en una idea la contribución de América a la defensa de la Constitución, podríamos decir que en el Continente americano surgió la garantía*

época do ‘constitucionalismo’, com a concepção da *supremacy of the Constitution* em relação às leis ordinárias.¹⁸⁹

A ideia de controle dos atos estatais, contudo, já era conhecida pelo juiz da tradição do *common law*. No início do século XVII, Edward Coke havia declarado, na decisão proferida no caso *Bonham*, que as leis estão submetidas a um direito superior e, quando elas o desrespeitem, são nulas e destituídas de eficácia. Trata-se da ideia da superioridade do *common law* sobre os atos do Parlamento inglês, germe do controle de constitucionalidade das leis.¹⁹⁰

Apesar disso, não se pode negar que a Constituição americana representou o arquétipo das chamadas Constituições rígidas, ou seja, daquelas que não admitem mudança ou derrogação por meio de leis ordinárias, mas sim, eventualmente, somente através de procedimentos especiais de revisão constitucional.

Dispõe o artigo VI, cláusula 2ª da Constituição Federal americana de 1787 que: “*this Constitution [...] shall be the supreme Law of the Land; and the judges in every State shall be bound thereby [...]*”. O texto, por um lado, fixou aquilo que foi chamado de supremacia da Constituição e impôs, por outro lado, o poder e o dever de os juízes¹⁹¹ negarem aplicação às leis contrárias à Constituição.¹⁹²

Pode-se dizer, portanto, que o sistema americano de controle judicial das leis se apoia em duas grandes premissas: a supremacia da Constituição, que expressa um anseio do

jurisdiccional de la Constitución, en contraste con el Continente europeo en donde se intentó primeramente la defensa política de la misma [...]” (SEGADO, Francisco Fernández. Del control político al control jurisdiccional: evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Justiça constitucional e democracia na América Latina*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 17).

¹⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 46.

¹⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 708-709.

¹⁹¹ Nada obstante, o surgimento do controle judicial da constitucionalidade nos Estados Unidos enseja uma reflexão especial. Interessante notar, por exemplo, que a separação de poderes, um dos fundamentos da Constituição americana, não impediu que o Judiciário assumisse o poder de controlar a produção normativa do Legislativo. Tal princípio, ao contrário do que sucedeu na França, não foi utilizado para limitar o Judiciário a aplicar a letra da lei. Várias razões parecem ter concorrido para tanto. Em primeiro lugar, verifica-se que o *common law* nunca foi um direito dependente do Parlamento. Pelo contrário, sempre constituiu parâmetro para os atos do Parlamento inglês. O *judicial review*, portanto, tem origem na subordinação do direito das colônias ao direito inglês, compreendido como *common law*. Assim, a circunstância de os colonizadores e mentores da independência norte-americana terem vivenciado a relação entre o *common law* e os atos da colônia não só contribuiu para a aceitação da ideia de que o legislativo deveria ter limites na Constituição, como facilitou a assimilação de que o Judiciário poderia controlar a constitucionalidade das leis. Além disso, o direito americano não se inspirou na doutrina da nítida e radical separação de poderes, marco da revolução francesa, mas sim no equilíbrio entre os poderes, mediante recíproco controle entre eles, exposto na doutrina dos *checks and balances*. É de se notar, ainda, que na Revolução inglesa, os legisladores e juízes se voltaram contra o monarca, mediante a afirmação e a imposição do *common law*, enquanto na França, a Revolução era dirigida, sobretudo, contra os abusos do executivo e dos juízes (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 729-731).

¹⁹² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 47.

jusnaturalismo contratualista e que limita o papel do legislador a um órgão estatal submetido aos direitos naturais e ao poder constituinte do povo, e uma ideia de separação dos poderes que atribui ao juiz uma posição neutra, passiva e garantista, que lhe torna apto a exercer a tutela dos direitos individuais frente ao poder tendencialmente abusivo da maioria.¹⁹³

De fato, é bastante difundida a doutrina construída a esse respeito por John Marshall, *Chief Justice* da Suprema Corte americana, em sentença datada de 1803, proferida no caso *Marbury versus Madison*. A alternativa entre Constituições rígidas e flexíveis e a necessidade de escolha entre uma das soluções encontra-se definida na sentença com absoluta clareza.

Marshall deixou evidente que ou a Constituição prepondera sobre os atos legislativos que com ela contrastam ou o poder legislativo pode mudar a Constituição por meio de lei ordinária. Em outras palavras, ou a Constituição é vista como lei fundamental, superior e não modificável pelo procedimento ordinário, ou ela é colocada no mesmo nível dos atos legislativos e, como estes, pode ser alterada ao gosto do poder legislativo. Se a primeira assertiva está correta, então um ato legislativo contrário à Carta Constitucional não seria lei. Se, contudo, admitir-se como verdadeira a segunda alternativa, então as Constituições escritas não passariam de mera tentativa de limitação de um poder que, por sua natureza, é mesmo ilimitável.¹⁹⁴

Marbury versus Madison, portanto, inaugurou, no constitucionalismo moderno, o controle de constitucionalidade, deixando assentada a noção da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham.¹⁹⁵

Nada obstante já terem se passado mais de 200 anos desde *Marbury versus Madison*, a doutrina do *judicial review* americano ainda encontra alguma oposição naquele país, havendo quem defenda que o texto constitucional não autoriza, absolutamente, o controle de constitucionalidade realizado pelo poder judiciário.

Certamente, não deve haver nenhuma surpresa no fato de que, quando a Suprema Corte americana recusou aplicar a legislação que considerou inconstitucional, os defensores de tal legislação questionaram a legitimidade do controle judicial por ela exercido. Com efeito, a doutrina constitucional também já identificou que tais argumentos contrários

¹⁹³ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., p. 80.

¹⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 47-48. Como consta na decisão, se a Constituição não puder prevalecer sobre a legislação, então ela não passa de uma “*absurd attempt, on the part of the people, to limit a power, in its own nature illimitable.*”

¹⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

costumam surgir sempre em momentos cruciais da histórica política e constitucional americana.¹⁹⁶

Daí afirmar James Bryce que foram felizes os fundadores da América, ao estabelecerem o poder da Suprema Corte de interpretar a Constituição da República e as leis federais, determinando se as Constituições dos Estados e suas leis agridem ou não o texto daquelas. Tal medida, na opinião do autor, foi fundamental para prevenir lutas entre a nação e os governos locais. Se essa missão tivesse sido confiada ao Congresso, ou ficasse a mercê de transações entre ele e as assembléias dos Estados, extremos teriam sido os conflitos e muitas, em vez de uma, teriam sido as guerras civis.¹⁹⁷

Portanto, por mais de dois séculos, juristas e estadistas têm debatido a constitucionalidade da revisão judicial das leis federais, havendo quem argumente que a revisão judicial tem fracas bases no texto constitucional. Enquanto alguns podem ler a Constituição de maneira a encontrar permissão para o controle judicial das leis, esses cétricos sustentam que nenhuma disposição constitucional, especificamente e de forma inequívoca, autoriza tal revisão, que seria pura invenção do *Chief Justice* Marshall.¹⁹⁸

A opção de Marshall, ao afirmar a supremacia da Constituição sobre as demais leis e o conseqüente poder dos juízes de não aplicar as leis inconstitucionais, representa uma grande e importante inovação, sendo certo que hoje, praticamente todas as modernas Constituições do mundo ocidental afirmam seu caráter de rigidez, movimento este iniciado pela Constituição americana de 1787 e pela corajosa jurisprudência que a aplicou.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Como afirmam Prakash e Yoo, “*it should come as no surprise that when the Supreme Court has refused to enforce unconstitutional federal legislation, supporters of such legislation have questioned the legitimacy of judicial review. Such arguments typically have arisen during crucial moments in American political and constitutional history, such as the early national period, the Civil War, the New Deal, and the Civil Rights movement*” (PRAKASH, Saikrishna B.; YOO, John C. The origins of judicial review. *University of Chicago Law Review*, v. 69, 2003, p. 2. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=426860>>. Acesso em: 10 dez. 2011).

¹⁹⁷ BRYCE, James *apud* BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, cit., p. 65.

¹⁹⁸ PRAKASH, Saikrishna B.; YOO, John C. The origins of judicial review, cit., p. 7. Para Prakash e Yoo, além de razões de ordem textual e históricas, também dois aspectos da estrutura constitucional apoiam a conclusão de que o texto constitucional autoriza a revisão judicial sobre a legislação federal. Em primeiro lugar, como o *Chief Justice* Marshall mesmo explicou, há mais de dois séculos, a própria natureza escrita da Constituição estabelece a possibilidade de revisão judicial. Isso porque uma constituição escrita cria uma estrutura em que os ramos do governo não podem alterar as suas disposições, a menos que atuem através dos procedimentos específicos, estabelecidos no próprio documento, para modificação ou alteração. Essa foi a intuição fundamental de Marshall no caso *Marbury*, o que continua a ser igualmente verdadeiro e importante nos dias de hoje. Em segundo lugar, a revisão judicial constitui pressuposto da separação de poderes, em que cada uma das três esferas do Estado suportam obrigações independentes para interpretar e aplicar a Constituição no âmbito das suas respectivas esferas de atuação. Dentro desse esquema, o judiciário deve recusar-se a aplicar a legislação que viola a Constituição. Contudo, assim como nada na Constituição obriga o judiciário a aceitar os julgamentos constitucionais dos outros ramos, nada exige que o Presidente ou o Congresso aceitem as interpretações da Suprema Corte (PRAKASH, Saikrishna B.; YOO, John C. The origins of judicial review, cit., p. 26).

¹⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 48.

Na realidade, na medida em que se distanciou no tempo da conjuntura turbulenta em que foi proferida e das circunstâncias do caso concreto então posto em exame, a decisão de Marshall ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que estabeleceu a preponderância dos valores constitucionais sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas.²⁰⁰

Nada obstante, Cappelletti esclarece que a tese de James Grant não está de todo correta, pois, embora não expressa e conscientemente configurada como supremacia da Constituição, a ideia da prevalência de uma dada lei ou de um corpo de leis sobre outras existiu também em outros e mais antigos sistemas jurídicos. A doutrina de John Marshall, realmente, iniciou na América e no mundo, algo de novo e importante. Contudo, não foi, absolutamente, um gesto de improvisação, mas sim “*um ato amadurecido através de séculos de história: história não apenas americana, mas universal*”.²⁰¹

O sistema de controle judicial americano muito decorre da própria formação da sociedade americana, sendo fundamentais para compreensão do problema também os estudos de Alexis de Tocqueville e de James Madison.

O princípio de soberania popular, para Tocqueville, se encontra nos fundamentos de quase todas as instituições humanas, mas permanece sempre enterrado. Já na América, afirma o autor que esse princípio não está escondido, mas é reconhecido pelos costumes e proclamado pelas leis, atingindo suas últimas consequências. Com relação ao Poder Judiciário, o autor afirma que existe uma grande semelhança entre o juiz americano e os juízes de outras nações. O magistrado dos Estados Unidos, no entanto, reveste-se de imenso poder político, pois a ele foi conferido o poder de fundamentar suas decisões mais na Constituição do que nas leis, além de não aplicar estas no caso de inconstitucionalidade, representando “*uma das barreiras mais poderosas que jamais foram erigidas contra a tirania das assembléias políticas*” (TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América. In: Os Pensadores. Seleção de textos de Francisco C. Weffort. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho et al. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985*).

Madison, por sua vez, salienta que, “*para manter a separação dos poderes, que todos assentam ser essencial à manutenção da liberdade, é de toda necessidade que cada um deles tenha uma vontade própria; e, por consequência, que seja organizado de tal modo que aqueles que o exercitam tenham a menor influência possível na nomeação dos depositários dos outros poderes. [...] é necessário que as nomeações para as supremas magistraturas legislativa, executiva e judiciária saiam do povo, que é a fonte primitiva de toda autoridade [...]*.” Especialmente com relação aos Tribunais de Justiça, Madison afirma que seu dever fundamental é “*declarar nulos todos os atos manifestamente contrários aos termos da Constituição*”, impedindo que a autoridade legislativa produza, por exemplo, leis retroativas. Entende o autor, desse modo, que “*todo ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade*.” A Constituição, por isso, coloca os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, “*principalmente para conter esta última nos limites das suas atribuições*.” Não se trata, portanto, de superioridade do Poder Judiciário com relação ao Poder Legislativo. A ideia defendida pelo autor é de que “*o povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a esta última que os juízes devem obedecer*.” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista. In: Os Pensadores. Seleção de textos de Francisco C. Weffort. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho et al. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985*).

²⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, cit., p. 10.

²⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 63. Cappelletti ilustra tal circunstância com o exemplo do Direito ateniense, no qual distinguia-se o *nómos* (lei em sentido estrito) e o *pséfisma* (decreto, para utilizar um termo moderno). Os *nómoi*, segundo o autor, tinham um caráter que os poderia aproximar das modernas leis constitucionais, não apenas por dizerem respeito à organização do Estado, mas também pela exigência de um procedimento especial para sua modificação. Assim, a modificação de uma lei era considerada “*uma providência de extraordinária gravidade, cercada das garantias mais prudentes e até mais estranhas, com responsabilidades gravíssimas para quem propunha uma alteração*”

A doutrina que está na base do mecanismo do controle judicial difuso de constitucionalidade é coerente e de extrema simplicidade. Em última análise, trata-se da aplicação do princípio “*lex superior derogat legi inferiori*”. De fato, uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas entram em confronto, os juízes, na função de interpretação das leis a fim de aplicá-las aos casos concretos sob julgamento, devem aplicar a prevalente. Logo, conclui-se que qualquer juiz, encontrando-se diante de um caso para cujo julgamento seja relevante uma norma legal que contrasta com a Constituição, deve deixar de aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a segunda.²⁰²

A linearidade e a coerência deste raciocínio levou Cappelletti a perguntar-se, retoricamente, por qual estranha razão a Constituição austríaca de 1920 preferiu por em prática, ao contrário, um sistema de controle concentrado de constitucionalidade.

A resposta é simples e reforça a constatação a que aludimos na introdução deste trabalho, no sentido de que os institutos jurídicos devem ser examinados em atenção às suas íntimas conexões com a cultura de um determinado povo.²⁰³

Assim examinando o problema, impõe-se observar que, no denominado método americano, todos os órgãos, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm o poder-dever de não aplicar as leis que venham a ser consideradas inconstitucionais aos casos concretos que lhes são submetidos a julgamento.

Imagine-se, então, a introdução desse método difuso de controle nos sistemas jurídicos da Europa continental, nos sistemas de *civil law*, em que não existe o princípio, típico dos sistemas de *common law*, do *stare decisis*. A adoção do método americano levaria à indesejável consequência de que uma mesma lei poderia não ser aplicada por alguns juízes, que a consideraram inconstitucional, enquanto poderia, por outros, ser considerada

que não fosse, no final, aprovada ou que, ainda que aprovada, se mostrasse, depois, inoportuna”. Em certos períodos politicamente agitados da vida da pólis, era crescente a tendência de legislar por meio de *psefismata*, isto é, de decretos. Contudo, constituía princípio fundamental aquele segundo o qual o decreto devia ser legal, tanto na forma, quanto na substância. A ilegalidade dos decretos podia ocasionar a responsabilidade penal daquele que havia proposto o decreto e, por outro lado, acarretava a nulidade do decreto contrário à lei. Conclui Cappelletti, então, que os juízes atenienses, embora fossem obrigados, segundo juramento, a julgar segundo a lei e segundo os decretos, não podiam ser obrigados a julgar segundo os *psefismata*, caso estes fossem contrários aos *nómoi* (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 48-51).

²⁰² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 75-76.

²⁰³ Para um exame dos reflexos das idiossincrasias da cultura americana (que se pode resumir em cinco palavras: liberdade, igualdade, populismo, individualismo e *laissez-faire*) nas regras de direito processual civil, vide CHASE, Oscar G. American “exceptionalism” and comparative procedure. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, New York University School of Law, Research Paper, n. 39, 2002. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=306759>. Acesso em: 10 dez. 2011.

constitucional e, por isso, aplicada. Formar-se-iam contrastes de tendências entre órgãos judiciários, acarretando a incerteza do direito, situação perniciosa, seja para os indivíduos, seja para a coletividade e para o Estado.²⁰⁴

Outro inconveniente encontra-se na necessidade de que, mesmo após inúmeras decisões de não aplicação de uma determinada lei inconstitucional, o interessado no mesmo provimento fique obrigado a ingressar também com uma ação judicial. É certo que a ausência de obrigação de respeito aos precedentes em um país onde o controle de constitucionalidade seja o difuso, constitui irracionalidade.²⁰⁵

Isso porque, como leciona Ruy Barbosa, no controle difuso de constitucionalidade, os tribunais não revogam atos inconstitucionais de outros poderes. O que eles fazem é algo tecnicamente diferente: desconhecem-nos. Deixam-nos subsistir no corpo das leis, mas, a cada indivíduo prejudicado, que vem requerer contra eles proteção ou reparação, os magistrados “*em homenagem à lei, violada pelo governo, ou à Constituição, violada pelo Congresso, têm obrigação de ouvir, e deferir*”.²⁰⁶

Essas graves consequências foram evitadas nos Estados Unidos e nos demais países de *common law*, nos quais vige o sistema de controle difuso, em razão do fundamental princípio do *stare decisis*. Assim, embora também nas Cortes americanas possam surgir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema de impugnações a questão pode acabar por ser decidida pelos órgãos judiciários superiores e, em particular, pela Suprema Corte, cuja decisão será vinculante para todos os órgãos inferiores. Assim, o princípio do *stare decisis* opera de tal modo que o julgamento de inconstitucionalidade de uma determinada lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes*, não se limitando ao puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto, com a possibilidade de que em outros casos a lei fosse, ao invés, de novo aplicada.²⁰⁷

²⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 76-78.

²⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 731.

²⁰⁶ BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, cit., p. 101. Estritamente, portanto, em sede de controle difuso, o juiz não invalida a lei ordinária, mas apenas não a aplica ao caso concreto, fazendo prevalecer a lei mais alta. Como não nulifica a lei, esta permanece vigente e eficaz, deixando de ser aplicada, em princípio, apenas em relação ao caso sob exame. A decisão de afastar a aplicação da lei, assim, tem efeitos *inter partes* e não *erga omnes* (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O poder judiciário na Constituição de 1988. Judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 198, out./dez. 1994, p. 4).

²⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 80-81.

Com efeito, uma vez não aplicada pela Suprema Corte, uma lei americana, embora permaneça “on the books”, é considerada “a dead law”.²⁰⁸ A norma fica praticamente subtraída da comunidade, “já não é de hoc mundo, não é mais uma lei válida, pode ainda figurar nos livros, mas é uma lei morta, null and void, como dizem”.²⁰⁹

Nota-se, assim, que aquele simples raciocínio aplicado por Marshall no caso *Marbury versus Madison* opera, na realidade, “em um plano enormemente mais vasto e comprometedor do que aquele que, à primeira vista, se podia imaginar”. Mediante o princípio do *stare decisis*, a mera não aplicação da lei, limitada ao caso concreto e, em princípio, não vinculatória para outros juízes, acaba, ao contrário, por agigantar os próprios efeitos, tornando-se uma verdadeira eliminação, final e definitiva, válida para a totalidade dos casos, ostentando efeito, em geral, retroativo.²¹⁰

Os países da Europa continental, contudo, cuja tradição jurídica é estranha ao princípio do *stare decisis*, para chegar a resultado semelhante, tiveram de criar um órgão judiciário a que se pudesse confiar a função de decidir a respeito da constitucionalidade das leis, com eficácia *erga omnes*, de maneira a evitar a incerteza do direito.

A solução deu lugar, então, ao que se convencionou chamar controle concentrado de constitucionalidade: concentrado, precisamente, em um único órgão judiciário, uma Corte Constitucional.²¹¹ Tal sistema baseia-se, antes de tudo, na doutrina da supremacia da lei e da separação de poderes, com a exclusão do poder de controle da lei por parte dos juízes comuns. A inconstitucionalidade da lei, nesse sistema, como regra geral, não pode ser reconhecida por qualquer juiz, como resultado de seu poder de interpretação do direito. Ao contrário, os juízes comuns são incompetentes para conhecer, mesmo *incidenter tantum*, quanto à validade das leis. Eles devem ter como boas as leis existentes, salvo, eventualmente, como acontece em alguns países, em que podem exercer o seu poder de suspender o processo pendente, a fim de arguir, perante a Corte Constitucional, a questão de constitucionalidade surgida.²¹²

O advento do controle concentrado, portanto, tenciona evitar a falta de unidade das soluções e a conseqüente insegurança do direito daí decorrente, que se faria sentir quando um

²⁰⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 80-81.

²⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro. A expansão e o significado do controle judiciário das leis no mundo contemporâneo. Trad. Rubem Nogueira. *Bahia Forense*, Salvador, v. 29, 1988, p. 22.

²¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 82.

²¹¹ O modelo europeu de justiça constitucional fundamenta-se, portanto, essencialmente na noção de Tribunal Constitucional, constituído especialmente para conhecer dos litígios constitucionais (FAVOREU, Louis. Informe general introductorio, cit., p. 23).

²¹² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., 84-85.

tribunal se abstém de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, enquanto outra corte poderia adotar entendimento contrário.

Daí afirmar Kelsen que “*a centralização do poder de examinar a regularidade das normas gerais certamente se justifica sob todos os aspectos*”. Com efeito, se se decide confiar o controle a uma autoridade única, a anulação dos atos irregulares passa a valer para todos os casos em que a norma deveria ter sido aplicada. “*É óbvio que um poder tão considerável só pode ser confiado a uma instância central suprema*”.²¹³

Interessante notar, contudo, que a Corte Constitucional e o monopólio, por ela exercido quanto ao controle de constitucionalidade, não resultaram de mero trabalho teórico do gênio de Kelsen, pois é a história, não a lógica, que explica as instituições.²¹⁴ Com efeito, no continente europeu, a revolução burguesa, que trouxe a Constituição,²¹⁵ não trouxe consigo o controle de constitucionalidade que, como visto, nos Estados Unidos, resultou de construção pretoriana.²¹⁶

Não é correto atribuir tal omissão unicamente à influência da tradição francesa,

²¹³ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 145.

²¹⁴ CUNHA, Sérgio Sérulo da. Prefácio. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. VIII. O exame dos diferentes modelos básicos de supremacia do direito auxilia no entendimento quanto ao surgimento dos distintos sistemas de controle de constitucionalidade. Assim, no *Rule of Law*, há inafastabilidade da jurisdição (*judicial review*), com o emprego de um devido processo legal (*due process of law*). Agregando-se a esses elementos uma Constituição escrita, chega-se ao controle difuso de constitucionalidade, deferido a todos os juízes.

No *État Légal*, a garantia da supremacia do direito repousa na garantia da legalidade, contexto no qual os juízes se limitam a vocalizar estritamente as palavras da lei, refratário ao controle jurisdicional da constitucionalidade.

Por fim, no *Rechtsstaat*, é importante notar a formação do direito como produto dos juristas, quando da apreciação das fontes medievais do direito moderno alemão. O *Rechtsstaat* alemão nasce, pois, de um centro de poder não-estatal, que trabalha a legalidade positiva sobre o pano de fundo de uma supralegalidade, que vai acabar institucionalizada no Tribunal Constitucional, órgão que exerce a jurisdição constitucional de maneira concentrada (SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no Estado Democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre: 2002, p. 133-172).

²¹⁵ Não basta, contudo, a existência de uma Constituição escrita. Como bem pontua Cappelletti, na Europa, Constituições escritas se sucederam umas às outras, ao final da época da Revolução Francesa. Tal fenômeno, apesar da importância político-social, não teve grande destaque no que tange à efetividade jurídica. Faltava àquelas Constituições um instrumento eficaz de atuação no confronto do poder político, legislativo e executivo. Tal constatação, contudo, não é a coisa mais surpreendente, quando se recorda que a Revolução Francesa encontrou em Rousseau e Montesquieu seus grandes ideólogos. Como é sabido, Rousseau defendia a supremacia (na verdade, a infalibilidade) da lei, como expressão da vontade geral. Montesquieu, por sua vez, propugnava que o poder judiciário permanecesse nulo como poder, devendo limitar-se à mecânica aplicação da lei.

Mas a explicação não é apenas ideológica, mas também histórica. Os juízes do Antigo Regime, de fato, tinham merecido a desconfiança popular, pois gozavam também eles de privilégios. Não havia na Europa, portanto, àquela época, as mesmas condições que ensejaram o desenvolvimento do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos (CAPPELLETTI, Mauro. *Constitucionalismo moderno e o papel do poder judiciário na sociedade contemporânea*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n. 60, out. 1990, p. 110-111).

Enfim, o “*fetichisme de la loi*”, a “*separation des pouvoirs*” e o “*gouvernement des juges*” explicam a recusa ao controle judicial da constitucionalidade das leis, manifestado sobretudo na França (SEGADO, Francisco Fernández. “*Fetichisme de la loi, separation des pouvoirs et gouvernement des juges*”. *Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958)*, cit., p. 22-47).

²¹⁶ CUNHA, Sérgio Sérulo da. Prefácio, cit., p. VIII.

sabidamente refratária ao poder dos juízes. Na Europa continental, o modelo processual autoritário ligado à figura do monarca obrigava os juízes, desde muito, em caso de dúvida sobre a inteligência da lei, a suspender o processo e encaminhar consulta sobre a questão a um órgão superior, normalmente de natureza política. Assim, desde 1667, na França, era proibido aos juízes interpretar normas sobre as quais pairasse dúvida, devendo, em vez disso, dirigir-se ao monarca que, como autor da lei, era seu guardião e único intérprete. A Revolução, nesse ponto, nada alterou. Apenas substituiu-se a figura do monarca pela soberania do poder legislativo, tendo Robespierre chegado a sustentar que a palavra “jurisprudência” devia ser banida do idioma francês, afirmando que “*num Estado que tem Constituição e legislação, a jurisprudência dos tribunais não pode ser outra coisa senão a própria lei*”.²¹⁷ Assim, na excepcionalidade de conflito entre normas, obscuridade ou falta de lei, o magistrado era obrigado a apresentar a questão ao legislativo para a realização da “interpretação autorizada”. Supunha-se que tais situações seriam raras e tendentes a desaparecer com o tempo. De qualquer forma, tal procedimento expressa de forma marcante a pretensão revolucionária de limitar o poder judicial.²¹⁸

Num sistema processual como esse, é natural que não haveria lugar para se instalar o controle judicial de constitucionalidade, e muito menos o controle difuso, no qual o cidadão pode buscar a correção dos atos inconstitucionais junto ao juiz de seu domicílio.²¹⁹

Após o Congresso de Viena (datado de 1815), em que se articulou a restauração monárquica, foram poucas as Constituições liberais que vingaram no continente europeu. Editaram-se, então, pseudoconstituições, com as quais as dinastias mantinham a supremacia do princípio monárquico, não se preocupando com o controle dos atos do governo, mas apenas com a regulação dos poderes e de suas relações.²²⁰

Mais do que a ausência do *stare decisis*, eis a razão pela qual mais de um século se passou, desde o surgimento do controle difuso nos Estados Unidos, até que tenha sido instituído o modelo de controle concentrado na Europa. A proibição de qualquer interferência do juiz nos atos do Legislativo constituiu o fundamento para impedir, por tanto tempo, o controle de constitucionalidade das leis nos países europeus. Não é por acaso, também, que o primeiro sistema de controle europeu, inaugurado na Áustria em 1920, tenha deferido o poder a uma Corte instituída especialmente para este fim.²²¹ É inegável a presença da noção de que

²¹⁷ CUNHA, Sérgio Sérulo da. Prefácio, cit., p. VIII-IX.

²¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 59.

²¹⁹ CUNHA, Sérgio Sérulo da. Prefácio, cit., p. IX.

²²⁰ CUNHA, Sérgio Sérulo da. Prefácio, cit., p. IX-X.

²²¹ Enquanto o sistema americano da *judicial review* tem sua razão de ser na vontade de estabelecer a supremacia

o juiz comum não pode desconsiderar a legislação, a revelar o princípio da supremacia da lei, em oposição aos princípios da supremacia do Judiciário e dos *checks and balances*, que estão na base do controle difuso americano.²²²

Mostra-se essencial, portanto, para compreender o sistema concentrado, perceber que ele surge num contexto constitucional autoritário, o que é bem diverso da *judicial review*, nascida em um ambiente libertário e democrático. Por isso, a solução de Kelsen, segundo Sérgio Sérulo da Cunha, progressista dentro da tradição austríaca, evidencia-se involutiva quando comparada ao sistema americano.²²³ Apesar disso, Kelsen, em estudo comparativo dos dois modelos, apreciou negativamente o sistema americano, apontando a desvantagem consistente no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes sobre sua constitucionalidade, de maneira que a ausência de uma decisão uniforme sobre a questão representaria uma ameaça à autoridade da própria Constituição.²²⁴

Sérgio Sérulo da Cunha, contudo, defende que o sistema concentrado interessa mais aos governos que agridem a Constituição, porque representa, em verdade, a contenção do controle de constitucionalidade. “*Não é possível, sem dano à Constituição, evitar que as pessoas possam defender, no juízo do seu domicílio, direitos feridos por ato inconstitucional: o controle difuso de constitucionalidade decorre da natureza das coisas*”.²²⁵

do poder judicial sobre os demais, particularmente sobre o legislativo, o que constitui um ato de confiança nos juízes, a *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana representa, ao contrário, um ato de desconfiança nos juízes, procurando salvaguardar o princípio da segurança jurídica e restabelecer a supremacia do parlamento (SEGADO, Francisco Fernández. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, cit., p. 221-222).

²²² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 732.

²²³ CUNHA, Sérgio Sérulo da. Prefácio, cit., p. XIV-XV.

²²⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 303. Como as cortes americanas consideram-se sujeitas às decisões da Suprema Corte, uma decisão rejeitando a aplicação de uma lei por ser inconstitucional tem, na prática, quase o mesmo efeito de uma anulação geral da lei. Porém, entende Kelsen que a norma do *stare decisis* não é de modo algum absoluta. Não está bem claro, segundo o autor, até que ponto sua validade é reconhecida. Acima de tudo, admite-se que ela não é válida no caso de interpretação da Constituição, sendo que, como já decidiu a Suprema Corte, “*questões constitucionais estão sempre abertas a exame*”. Portanto, é possível que a própria Suprema Corte declare uma mesma lei inconstitucional em um caso e constitucional em outro. “*Não está excluída também a possibilidade de que uma corte inferior, em particular uma corte estadual, decida a questão da constitucionalidade de uma lei sem que o caso seja trazido perante a Suprema Corte, e que esta, ao examinar a lei dentro de outro caso, decida a questão de forma contrária. Nesse caso o princípio da res judicata impossibilita a outra corte de adaptar sua decisão prévia àquela da Suprema Corte*” (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 307-308).

²²⁵ CUNHA, Sérgio Sérulo da. Prefácio, cit., p. XVIII. Também defendendo a importância do controle difuso de constitucionalidade, Luis Prieto Sanchís afirma que a justiça constitucional indispensável é a exercida pelos juízes ordinários, pois uma Constituição com um denso conteúdo material só pode ser garantida e concretizada através dos procedimentos ordinários para defesa dos direitos e interesses. A crítica se volta contra a jurisdição concentrada – cuja função de depuração do sistema jurídico e de busca da segurança não serve à salvaguarda direta dos direitos do cidadão, além de pressupor uma boa dose de discricionariedade no exame de uma lei em abstrato e de ser provocada, em geral, apenas pelos mesmos sujeitos que atuam na produção legislativa –, da qual se poderia abdicar, em favor da democracia política, sem causar um dano irreparável ao modelo de garantias

1.2.3 O Procedimento de Controle Judicial de Constitucionalidade

Quanto ao aspecto formal (ou modal, como prefere Cappelletti), há também profundas diferenças entre os sistemas americano e austríaco.

No sistema difuso, o controle de constitucionalidade é exercido em via incidental. Assim, nos Estados Unidos e demais países nos quais prepondera semelhante modelo, as questões de constitucionalidade não podem ser submetidas à Suprema Corte em via principal, ou seja, em um específico e autônomo processo constitucional instaurado *ad hoc*. Ditas questões podem ser arguidas somente *incidenter tantum*, ou seja, no curso e por ocasião de um caso concreto, e apenas na medida em que a lei, cuja constitucionalidade se discute, seja relevante para o deslinde do caso concreto. Por consequência, tem-se, ainda, que a competência para resolver a questão constitucional incumbe ao mesmo órgão judiciário que é competente para decidir o caso concreto em que surgiu a questão constitucional.²²⁶

Diz-se, também, que a fiscalização nesse primeiro modelo é subjetiva, pois se prende a um *interesse* direto e pessoal de alguém, tendo por causa ou por ocasião a repercussão da suposta ofensa da Constituição na esfera jurídica de certa e determinada pessoa. A ofensa, nesse caso, repercute em lesão ou ameaça de lesão a direitos e interesses dessa pessoa.²²⁷

Em última análise, a fiscalização incidental encontra-se inserida em processo que converge para outro resultado que não a garantia da Constituição, sendo a questão da inconstitucionalidade elemento prejudicial, ou seja, uma questão de direito substantivo de que depende a decisão final a ser tomada no processo.²²⁸ Aqui, portanto, a inconstitucionalidade não é deduzida como “*alvo da ação*”, mas apenas como “*subsídio da justificação do direito*” reivindicado naquele processo.²²⁹

No sistema austríaco, de outra parte, o controle que se exerce ocorre em via principal. Assim, especialmente na sua formulação original, o controle de constitucionalidade das leis vinha a ser inteiramente desvinculado dos casos concretos, sendo exercido sempre em via de ação, mediante a instauração de processo *ad hoc* perante a Corte Constitucional.²³⁰ A

estabelecido pela Constituição. (SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., p. 168-170).

²²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 102-103.

²²⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., p. 312-313.

²²⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., p. 313.

²²⁹ BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os actos inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, cit., p. 105.

²³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 104-105.

garantia constitucional, nesse modelo, representa o fim principal ou único e a inconstitucionalidade é elevada à questão principal, objeto do processo.²³¹ Não é necessário, pois, que o autor legitimado fundamente seu pedido na eventual violação de direitos subjetivos.²³²

Daí ser correto dizer, ainda, que esse modelo exerce fiscalização objetiva, porquanto, à margem de interesses particulares, tem em vista a preservação ou a reconstituição da constitucionalidade objetivamente considerada, na qual a importância recai sobre a conformidade dos comportamentos, dos atos e das normas com as regras constitucionais.²³³

É importante ressaltar, contudo, que todo sistema de controle de constitucionalidade possui uma face objetiva e outra subjetiva. O que ocorre é que, em cada modelo, sobressai mais uma das faces, sem realçar a outra, estruturando-se com o centro ora nos direitos ou posições constitucionais dos sujeitos, e ora na constitucionalidade como valor em si.²³⁴ Mais correto, então, é dizer que a diferença entre controle direto e abstrato e controle incidental e concreto é de grau e não de essência.²³⁵

No originário sistema austríaco, portanto, os juízes inferiores não tinham qualquer poder para exercer o controle de constitucionalidade das leis, como também não tinham poder para deixar de aplicar as leis que considerassem inconstitucionais. Da mesma forma, inexistia a possibilidade, para os juízes austríacos, de solicitar à Corte Constitucional que fizesse ela o controle que lhes era vedado. Assim, a questão da constitucionalidade somente podia ser arguida perante a Corte Constitucional austríaca e por aqueles órgãos, não judiciários, mas políticos, indicados na Constituição.²³⁶

Logo surgiu o sentimento, contudo, de que a Corte Constitucional atuava num âmbito muito limitado, podendo deixar sem proteção direitos individuais que poderiam ser

²³¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., p. 313.

²³² MAURER, Hartmut. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 247.

²³³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., p. 313.

²³⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., p. 313.

²³⁵ Eduardo Talamini sustenta tal posição baseado na consideração de Castanheira Neves de que não é possível distinguir com precisão entre “questão de fato” e “questão de direito”. Afirma Talamini que, mesmo quando se examina a constitucionalidade de um ato normativo de modo incidental, em sede de controle difuso, ainda aí se tem uma “questão de direito”, conquanto a aferição da legitimidade constitucional possa depender de fatores circunstanciais. De outra parte, também uma aferição de inconstitucionalidade realizada puramente *in abstracto* é humanamente impossível, pois depende também de subsídios concretos, como a consideração de dados fáticos, técnicos ou não, para a determinação de conceitos vagos presentes no ato normativo sob exame; ou, ainda, para investigação da realidade fática necessária à investigação dos valores fundamentais vigentes (TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objetivo do controle direto*, cit., p. 19).

²³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 105.

violados por normas inconstitucionais.²³⁷ Por essa razão, esse sistema foi parcialmente modificado em 1929, tendo sido editada uma lei acrescentando à legitimação dos órgãos políticos também dois órgãos judiciários ordinários, que passaram a ter competência para instaurar perante a Corte Constitucional o processo de controle das leis.²³⁸

A reforma de 1929, de fato, acabou por atenuar, notavelmente, o grave defeito do sistema originário, consistente na limitação excessiva dos sujeitos dotados de legitimidade para instaurar o processo de controle perante a Corte Constitucional. Na prática, antes da reforma, o controle de constitucionalidade acabava por ostentar uma função bastante limitada, criando óbices contra possíveis invasões inconstitucionais do poder legislativo federal no âmbito reservado à competência legislativa dos *Länder* e vice-versa. Considerando que os legitimados não tinham um dever, mas somente a faculdade de questionar a constitucionalidade, no mais das vezes, as leis lesivas aos direitos individuais de liberdade acabavam ficando fora do âmbito de controle.²³⁹

A partir da reforma, com a legitimidade outorgada aos tribunais superiores das justiças comum e administrativa, permitiu-se a análise da constitucionalidade da lei por ocasião dos casos concretos. Com isso, o controle da constitucionalidade, conquanto permanecesse concentrado na Corte Constitucional, passou a se dar incidentalmente.²⁴⁰

O defeito, conquanto atenuado, não foi de todo abolido pela aludida reforma. Já os sistemas italiano e alemão evitaram incorrer nessa problemática, sem, no entanto, ocultar a grande influência que ambos receberam do modelo austríaco. De fato, tanto na Itália, quanto na Alemanha, existe a proibição aos juízes comuns de efetuar o controle de constitucionalidade das leis. Assim como na Áustria, os juízes comuns são incompetentes para efetuar tal controle de constitucionalidade, reservado exclusivamente às Cortes Constitucionais dos dois países. Alega-se, nesse sentido, que a adoção do modelo concentrado

²³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 734.

²³⁸ Assim, além do Governo Federal e do Governo dos *Länder*, também o *Oberster Gerichtshof* (Corte Suprema para causas civis e penais) e o *Verwaltungsgerichtshof* (Corte Suprema para causas administrativas) passaram a ter legitimidade para instaurar o procedimento de controle de constitucionalidade perante a Corte Constitucional, a *Verfassungsgerichtshof*. Contudo, como esclarece Cappelletti, estes dois órgãos judiciários ordinários não podem arguir a questão da constitucionalidade em via de ação, mas somente em via de exceção, ou seja, “*apenas no curso e por ocasião de um ordinário processo (civil, penal ou administrativo) desenvolvendo-se perante eles e para a decisão do qual a lei, federal ou estadual, cuja constitucionalidade foi posta em questão, seja relevante*” (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 106).

²³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 107-108.

²⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 735.

é fruto de particularidades próprias do sistema de *civil law*, não afeitos ao *stare decisis*, de maneira que, com um único tribunal encarregado de controlar a constitucionalidade, eliminasse ou sequer se coloca a possibilidade de um juízo inferior desrespeitar o precedente constitucional.²⁴¹

Contudo, diferentemente do sistema original austríaco, na Itália e na Alemanha, todos os juízes comuns, mesmo os inferiores, quando se deparam com uma lei que considerem inconstitucional, em vez de serem passivamente obrigados a aplicá-la, têm o poder e o dever de submeter a questão da constitucionalidade à Corte Constitucional, a fim de que seja decidida por esta, com efeito vinculante. Todos os juízes, portanto, e não apenas os superiores, têm a possibilidade de dirigir-se à Corte Constitucional, com a única limitação de que as leis impugnadas devem ter relevância para a decisão dos casos concretos que lhes são submetidos, sendo que os processos de origem são suspensos, até que a Corte Constitucional decida a questão prejudicial de constitucionalidade.²⁴² Diversamente do sistema austríaco, portanto, que confere tal poder apenas às Cortes Suprema e Administrativa, na Itália e na Alemanha, os juízes inferiores não estão obrigados a aplicar uma lei que repute inconstitucional.²⁴³

A doutrina distingue, a esse respeito, entre competência para exame e competência para rejeição, sendo esta, nos referidos sistemas, concentrada e monopolizada no Tribunal Constitucional Federal.²⁴⁴ Assim, nenhum juiz está obrigado a aplicar lei que entenda

²⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 737.

²⁴² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 109.

²⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 737. Como leciona Maurer, a questão do direito de exame judicial já foi bastante discutida na Alemanha, sendo as opiniões controversas. Nessas discussões, se, por um lado, entendeu-se que o juiz não está sobre, mas sob a lei votada pelo parlamento, por outro lado, afirmou-se que o juiz somente pode aplicar uma lei que esteja de acordo com a Constituição. Contra a competência para reconhecimento da constitucionalidade, também foi considerado o princípio da segurança jurídica, que, segundo se entendeu, ficaria prejudicado se cada juiz pudesse negar aplicação a uma lei supostamente inconstitucional (MAURER, Hartmut. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 257).

²⁴⁴ No caso da Alemanha, ao deparar-se com um determinado caso, o tribunal do processo deve (caso existam dúvidas ou objeções apresentadas pelas partes) examinar a constitucionalidade da lei e sobre isso tomar uma decisão. Se o tribunal afirma a constitucionalidade, então ele deve aplicar a lei e decidir em conformidade o caso concreto. Se ele nega a constitucionalidade, então ele tem de suspender o procedimento e solicitar a prévia decisão do Tribunal Constitucional Federal (a tal procedimento dá-se o nome de “apresentação judicial”). O Tribunal Constitucional, então, decide em virtude da apresentação definitivamente e com vinculatividade geral sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade e nulidade da lei. Uma vez que tenha o Tribunal Constitucional decidido, então, o tribunal do processo deve continuar seu procedimento e, mediante a observância da decisão do Tribunal Constitucional Federal, decidir o caso concreto (cf. MAURER, Hartmut. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 258; e, ainda, MAURER, Hartmut. *A revisão jurídico-constitucional das leis pelo Tribunal Constitucional Federal*. In: _____. *Contributos para o direito do Estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 295).

inconstitucional, mas também não pode realizar o controle de constitucionalidade. O controle, portanto, passa a ser feito de modo incidental, mas os juízes não exercem o poder jurisdicional em sua plenitude, ficando na dependência da decisão da Corte Constitucional.²⁴⁵

Trata-se, de qualquer forma, de uma notável aproximação com o sistema americano,²⁴⁶ conquanto na Itália e na Alemanha não tenham, os juízes, competência para efetuar, por si próprios, o controle de constitucionalidade, mas apenas são legitimados a requerer tal controle à Corte Constitucional.²⁴⁷ A tal legitimação dos juízes acrescenta-se, assim na Itália como na Alemanha, também a de outros órgãos não judiciários, que podem agir diretamente, em via de ação e não apenas de modo incidental, afastando-se, nesse ponto, do sistema americano.²⁴⁸

Em qualquer caso, contudo, a apresentação judicial representa, na realidade, uma solicitação de um controle normativo principal, de maneira que o conflito jurídico concreto não é objeto, mas somente motivo da apresentação, decidindo o Tribunal Constitucional

No direito italiano, a via incidental assumiu posição de proeminência. De acordo com a regulamentação da matéria, em caso de “*dubbio di costituzionalità*”, a exemplo da Alemanha, o juiz italiano pode e deve deixar de aplicar a lei, suspendendo o processo e remetendo a análise da questão à Corte Constitucional. O juiz pode atuar de ofício ou a requerimento da parte. No último caso, poderá o juiz recusar a remessa da questão à Corte, se entender que o requerimento é desprovido de fundamento, porquanto a questão deve ser “*non manifestamente infondata*”. Com esse procedimento, busca-se evitar que a Corte Constitucional seja indevidamente demandada a decidir sobre arguições destituídas de qualquer fundamento. Além disso, para dar origem à questão de constitucionalidade, a norma deve ser necessária e indispensável para o juiz decidir o litígio. Requer-se, portanto, que a questão seja “*rilevante*” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 738-739). Já há muitos anos, Calamandrei manifestou sua preocupação com o procedimento, sustentando que as autoridades judiciais devem servir-se com moderação do poder de remeter a questão à Corte, de maneira que todas e somente as questões dignas de serem submetidas sejam, de fato, remetidas. No exercício desse poder, como aduz o jurista, o juiz pode pecar por excesso ou por omissão: por excesso, quando o juiz, para livrar-se do trabalho de ter de fundamentar a recusa da remessa, prefira submeter a questão à Corte; por omissão, quando, obstinado em não querer suspender o julgamento, declare manifestamente infundada uma questão que tenha todos os requisitos para ser remetida ao Tribunal (CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*, cit., p. 162-163).

²⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 737.

²⁴⁶ A expansão da justiça constitucional, como afirma Francisco Fernández Segado, tem feito desaparecer a clássica contraposição bipolar entre os sistemas americano e europeu-kelseniano, ou entre os modelos da *judicial review of Legislation* e o da *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Tal bipolaridade, contudo, já havia sido substancialmente afetada no segundo pós-guerra, quando foram criados os sistemas de controle de constitucionalidade vigentes na Itália e na Alemanha, que, nada obstante tenham partido de uma ideia de Constituição muito próxima daquela aceita na doutrina americana, instituíram seus respectivos Tribunais Constitucionais (SEGADO, Francisco Fernández. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, cit., p. 214).

²⁴⁷ Tal poder dos juízes não é, de todo modo, livre de inconvenientes, o que foi notado, de modo perspicaz, por Piero Calamandrei, pouco tempo antes do início de funcionamento da Corte Constitucional italiana. Vide, a esse respeito, CALAMANDREI, Piero. *La corte costituzionale e il processo civile. In: Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*. v. 1. Milano: Giuffrè, 1951, p. 195-204.

²⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 110.

exclusivamente sobre a constitucionalidade e validade da lei apresentada para exame.²⁴⁹

Assim, o tipo austríaco (ou europeu), ao permitir, além do controle por via de ação direta, o controle incidental, representa, na opinião de Cappelletti, um modelo mais híbrido e heterogêneo, mas também mais completo que o sistema americano.

Com efeito, podem existir leis que, ainda que inconstitucionais, acabam por fugir da possibilidade de controle incidental, porquanto, pelo seu particular conteúdo, podem não dar lugar a lides concretas, como no caso em que uma lei federal viole a esfera de competência constitucional de um Estado-membro. Se não poder surgir algum caso concreto em que aquela lei seja relevante, sobre ela, em um sistema de controle meramente incidental, não poderá nunca ser exercido qualquer controle de constitucionalidade.²⁵⁰ Daí a limitação do sistema americano.²⁵¹

Contudo, o modelo austríaco, sendo, em teoria, mais completo que o modelo americano, revela-se, talvez, “mais perigoso”, na medida em que pode ensejar uma coloração excessivamente política da atividade da Corte Constitucional. Além de lhe faltar o caráter mais democrático próprio do controle difuso, o controle concentrado pode, de fato, dar consistência aos temores daqueles que veem no poder de controle de constitucionalidade das leis uma grave ameaça de interferência das Cortes na esfera do poder legislativo e, indiretamente, também na do poder executivo e de governo.²⁵²

A resposta a esses temores, como adverte Cappelletti, deve ser dada em concreto, isto é, pelo modo mais ou menos sábio e prudente pelo qual as Cortes souberem exercer a sua delicada função, impondo-se aos outros órgãos do Estado e à opinião pública como essenciais institutos de garantia e de controle de uma superior legalidade. Ademais, representa um dado reconhecido, mesmo nos Estados Unidos, o fato de que o controle judicial de constitucionalidade das leis é sempre destinado, por natureza, a ostentar também uma coloração política,²⁵³ a comportar uma “*criativa intervenção das Cortes, investidas daquela*

²⁴⁹ MAURER, Hartmut. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 258.

²⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 110.

²⁵¹ Kelsen justamente critica o modelo americano nesse ponto, afirmando que o interesse na constitucionalidade da legislação é um interesse público que não necessariamente coincide com o interesse privado das partes envolvidas: “*trata-se de um interesse público que merece ser protegido por um processo correspondente à sua condição especial*” (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 311-312).

²⁵² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 110.

²⁵³ Sobre a natureza da função exercida pela Corte Constitucional, cf. CAPPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais. Trad. Emílio Clerici. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, 1961, p. 37-73.

função de controle, na dialética das forças políticas do Estado”.²⁵⁴ Diríamos, com fundamento em Alexy, que a Corte Constitucional deve assumir a sua função de representante do povo, argumentativamente.²⁵⁵

1.2.4 Os Efeitos do Controle Judicial de Constitucionalidade

Também quanto aos efeitos emanados da declaração de inconstitucionalidade revela-se uma radical e interessante contraposição entre os sistemas americano e austríaco.

No sistema americano, segundo a concepção mais tradicional, a lei inconstitucional, sendo contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula (*null and void*) e, portanto, ineficaz, de maneira que o juiz que exerce o controle de constitucionalidade não anula, mas apenas declara uma nulidade dita pré-existente da lei inconstitucional.²⁵⁶ Trata-se de solução ditada por critérios estritamente racionalistas.²⁵⁷

No sistema original austríaco, ao contrário, a Corte Constitucional anula, cassa (*aufhebt*) a lei, e não simplesmente declara a sua nulidade. Assim, determinada lei é considerada válida e eficaz, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado. Mas não apenas isso. A Corte Constitucional austríaca tem também o poder de

²⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 110.

²⁵⁵ Como afirma Alexy, “a proposição fundamental: ‘Todo o poder estatal provém do povo’ exige conceber não só o parlamento como, ainda, o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, certamente, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional, argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. O cotidiano da exploração parlamentar contém o perigo que maiorias imponham-se desconsideradamente, emoções determinem o ocorrer, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidos erros graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, mas, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas requer também positivamente que os cidadãos iriam aprovar os argumentos do tribunal se eles aceitassem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá bom resultado quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram uma repercussão no público e nas instituições políticas, que levam a reflexões e discussões, que resultam em convencimentos revisados. Se um processo de reflexão entre público, dador de leis e tribunal constitucional estabiliza-se duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização, que deu bom resultado, dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão, então, reconciliados” (ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 53-54).

²⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 115-116.

²⁵⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. Prefácio. In: ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

dispor que a anulação da lei opere somente a partir de uma determinada data posterior à publicação (*Kundmachung*), desde que o diferimento não seja superior a um ano.²⁵⁸

De suma importância nesse ponto, são os ensinamentos de Kelsen a respeito da distinção entre nulidade e anulabilidade.

Para o jurista, a nulidade significa que um ato que se pretende jurídico não o é, objetivamente, por ser irregular, ou seja, por não preencher os requisitos que uma norma jurídica de grau superior lhe prescreve. Assim, pode-se dizer que “*o ato nulo carece de antemão de todo e qualquer caráter jurídico*”, de maneira que se mostra desnecessário um outro ato jurídico para lhe retirar sua qualidade. Se, ao contrário, tal ato fosse necessário, não estaríamos diante de uma nulidade, mas sim de uma anulabilidade.²⁵⁹

Ocorre, todavia, que, na medida em que o direito positivo limita o poder de examinar a regularidade de determinado ato e de decidir sobre ela, reservando-o a certas instâncias determinadas, tem-se que um ato que sofra de um vício jurídico qualquer pode não ser considerado *a priori* nulo, mas somente anulável.²⁶⁰

Como afirma Kelsen, a experiência mostra que os diversos ordenamentos contêm restrições acentuadas ao poder que, em princípio, cabe a qualquer um de considerar como nulos os atos irregulares. De fato, em geral, há uma tendência a considerar os atos provenientes de autoridades públicas como válidos e obrigatórios²⁶¹ enquanto outro ato de uma diversa autoridade não se pronuncia sobre eles e, eventualmente, os faz desaparecer. É forçoso concluir, portanto, que a questão da regularidade dos atos das autoridades não deve ser decidida pura e simplesmente pelo cidadão ou pelo órgão a que este se dirige pedindo obediência, mas sim pela própria autoridade que o produziu ou, então, por outra autoridade competente e cuja decisão é provocada por meio de um procedimento determinado.²⁶²

Ao deixar a solução dessa questão aos cuidados de uma autoridade, o ato em apreço

²⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 116.

²⁵⁹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 141.

²⁶⁰ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 141.

²⁶¹ Trata-se do chamado princípio da autolegitimação do ato da autoridade (HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*, cit., p. 42).

²⁶² Nada obstante tais considerações, Kelsen admite que esse princípio comporta certos limites. Por exemplo, seria absurdo exigir a observação de um procedimento para anulação de um ato irregular quando o mesmo emana de um indivíduo que não tem, absolutamente, a qualidade de autoridade pública. Por outro lado, todavia, também não é possível considerar *a priori* como nulo qualquer ato produzido por uma autoridade incompetente ou constituída de uma forma irregular, ou ainda segundo um procedimento irregular. Conclui o autor que “*nem os cidadãos nem as autoridades públicas devem considerar como lei qualquer ato que assim se intitule. Sem dúvida nenhuma, pode haver atos que de lei só tem a aparência. Mas não se pode definir por meio de uma fórmula teórica geral o limite que separa o ato nulo a priori, que é uma pseudolei, de um ato legislativo viciado mas válido, de uma lei inconstitucional*” (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 141-142).

sai da esfera da nulidade absoluta para ingressar na da simples anulabilidade.

Por isso, do ponto de vista do direito positivo, a situação daquele a quem um ato é dirigido com a pretensão de ser obedecido é, segundo Kelsen, a de que, se considerar o ato nulo, ele pode, agindo por sua própria conta e risco, se recusar a obedecê-lo. Tal cidadão corre o risco de que, processado por desobediência, a autoridade diante da qual comparece não considere o ato nulo, sob reserva da sua anulabilidade posterior. No caso contrário, a decisão da autoridade significa a cassação do ato com efeito retroativo ao momento em que o mesmo foi produzido. Assim o é porque tal decisão é o resultado de um procedimento que tem por objeto a nulidade do ato – inicialmente apenas afirmada pelo interessado. Por consequência, tem-se que a nulidade não pode de forma alguma ser considerada como definida antes da conclusão do procedimento, que poderá, inclusive, conduzir a uma decisão que a nega. Daí a conclusão adotada pelo autor de que a decisão deve ter necessariamente um caráter constitutivo, mesmo se em seu texto ela pronuncia que o ato era nulo. Do ponto de vista do direito positivo, portanto, nunca há nada mais que a anulabilidade, ainda que seja no sentido de considerar a nulidade como um caso-limite de anulabilidade, ou seja, uma anulação com efeito retroativo.²⁶³

Portanto, enquanto o sistema norte-americano, em sua concepção tradicional, tem o caráter de um controle meramente declarativo, o sistema austríaco, ao contrário, possui o caráter de um controle constitutivo da invalidade e da conseqüente ineficácia das leis que contrastam com a Constituição.

De tal conclusão deriva que, enquanto no sistema de controle difuso a eficácia opera, em princípio, *ex tunc*, retroativamente, no sistema de controle concentrado (pelo menos em sua versão original), a eficácia do pronunciamento opera *ex nunc* ou, ainda, *pro futuro*, não se admitindo, normalmente, qualquer retroatividade da eficácia da anulação.²⁶⁴

Aliás, como afirmou Kelsen, “*o ideal da segurança jurídica requer que, geralmente, só se atribua efeito à anulação de uma norma geral irregular pro futuro, isto é, a partir da anulação*”.²⁶⁵

²⁶³ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 143.

²⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 116. Assim afirma, também, Enterría, dizendo que “*en el sistema austríaco de 1920, el gran jurista Kelsen, que lo configuró, estableciendo así el primer sistema europeo de justicia constitucional, se había apartado en este punto, como en otros, de la tradición norteamericana y había dispuesto expresamente que el vicio de inconstitucionalidad de una Ley determinaría siempre una simple anulabilidad y no una nulidad, de modo que la eficacia de la Sentencia que la declarase sería siempre ex nunc, esto es, a partir de su fecha, y no retroactiva o ex tunc*” (ENTERRÍA, Eduardo García de. *Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales*. *Revista de Direito Público*, n. 92, out./dez. 1989, p. 8).

²⁶⁵ Kelsen ainda alerta sobre a necessidade de se considerar a possibilidade de não deixar a anulação entrar em

Como decorrência da diferença antes apontada, tem-se, igualmente, que o sistema austríaco, além do caráter constitutivo, tem caráter geral, isto é, dá origem a uma anulação que, conquanto não seja retroativa, opera *erga omnes*, de modo que se fala, precisamente, de uma *Allgemeinwirkung* (eficácia geral).²⁶⁶

No sistema norte-americano, diversamente, a regra fundamental é a de que o juiz deve limitar-se a não aplicar a lei inconstitucional ao caso concreto, de maneira que o controle judicial da constitucionalidade das leis não tem, como na Áustria, eficácia geral, *erga omnes*, mas apenas especial, *inter partes*, uma *Individualwirkung*. Tal característica, nos Estados Unidos, acaba por ser afastada por força do princípio do *stare decisis*, especialmente quando o controle é exercido pela Suprema Corte.²⁶⁷

Os sistemas vigentes na Itália e na Alemanha, novamente nesse ponto, encontram-se entre os dois modelos originários.²⁶⁸ Se, por um lado, a declaração de constitucionalidade possui eficácia *erga omnes*, tornando a lei inconstitucional ineficaz para todos e não apenas deixando de aplicá-la em um determinado caso concreto, como no sistema austríaco, por outro lado, afirma-se, em geral, que a eficácia opera *ex tunc*, ou seja, também para o passado,²⁶⁹ no que se aproximam esses sistemas do modelo americano.²⁷⁰

vigor antes de expirar certo prazo. Assim, da mesma maneira que pode haver razões válidas para fazer a entrada em vigor de uma norma ser precedida por uma *vacatio legis*, também poderia haver motivos a ensejar que a norma somente deixe de vigorar expirado certo prazo a partir da sentença de anulação (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 145).

²⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 118. Tratando especificamente do modelo alemão, Hartmut Maurer afirma que as decisões do Tribunal Constitucional Federal são vinculativas para todos os órgãos estatais; obtêm, mais além, força de lei. Por tal expressão, contudo, não se deve entender a tentativa de equiparar o controle normativo à atividade legislativa, mas simplesmente que a decisão sobre a validade ou invalidade de uma lei, como a própria lei, possui vinculatividade universal. Força de lei, portanto, significa vinculatividade universal (MAURER, Hartmut. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 231).

²⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 118.

²⁶⁸ No caso da Alemanha, afirma Maurer que as leis inconstitucionais são, fundamentalmente, nulas. Isso não é, segundo o autor, completamente indiscutível, mas resulta da tradição constitucional alemã. Assim, pela decisão do controle normativo, a verificação da nulidade também se diz apenas declaratória, conquanto se admita um certo efeito constitutivo, na medida em que ela esclarece, determinante e vinculativamente, a situação jurídica. Ademais, a declaração de nulidade atua *ex tunc*, ou seja, a partir da promulgação da lei (MAURER, Hartmut. *A revisão jurídico-constitucional das leis pelo Tribunal Constitucional Federal*, cit., p. 302-303).

²⁶⁹ Na Alemanha, no entanto, esse modelo foi sendo paulatinamente atenuado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, engendrando-se novas técnicas que vieram a ser consolidadas na reforma da jurisdição constitucional de 1970. Passou-se, então, a conceber que a norma seja considerada “incompatível” com a Constituição, sem a declaração de nulidade. Nesses casos, o Tribunal não reconhece a nulidade com eficácia retroativa, seja porque tal retroatividade não geraria efeitos práticos, seja porque não traria benefícios aos interessados, ou ainda porque importaria gravame desproporcional a outros interesses dignos de proteção (TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objetivo do controle direto*, cit., p. 191).

²⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 119.

O modelo austríaco, contudo, a partir da reforma de 1929, atenuou a contraposição com o sistema americano. Com efeito, na mesma ocasião em que se admitiu a legitimação de dois órgãos judiciários para arguir, perante a Corte Constitucional, as questões constitucionais, passou-se a considerar a necessidade de que a lei contrária à Constituição devesse, em seguida ao pronunciamento da Corte Constitucional, ter aplicação recusada também em relação aos fatos verificados no caso concreto, ou seja, verificados antes do pronunciamento. O sistema austríaco, assim, eliminou o inconveniente de que a inconstitucionalidade não fosse observada nos processos pendentes perante os tribunais legitimados a submeter a questão à Corte Constitucional. Contudo, permanece, nesse modelo, o defeito da disparidade de tratamento entre os cidadãos, uma vez que apenas beneficia as partes do procedimento no qual a questão tenha sido arguida.²⁷¹

Assim como na Áustria as exigências de ordem prática levaram, em 1929, a uma atenuação do rigor da doutrina da não-retroatividade, nos Estados Unidos tais exigências induziram a atenuar a contraposta doutrina da eficácia *ex tunc*, ou seja, da retroatividade.²⁷²

A doutrina tradicional, como visto, parte do pressuposto de que a lei inconstitucional seja, *ab origine*, nula e ineficaz, de modo que todo ato nela fundado está destituído de uma base legal válida. Pode acontecer, contudo, que uma lei tenha sido pacificamente aplicada por muitos anos e, após, vem a ser considerada inconstitucional. Tal situação pode ocorrer por diferentes motivos, seja por mudança de opinião do judiciário quanto à constitucionalidade da lei, seja pela eventual demora em pacificar a questão perante um órgão superior.

De fato, a aplicação indiscriminada do efeito *ex tunc* pode gerar situações propícias a causar lesões a direitos individuais, além de insegurança jurídica e de contrariedade aos ditames da justiça. Nascendo com presunção de constitucionalidade, a lei viciada dá origem a inúmeras relações jurídicas que se estabelecem durante sua vigência, criando, nos destinatários, a expectativa de que sua pauta de conduta seja cumprida.²⁷³

Os inconvenientes que daí poderiam surgir fez desenvolver-se a chamada doutrina prospectiva, pela qual a Suprema Corte americana teve de flexibilizar, ainda que excepcionalmente, algumas linhas da rígida estrutura lógica da doutrina da nulidade, para

²⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 120-122.

²⁷² Existe, de fato, uma clara tendência convergente entre os dois clássicos modelos (SEGADO, Francisco Fernández. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, cit., p. 223).

²⁷³ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 57.

admitir que uma lei inconstitucional é um “*operative fact*”.²⁷⁴

Foi no *case* Linkletter, datado de 1965, que a Suprema Corte americana, pioneira no controle judicial da constitucionalidade das leis, formulou a doutrina prospectiva.

No caso, o Sr. Linkletter havia sido condenado com fundamento em um tipo de prova que, posteriormente à sua condenação, foi considerada contrária ao princípio do *due process of law* inserto na Constituição. Apoiando-se nesta declaração, Linkletter requereu a revisão de sua condenação. A sentença de 1965 rechaçou tal pretensão.²⁷⁵

A Suprema Corte, para tanto, explicitou que a Constituição não proíbe nem exige o efeito retroativo,²⁷⁶ e que para decidir sobre a aplicação retroativa deve-se ponderar as vantagens e os inconvenientes de cada caso concreto. Aplicando tal critério, valorou a Suprema Corte que a aplicação retroativa da doutrina sobre a inadmissão constitucional de certas provas acabaria por causar grandes embaraços à administração da Justiça, já que seria necessário revisar virtualmente todas (ou um grande número de) sentenças em curso de execução, num momento em que já haviam desaparecido as testemunhas diretas e a possibilidade de nova valoração do conjunto fático-probatório, de maneira que esse *serious disrupt* da administração da Justiça haveria de ser evitado. O efeito da declaração de inconstitucionalidade remeteu-se, então, à data da sentença, isto é, com efeitos para o futuro, prospectivamente.²⁷⁷

Os pressupostos da aplicação da teoria foram, em 1967, melhor esclarecidos no *case* Stowall, tendo a Suprema Corte enumerado os seguintes critérios: a) a finalidade de se estabelecer novos critérios normativos; b) a extensão da confiança nos critérios interpretativos anteriores por parte das autoridades que aplicam o direito; e c) o efeito sobre a administração da Justiça que se poderia produzir a partir da aplicação retroativa dos novos critérios normativos.²⁷⁸

Como afirmou García de Enterría, a doutrina da declaração prospectiva da ineficácia das leis inconstitucionais, decorre de uma necessidade prática comum a qualquer jurisdição de

²⁷⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. Prefácio, cit.

²⁷⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales, cit., p. 6.

²⁷⁶ Como leciona Tribe, a Suprema Corte, em verdade, rejeitou ambos os extremos, afirmando que a Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo, de modo que a questão da retroatividade pode ser tratada como um assunto puramente de política judiciária, a ser decidido novamente em cada caso (TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000, p. 30).

²⁷⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales, cit., p. 6.

²⁷⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales, cit., p. 6.

perfil constitucional.²⁷⁹

Além das considerações de ordem prática, observa-se que a doutrina prospectiva trata de eliminar o freio, a *self restraint* que acaba por impedir a depuração constitucional do ordenamento em um ponto essencial. Trata-se, assim, de doutrina que amplia notavelmente o campo de atuação da jurisdição constitucional sobre as leis, já que permite um ajuste sucessivo e cada vez mais afinado das normas que compõem o ordenamento com os valores constitucionais, ampliando a eficácia prática da Constituição.²⁸⁰ Pode-se afirmar, assim, que a doutrina prospectiva funciona como uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização constitucional.²⁸¹

Em resumo, pode-se dizer que o objetivo da doutrina prospectiva é justamente respeitar certos “efeitos consolidados (entre os quais emerge, de modo particular, a autoridade da coisa julgada)”, produzidos por atos que venham a ser declarados inconstitucionais. Isso se faz porque, de outra maneira, se teriam mais graves repercussões sobre a paz social e sobre a exigência de um mínimo de segurança jurídica.²⁸²

²⁷⁹ Como afirma o autor, “la técnica de la anulación prospectiva se ha desarrollado en las jurisprudencias constitucionales de otros países y en la de los Tribunales supranacionales europeos en función de un problema específico del control judicial de las leyes. En palabras ya clásicas de Otto Bachof en su trabajo ‘El juez constitucional entre el Derecho y la Política’ [...], porque las Sentencias anulatorias de una Ley ‘pueden ocasionar catástrofes, no solo para el caso concreto, sino para un invisible número de casos; cuando esas Sentencias son ‘políticamente equivocadas’ (en el sentido de que desbaratan las tareas políticas legítimas de la dirección del Estado), la lesión puede alcanzar a la comunidad política entera’. Así, pues, ‘más que el juez de otros ámbitos de la justicia, puede y debe el juez constitucional no perder de vista las consecuencias – y tan frecuentemente consecuencias políticas – de sus sentencias” (ENTERRÍA, Eduardo García de. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales, cit., p. 12-13).

²⁸⁰ Enterría explicita que a alternativa à prospectividade das sentenças não é, como se poderia supor, a retroatividade, mas sim a abstenção no descobrimento de novos critérios de efetividade da Constituição, “el estancamiento en su interpretación, la renuncia, pues, a que los Tribunales Constitucionales cumplan una de sus funciones capitales, la de hacer una living Constitution, la de adaptar paulatinamente esta a las nuevas condiciones sociales” (ENTERRÍA, Eduardo García de. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales, cit., p. 15).

²⁸¹ Jorge Miranda, em comentário ao texto constitucional português, esclarece os fundamentos que recomendam a aplicação da doutrina prospectiva: “a fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização. Uma norma como a do art. 282, n° 4, aparece, portanto, em diversos países, senão nos textos, pelo menos na jurisprudência. Como escreve Bachof, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis conseqüências destas. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de proteção de cidadãos singulares. Não pode entender-se isto, naturalmente, como se os tribunais tomassem como ponto de partida o presumível resultado da sua decisão e passassem por cima da Constituição e da lei em atenção a um resultado desejado. Mas a verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer outra razão duvidoso, é também em regra — embora não sempre — um resultado juridicamente errado” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. v. 2. Lisboa: Coimbra, 2003, p. 500-502).

²⁸² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p.

1.2.5 O Sistema de Controle de Constitucionalidade Vigente no Brasil

O sistema de controle de constitucionalidade atualmente adotado no Brasil, como sabemos, é o judicial, exercido pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário. O modelo brasileiro, além disso, pode ser considerado misto, pois opera sob as modalidades concentrada e difusa.

Como é sabido, o sistema brasileiro moldou-se em 1891 com base no modelo americano,²⁸³ tendo sido, ao passar dos anos, aperfeiçoado²⁸⁴ e expandido com medidas de natureza ou efeitos coletivos.²⁸⁵

Ao termo de tal evolução, construiu-se, em 1988, um sistema misto de controle que,

122-124.

²⁸³ Os autores da nossa primeira Constituição republicana, diz Ruy Barbosa, “*não eram alumnos políticos de Rousseau e Mably (...), eram discípulos de Madison e Hamilton*” (BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os actos inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, cit., p. 33). Como bem salienta Daniel Mitidiero, embora a Constituição de 1891 tenha tido notória influência do direito norte-americano, não se pode dizer que o *judicial review* então estabelecido seja algo estranho à história do direito brasileiro, pois, na verdade, a Constituição de 1891 acabou por retomar a tradição do *iustum iudicium* já presente nas Ordenações, submetendo à revisão do Poder Judiciário todos os atos de poder do Estado. Como leciona Antônio Hespanha, o imaginário político em Portugal dos séculos XIII a XVIII tinha sua pedra angular nas noções de *iurisdictio* e de *iudicium*, tendo em conta a identificação corrente existente entre *iustitia* e *officium regni*. Toda a atividade de poder, assim, especificava-se em uma atividade processualizada, submetendo-se ao *iustum iudicium*, cujo pano de fundo eram as ordenações do Reino. A jurisdicionalidade da ordem jurídica, então, é um traço que permeia todo o direito comum, de modo que os atos estatais se submetiam ao juízo, inclusive quando em jogo algumas questões de ordem estritamente política. Em Portugal, passado o antigo regime, seguiu-se, com a Lei da Boa Razão, o período de influência iluminista, o que não se verificou no Brasil, onde permaneceram em vigor as Ordenações do Reino. Assim, “*o direito comum continuou tendo larga vigência no Brasil e, com ele, a jurisdicionalidade do direito*”, abandonada pela Constituição de 1824, mas retomada com a Constituição Republicana (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 23-24).

Ainda sobre o assunto, convém mencionar o estudo de Nicola Picardi, que examina, do ponto de vista histórico, a passagem da noção de *iudicium* à de *processus*, a qual, de acordo com o autor, não se resolve tão somente em um problema terminológico, mas representa uma mudança radical no modo de conceber o fenômeno processual, com uma mutação de lógica e pela apropriação do *ordo iudicarius* pelo príncipe. Nada obstante, Picardi aponta, logo no início do trabalho, a existência de uma clara continuidade entre o direito comum e o direito próprio do *common law*, caracterizado pelo modelo do controle difuso de constitucionalidade (PICARDI, Nicola. Verbete: Processo civile: c)diritto moderno. In: *Enciclopédia del Diritto*, Milano, Giuffrè, v. XXXVI, 1987, p. 101-118).

²⁸⁴ Na realidade, ainda que o nascimento da garantia jurisdicional tenha ocorrido nos Estados Unidos, o restante do continente americano não foi mero sujeito passivo, simplesmente recebendo a técnica desenvolvida no norte. Assim, a recepção da *judicial review* não supõe uma homogeneização dos procedimentos encaminhados para a defesa da Constituição. O transplante legal da *judicial review*, forjada na tradição jurídica do *common law*, para um ambiente hispânico e português de mais de três séculos pertencente ao sistema jurídico da família romano-germânica, haveria de produzir instituições peculiares, que se distinguem claramente do sistema americano. A primeira razão para tanto já se encontra no fato de que, no Brasil e em outros países da América Latina, foram desenvolvidos instrumentos processuais, enquanto nos Estados Unidos, a *judicial review* é antes um princípio do que uma via particular para o controle de constitucionalidade (SEGADO, Francisco Fernández. Del control político al control jurisdiccional: evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina, cit., p. 18-22).

²⁸⁵ Para um exame mais aprofundado da evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil, cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 740 e seguintes.

às vantagens do controle difuso acrescenta vantagens do controle concentrado. Assim, ninguém está impedido de obter, com o juiz do seu domicílio, o resguardo ao seu direito individual constitucionalmente protegido, bem como pode valer-se dos benefícios associativos para que, sem necessidade desse pleito individual, seja reconhecida a inconstitucionalidade de uma norma. Assim, pode-se dizer que no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade existe controle concentrado, mas não sistema concentrado.²⁸⁶

Nosso processo constitucional, portanto, possui caráter híbrido, influenciado pela tradição do *common law*, estando diretamente vinculado ao desenvolvimento do processo civil brasileiro. Em verdade, “o direito processual civil entre dois mundos, o judge-made law norte-americano e o juiz boca-da-lei europeu, sofreu nas nossas peculiaridades históricas uma natural fusão”, influenciada pela cultura local de facilmente lidar com institutos estrangeiros, buscando-se sempre a “boa-razão”.²⁸⁷

No Direito brasileiro vigente, de fato, o controle concentrado ou abstrato é o que se dá por meio de ação direta dirigida ao Supremo Tribunal Federal (ou, no âmbito dos Estados, ao Tribunal de Justiça),²⁸⁸ que faz instaurar processo objetivo, independentemente da existência de um caso concreto, ou seja, não tem por objeto um litígio entre as partes, mas sim um pronunciamento judicial acerca da validade da lei em tese. Não se trata, portanto, de via adequada para a tutela jurisdicional de situações individuais, mas para a proteção do próprio ordenamento, evitando que permaneça no sistema uma lei incompatível com a Constituição.²⁸⁹

Logo, por ser um processo de natureza objetiva, a decisão proferida em sede de controle concentrado opera efeitos *erga omnes*, incidindo sobre todos os possíveis destinatários da norma.²⁹⁰

²⁸⁶ CUNHA, Sérgio Sérulo da. Prefácio, cit., p. XVII.

²⁸⁷ Com efeito, essa composição institucionalizada do Estado de Direito e da *rule of law*, que admite o *judicial review* e o *stare decisis* mitigado ao lado de um sistema técnico e codificado de processo civil, fez com que o Direito brasileiro alcançasse “a pretensão mais acurada da processualística contemporânea: uma figura mestra que une as vantagens das duas tradições”, podendo ser considerado como verdadeiro modelo para os países que adotam uma Constituição democrática (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 264).

²⁸⁸ O controle abstrato (por meio de ação direta) das leis municipais e estaduais em face da Constituição do Estado cabe aos Tribunais de Justiça. Ao Supremo Tribunal Federal, por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, cabe o controle abstrato de normas estaduais e federais em face da Constituição Federal. Também se mostra cabível o controle abstrato da constitucionalidade de normas municipais pelo STF, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental da Constituição Federal.

²⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 250-251.

²⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência

Atualmente, existem basicamente três ações para o controle direto de constitucionalidade das normas no direito brasileiro: (a) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), prevista no artigo 103 da Constituição Federal, por meio da qual se obtém o reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma legal ou de um ato normativo de efeitos concretos; (b) a Ação Direta de Constitucionalidade, também prevista no artigo 103 da Constituição, introduzida pela Emenda Constitucional n.º 3 de 1993, mecanismo por meio do qual o Poder Público pode buscar a afirmação da constitucionalidade de uma norma; e (c) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, destinada a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, incluindo leis ou atos normativos federais, estaduais ou municipais.

Além das três ações acima indicadas, a Constituição também reconhece a possibilidade de ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de medida para tornar determinada norma constitucional efetiva.²⁹¹

Para todas as ações em sede de controle concentrado, os legitimados são o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Contudo, visando reduzir a quantidade de ações diretas a serem julgadas, o Supremo Tribunal Federal elaborou, jurisprudencialmente, um critério denominado de “relação de pertinência temática”, pelo qual a legitimação fica adstrita às atribuições do órgão que impugna a constitucionalidade de determinada norma. Apesar disso, o critério estabelece a divisão entre os legitimados universais,²⁹² dos quais não se exige a demonstração de pertinência, e os legitimados parciais,²⁹³ que devem comprovar o efetivo interesse.²⁹⁴

do Supremo Tribunal Federal, cit., p. 251.

²⁹¹ Como Salienta Fernando Facury Scaff, sendo julgada procedente a ADI por omissão, o Supremo Tribunal Federal dá ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgãos administrativos, para fazê-lo em trinta dias. Contudo, como os efeitos são meramente declaratórios, reconhecendo que o poder legislativo terá de criar a norma para implementar determinado item previsto na Constituição, a quantidade dessas ações não é proporcionalmente muito elevada (SCAFF, Fernando Facury. Novas dimensões do controle de constitucionalidade no Brasil: prevalência do concentrado e o caso do difuso, cit., p. 21).

²⁹² Nos quais se enquadram o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos.

²⁹³ As Mesas das Assembléias Legislativas ou da Câmara legislativa do Distrito Federal, os Governadores de Estado ou do Distrito Federal, confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

²⁹⁴ Tal exigência, para Fernando Facury Scaff, mostra-se bastante inconsistente com a ideia, também aceita pelo

Quanto ao objeto de controle de constitucionalidade pelo sistema concentrado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também construiu outra importante limitação, estabelecendo que os termos “lei” e “ato normativo” devem ser entendidos no sentido material, isto é, com as características de generalidade e abstração.

Além disso, os atos normativos, para que possam constituir objeto de ADI ou ADC devem derivar diretamente da Constituição, como os regimentos internos dos tribunais. Restam excluídos do âmbito de controle direto, portanto, as leis de efeitos concretos, como as leis orçamentárias, bem como os regulamentos do Poder Executivo, por conterem problemas de legalidade, e não de constitucionalidade, exceto quando não há lei que autorize o exercício do poder regulamentar, de modo que haja violação ao princípio da separação dos poderes. No que se refere à ADPF, seu âmbito encontra-se circunscrito ao controle de normas de todas as esferas federativas que violem preceito constitucional, inclusive com referência a normas anteriores à Constituição de 1988, que, tecnicamente, passaram a ser consideradas como não recepcionadas.²⁹⁵

O nosso sistema, contudo, não reserva apenas ao Supremo Tribunal Federal (e ao Tribunal de Justiça, no âmbito local) a competência para apreciação da inconstitucionalidade da lei. Também os juízos de primeiro e segundo grau podem fazer esse controle, no curso de um processo qualquer, como questão incidental ao julgamento de mérito.²⁹⁶ Trata-se do controle difuso ou concreto, o qual se caracteriza pela possibilidade de qualquer juiz ou tribunal, em qualquer grau de jurisdição, realizar no caso concreto o exame a respeito da compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal.²⁹⁷

A exemplo do modelo americano, a primeira característica do controle difuso vigente no Brasil é que ele pressupõe a existência de um caso concreto, ou seja, é preciso haver uma

STF, de que no controle abstrato de constitucionalidade instaura-se um processo “objetivo”, “sem partes”, que visa à defesa da Constituição e não à defesa de interesses particulares (SCAFF, Fernando Facury. *Novas dimensões do controle de constitucionalidade no Brasil: prevalência do concentrado e o caso do difuso*, cit., p. 22).

²⁹⁵ SCAFF, Fernando Facury. *Novas dimensões do controle de constitucionalidade no Brasil: prevalência do concentrado e o caso do difuso*, cit., p. 23.

²⁹⁶ No Brasil, como adverte Lúcio Bittencourt, a faculdade de reconhecer a inconstitucionalidade de um ato é consectária da função jurisdicional, e, portanto, cabe a quem quer que legitimamente exerça essa função (BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 35).

²⁹⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 587. Todos os juízes e tribunais, federais ou locais, ordinários ou especiais, podem reconhecer a inconstitucionalidade, embora a última palavra sobre o assunto possa, em qualquer caso, ser deferida ao Supremo Tribunal Federal. O mesmo ocorre nos Estados Unidos, onde a questão da constitucionalidade pode ser examinada não só pela Suprema Corte de Washington, mas também pelo mais humilde tribunal de qualquer Estado, desde que se pleiteie perante ele causa em que se discuta a questão. Assim, quando se refere à Suprema Corte americana como guarda da Constituição, apenas se diz que representa o tribunal de última instância, mas as suas funções, em gênero, são as mesmas deferidas aos demais tribunais (BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 35-36).

ação judicial para que possa ser exercido. É indispensável que a jurisdição tenha sido suscitada nos autos de uma ação judicial. E a manifestação do Judiciário sobre a inconstitucionalidade não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito.²⁹⁸

Por isso, nessa forma de controle, a declaração de inconstitucionalidade produzirá efeitos apenas *inter partes*, de modo que a lei continua a vigorar normalmente, podendo ser aplicada como válida em qualquer outra relação processual.

Nada obstante o sistema brasileiro conjugue elementos dos modelos americano e austríaco, com relação aos efeitos dos pronunciamentos, deve-se notar que a doutrina brasileira, em sua maioria, consagra a tese proveniente de *Marbury versus Madison*, de que a norma inconstitucional é nula e írrita.²⁹⁹ Em decorrência disso, seriam inválidos todos os efeitos do ato inconstitucional, que devem ser desconstituídos retroativamente. Tal doutrina começou a ser difundida no Brasil a partir de Ruy Barbosa,³⁰⁰ consagrando o tripé nulidade, caráter declaratório da decisão e efeito *ex tunc* da desconstituição.³⁰¹

Contudo, o *dogma* da nulidade da lei inconstitucional gera uma série de problemas, notadamente por conferir ênfase a um regime exclusivo de desfazimento de efeitos contraposto à segurança jurídica. Tal postura, aliás, desconsidera a própria evolução que os

²⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cit., p. 246.

²⁹⁹ Como afirma Gilmar Mendes, o dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro, tendo sido sustentado por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas. Assim, fundados na doutrina americana, segundo a qual “*the unconstitutional statute is not law at all*”, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se no sentido da equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade, afirmando-se, inclusive, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 317-318).

A propósito, cf. Alfredo Buzaid, para quem “*sempre se entendeu entre nós, de conformidade com a lição dos constitucionalistas americanos, que toda lei, adversa à Constituição, é absolutamente nula; não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a ab initio. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade*” (BUZOID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 128-132).

No mesmo sentido, parece ser a opinião de Lúcio Bittencourt, que dá realce ao caráter declaratório, afirmando que “*a inconstitucionalidade da lei, uma vez reconhecida e declarada pelos tribunais tem como consequência necessária ou a sua revogação, ou a sua inexistência, ou a sua ineficácia*”, sendo que, aplicando-se tal terminologia, dá-se a revogação na hipótese de lei anterior e incompatível com a Constituição; a inexistência quando a lei ferisse alguma das formalidades do processo legislativo; e a ineficácia quando a lei fosse incompatível com a Constituição. Nessa última hipótese, entende o autor que a lei, assim declarada inconstitucional, não fica revogada ou nula, pois continua a figurar no corpo das leis, mas os tribunais as desconhecem na apreciação dos casos concretos submetidos a seu julgamento, “*negam-lhe aplicação, recusando-lhe eficácia jurídica*” (BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 131-134).

³⁰⁰ Vide, a esse respeito, a obra já citada de Ruy Barbosa: BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os actos institucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântida, 1893.

³⁰¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 76, jun. 2004, p. 61.

sistemas de origem (austríaco e americano) experimentaram com o passar do tempo.³⁰²

Além disso, a tese da nulidade do ato inconstitucional redundava numa incoerência em face do controle difuso da forma como vigora atualmente no Brasil. Ao contrário do direito americano, no qual se observa o princípio do *stare decisis*, de modo que uma lei declarada inconstitucional não mais se aplica, no direito brasileiro, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade não colhe senão as partes litigantes. Assim, resulta ser perfeitamente possível que uma norma nula *ipso iure* continue a ser aplicada.³⁰³

Tal tese, ademais, parece não ser acolhida pelo ordenamento brasileiro,³⁰⁴ sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o advento das Leis n.º 9.868 e n.º 9.882 de 1999. Em outras palavras, parece ser evidente que as alterações observadas não se coadunam com a doutrina tradicional.

Na realidade, essas regras inauguraram novo paradigma no nosso direito positivo pertinente à jurisdição constitucional, rompendo com o dogma da eficácia *ex tunc* da sentença declaratória de inconstitucionalidade de lei.³⁰⁵

Com efeito, o texto constitucional atualmente em vigor, embora tenha mantido o controle difuso no direito brasileiro, deu ênfase ao controle concentrado, abstrato.³⁰⁶ A Constituição Federal de 1988 não só alargou a legitimidade para a ação direta de declaração de inconstitucionalidade, como também previu a ação de inconstitucionalidade por omissão. Ainda em sede de controle abstrato, a Emenda Constitucional n.º 3/1993 introduziu a ação direta de constitucionalidade. Por fim, também as Leis n.º 9.868 e n.º 9.882 de 1999, a primeira ao regular o processo e julgamento da ação direta de constitucionalidade e inconstitucionalidade, e a segunda a reger a arguição de descumprimento de preceito

³⁰² ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*, cit., p. 45.

³⁰³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro, cit., p. 62.

³⁰⁴ Aliás, considerando-se que no Brasil convivem – desde a Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965, à Constituição de 1946 – os modelos abstrato e concreto de controle de constitucionalidade das leis, não deixa de causar estranheza a formação do dogma da nulidade da lei inconstitucional, que tornou inarredável a retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*, cit., p. 45).

³⁰⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. Prefácio, cit.

³⁰⁶ De fato, como afirma Gilmar Mendes, a Constituição de 1988 conferiu ênfase não mais ao sistema difuso, mas ao modelo concentrado, uma vez que, “*praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência*” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1111-1112).

fundamental, introduziram inovações de peso no sistema.³⁰⁷

Gilmar Ferreira Mendes destaca que, à semelhança do modelo português, a Lei 9.868/1999, em seu artigo 27,³⁰⁸ introduziu no direito brasileiro uma nova modalidade de decisão de inconstitucionalidade de atos normativos, estabelecendo a possibilidade de limitação dos efeitos dessa decisão com fundamento no princípio da segurança jurídica ou em interesse público de excepcional relevo.³⁰⁹ Cabe ao Supremo Tribunal Federal verificar se, em determinadas hipóteses, a supremacia da Constituição e a isonomia, que justificam a atribuição de efeitos retroativos ao reconhecimento de inconstitucionalidade, não devem ceder espaço a outros valores também constitucionalmente relevantes, como a dignidade humana, a boa-fé, a segurança jurídica, etc.³¹⁰

Da leitura de tal norma, denota-se a possibilidade de que o reconhecimento da inconstitucionalidade pode ter seus efeitos restringidos, tanto materialmente, quanto temporalmente.

Como salienta Gilmar Mendes, até o advento da Lei n.º 9.868, talvez o Supremo Tribunal Federal fosse o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso da limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade.³¹¹

A partir da referida lei, do ponto de vista material, abre-se a possibilidade de que o ato inconstitucional continue, ao menos em parte, vigente e eficaz, subsistindo seus naturais

³⁰⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro, cit., p. 62.

³⁰⁸ Lei n.º 9.868, 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”.

³⁰⁹ Esse modelo também está consagrado, positiva ou jurisprudencialmente, nos sistemas de controle de constitucionalidade alemão, austríaco, italiano, espanhol e no direito comunitário, sendo que, como já examinamos anteriormente, até mesmo a jurisprudência americana reconhece e aplica o sistema mitigador da declaração de nulidade (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1119).

³¹⁰ TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objetivo do controle direto*, cit., p. 199.

³¹¹ Já em 1977, contudo, pode-se observar, na jurisprudência do STF, uma tímida tentativa de, com base na doutrina de Kelsen e em concepções desenvolvidas no direito americano, abandonar a teoria da nulidade em favor da denominada teoria da anulabilidade para o caso concreto. A fundamentação encontra-se no Recurso Extraordinário n.º 79.343, cujo Relator foi o Ministro Leitão de Abreu, o qual asseverou que a lei inconstitucional não poderia ser reputada nula porque, tendo sido editada regularmente, gozaria de presunção de constitucionalidade, de modo que sua aplicação continuada produziria consequências que não poderiam deixar de ser consideradas. Sustentou-se, então, o caráter constitutivo do reconhecimento da inconstitucionalidade, de modo que seria facultado ao Tribunal considerar que a lei aplicada por longo período haveria de ser considerada eficaz e, assim, apta a produzir consequências nas relações entre privados e destes com o Poder Público. Como salienta Gilmar Mendes, contudo, pode-se dizer que o Ministro Leitão de Abreu apenas propôs uma reflexão sobre o tema da limitação dos efeitos, já que ele próprio, nos casos concretos, acabou por entender inexistir conduta de boa-fé a ser preservada. (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, cit., p. 322).

efeitos. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “*pode ser reconhecido valor ao ato inconstitucional, valor de ato válido – enfatize-se – a um ato inconstitucional*”. De tal conclusão, resulta a manutenção dos efeitos já produzidos pelo ato (que não será desconstituído *ex tunc*), bem como a possibilidade de que o ato conserve a aptidão de produzir efeitos também para o futuro, porquanto a sua eficácia pode ser mantida.³¹²

Mais do que isso. Para Ferreira Filho, tal procedimento importa convalidação, o que exclui a ideia de nulidade prevista pela doutrina tradicional, de acordo com a qual o ato seria nulo e írrito. A conclusão, então, é de que “*o reconhecimento da inconstitucionalidade não implica a necessária nulificação do ato inconstitucional*”.³¹³

Quanto à restrição temporal, da leitura do texto legal, observa-se a possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal venha a fixar o momento a partir do qual o ato cuja inconstitucionalidade foi reconhecida deixará de produzir efeitos válidos, o que poderá ocorrer mediante o trânsito em julgado ou mesmo no futuro.

Assim, em suma, segundo o artigo 27 da Lei 9.868/1999, o Supremo Tribunal Federal terá três tipos de decisões a proferir: (a) declaração de inconstitucionalidade *ex nunc* (declara a inconstitucionalidade da norma apenas a partir do trânsito em julgado da decisão); (b) declaração de inconstitucionalidade *pro futuro* (declara a inconstitucionalidade da norma, suspendendo seus efeitos a partir de determinado momento no futuro, a ser fixado na própria decisão, devendo esse período ser adequado à necessidade do legislador de superação do modelo jurídico-legislativo inconstitucional);³¹⁴ e (c) declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade (declara a inconstitucionalidade da norma, mas sem pronunciar sua nulidade, permitindo que se suspenda a aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador se manifeste, dentro de prazo razoável, sobre a situação inconstitucional).³¹⁵

Assim, em que pese o princípio da nulidade continuar a ser a regra no direito

³¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro, cit., p. 64.

³¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro, cit., p. 65.

³¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1320.

³¹⁵ Acerca desse último tipo de decisão, esclarece Gilmar Ferreira Mendes que “*poderá ser o caso de determinadas lesões ao princípio da isonomia (exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade). Nessas situações, muitas vezes não pode o Tribunal eliminar a lei do ordenamento jurídico sob pena de suprimir uma vantagem ou avanço considerável. A preservação dessa situação sem qualquer ressalva poderá importar, outrossim, no agravamento do quadro de desigualdade verificado. Assim, um juízo rigoroso de proporcionalidade poderá recomendar que se declare a inconstitucionalidade sem nulidade, congelando a situação jurídica existente até o pronunciamento do legislador sobre a superação da situação inconstitucional*” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1321).

brasileiro, esse novo sistema permite o afastamento de sua incidência mediante o uso de juízo de ponderação³¹⁶ que, fundado na proporcionalidade, faça prevalecer, em um dado caso concreto, a segurança jurídica ou outro valor constitucionalmente relevante consubstanciado em interesse social.³¹⁷ Sendo assim, o afastamento do princípio da nulidade baseia-se não em política judiciária,³¹⁸ mas em fundamento constitucional próprio, caracterizando-se pela aplicação da proporcionalidade (especialmente a em sentido estrito) como instrumento de aferição da justeza da declaração de nulidade da norma, ponderando-se entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles eventualmente atingidos pela declaração de inconstitucionalidade.³¹⁹

Esse modelo restritivo também consagrou uma limitação de caráter procedimental, pois somente mediante *quorum* especial (dois terços dos votos) é que será possível declarar a inconstitucionalidade de uma norma com efeitos limitados.³²⁰

De fato, o citado artigo 27 impõe restrições ao emprego do diferimento dos efeitos da

³¹⁶ “A ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento.” A ponderação aplica-se a bens jurídicos (situações, estados ou propriedades essenciais à promoção dos princípios jurídicos), interesses (bens jurídicos na sua vinculação com algum sujeito que os pretende obter), valores (aspecto axiológico das normas, pois indicam que algo é bom e merece ser buscado e preservado) e princípios (aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido).

Independentemente de quais desses elementos sejam seu objeto, a ponderação pode ser mais intensamente estruturada, a qual poderá ser utilizada na aplicação de postulados específicos (igualdade, proporcionalidade e razoabilidade). Para tanto, há três etapas que devem ser vencidas: a primeira é a da *preparação da ponderação*, na qual se analisam exaustivamente todos os elementos e argumentos. A segunda etapa é a da *realização da ponderação*, na qual se fundamenta a relação estabelecida entre os elementos objeto de sopesamento, sendo que, em se tratando de princípios, deve-se indicar a relação de primazia entre um e outro. Já na terceira etapa, de *reconstrução da ponderação*, formulam-se regras de relação, inclusive de prevalência de um elemento sobre outro, com pretensão de validade também para outros casos.

Os critérios de ponderação podem ser vários. Dentre os principais estão os princípios constitucionais e as regras de argumentação construídas a partir deles, como a de que os argumentos linguísticos e sistemáticos devem prevalecer sobre os históricos, genéticos e pragmáticos (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 155-157).

³¹⁷ Criou-se, nas palavras de Ana Paula Oliveira Ávila, um regime em que a retroatividade dos efeitos é uma regra que deve conviver com as exceções (ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*, cit., p. 22).

³¹⁸ A possibilidade de aplicação da norma do artigo 27 baseada, pura e simplesmente, em razões de política judiciária deve ficar, aprioristicamente, excluída. “Nada nos estudos acerca da interpretação jurídica sugere que uma decisão jurídica possa se alicerçar, exclusivamente, em fundamentos extra-sistemáticos ou meramente pragmáticos, ou possa resultar do sentimento de justiça do intérprete”. Ademais, a afirmação de que a aplicação do artigo 27 deva, necessariamente, reconduzir a uma norma ou princípio constitucional, longe de ser uma afirmação de cunho positivista (no sentido legalista), decorre, na realidade, da atribuição da máxima efetividade e normatividade dos princípios constitucionais que fundamentam a ordem vigente, tais como o Estado de Direito, a democracia, a divisão dos poderes, a legalidade e a segurança jurídica (ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*, cit., p. 172).

³¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1319-1320.

³²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1320.

decisão que reconhece a inconstitucionalidade de determinado ato. Exige-se, para tanto, que a decisão do STF, além de ser tomada por dois terços dos seus membros, deve estar amparada em “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”.

Aliás, considerando que o Supremo já fazia uso da técnica da modulação, na linha da jurisprudência americana da doutrina prospectiva, pode-se dizer que o referido artigo 27 enrijeceu o procedimento, uma vez que condicionou tal possibilidade ao preenchimento de requisitos que o próprio dispositivo impõe.³²¹

Não são isoladas as críticas que tal dispositivo recebeu da doutrina,³²² tendo em vista que os conceitos nele referidos são extremamente amplos. Como sustenta Ferreira Filho, o primeiro até possui uma caracterização relativamente determinada, podendo-se dizer que a segurança jurídica seria a manutenção de direitos gerados pelo ato inconstitucional. Contudo, nada impede o tribunal de escolher entre os direitos que preserva e aqueles que não são dignos de proteção. Já pela noção de interesse social, diz o autor que se pode abranger tudo, de modo que “o texto apenas finge apontar parâmetros para a restrição. No fundo, deixa-os à opinião da maioria exigida”.³²³

O dispositivo, de fato, confere ao Supremo Tribunal Federal um poder sem precedentes no direito brasileiro, pois a mera possibilidade de fixação do termo inicial da produção dos efeitos pode levar à lesão de direitos fundamentais efetivados durante a vigência da lei ou à perpetuação da lesão que a vigência da lei gerou a direitos fundamentais.³²⁴ Ainda mais relevante é o fato de que a possibilidade de determinação dos efeitos tem justificativa em dois conceitos juridicamente indeterminados.³²⁵

³²¹ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*, cit., p. 57.

³²² Luís Roberto Barroso, tendo participado da comissão constituída pelo Ministro da Justiça para elaboração do anteprojeto que resultou na Lei n.º 9.868/1999, chegou a se posicionar contra a inovação legislativa, sustentando, nesse sentido, o seguinte: “[...] parecia-me que a providência desejada exigia uma emenda à Constituição. [...] o STF já administrava satisfatoriamente o problema, atenuando o rigor da teoria da nulidade nas hipóteses em que ela produzia resultados colidentes com outros valores constitucionais”. O autor destaca, ainda, “[...] o temor, que no Brasil não é infundado, de que as exceções virem regra, manipuladas pelas ‘razões de Estado’ ou pelo lastimável varejo político que ainda é a marca de um país em busca de amadurecimento” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, cit., p. 24).

³²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro, cit., p. 65.

³²⁴ Para um exame profundo e acurado do assunto, remetemos o leitor para a leitura da obra já citada: ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

³²⁵ Conceitos indeterminados, para Karl English, são conceitos cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, sendo que os conceitos jurídicos, ao menos em parte, são predominantemente indeterminados. Citando a doutrina de Philipp Heck, English conclui que podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um

O que nos parece certo, contudo, é que a possibilidade de restrição dos efeitos retroativos ou mesmo a atribuição de efeitos prospectivos ao reconhecimento de inconstitucionalidade, confere maior operacionalidade ao sistema de controle abstrato de constitucionalidade. Com efeito, a regra da obrigatoria retroatividade pode acabar fazendo com que o tribunal deixe de reconhecer a inconstitucionalidade da norma, a fim de evitar as consequências que daí adviriam. O poder de modulação dos efeitos afasta as soluções à base do tudo-ou-nada,³²⁶ evitando-se a *self restraint* a que aludiu Enterría, que acaba por impedir a depuração constitucional do ordenamento em um ponto essencial.³²⁷

De tais observações, Ferreira Filho conclui que não se pode mais considerar declaratória a natureza da ação direta de inconstitucionalidade, mas sim constitutiva-negativa: não se busca mais apenas declarar o fato de estar a lei viciada, mas sim desconstituí-la, a partir de um determinado momento.³²⁸

Parece aplicar-se ao sistema, portanto, a lição de Kelsen que, como visto anteriormente, aponta ser a norma inconstitucional uma norma anulável (nulificável), ainda que, em casos extremos, retroativamente. A nulidade, para Kelsen, é apenas o grau mais alto da anulabilidade, sendo que a lei será válida até sua anulação, não sendo nula desde o início. O caráter constitutivo da decisão que nulifica a lei desponta como evidente.

Interessante notar que, no direito brasileiro, Pontes de Miranda já havia atentado para o caráter constitutivo (negativo ou desconstitutivo) da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, rejeitando, por inteiro, a tese do caráter declaratório da sentença.

Pontes de Miranda apontou com propriedade o fato de que a doutrina tradicional coloca a inconstitucionalidade no plano da existência, quando, na verdade, ela se situa no plano da validade. O ato jurídico, como afirma, pode ser situado em “*três planos: o da existência, em que o fato jurídico, inclusive a regra jurídica como fato, é ou não é; o da validade, em que o fato jurídico vale, ou não vale (= é nulo ou anulável); e o da eficácia, que*

núcleo conceitual e um *halo* conceitual. Quando possuímos uma noção clara do conteúdo e da extensão do conceito, estamos diante do chamado núcleo conceitual. Já o halo do conceito inicia no momento em que surgem as dúvidas. A indeterminação de conceitos jurídicos pode resultar da pluralidade de sentidos da palavra que exprime o conceito, diante da qual somente a interpretação a partir do contexto oferecerá o sentido de que trata determinado caso (ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9. ed. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 208-209 e 259).

³²⁶ TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objetivo do controle direto*, cit., p. 200.

³²⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales*, cit., p. 15.

³²⁸ De fato, a própria Constituição, em seu artigo 101, I, “a” denomina *declaratória* a ação direta de inconstitucionalidade (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro*, cit., p. 66).

é o da irradiação do fato jurídico”.³²⁹

O ato jurídico, portanto, embora invalidamente, entrou no mundo do ser. Assim, o ato inconstitucional representa um ato existente, mas inválido, passível de ser desconstituído.

Muito se aproxima a lição de Pontes de Miranda da doutrina de Kelsen, muito embora o jurista brasileiro a ele não faça referência.

De fato, como leciona Alvaro de Oliveira, a tradição do direito brasileiro é considerar nula a lei inconstitucional, o que dá realce ao efeito invalidatório, ou seja, a eliminação retroativa da norma declarada inconstitucional. Nada obstante o efeito principal ser invalidatório, a doutrina continua tratando o tema como se fosse caso de declaração de inconstitucionalidade, transmudando a questão do plano da validade para o da existência ou inexistência. A questão, contudo, como salienta o autor, é puramente acadêmica, uma vez que hoje os efeitos da sentença estão perfeitamente definidos, sendo, como regra geral, *ex tunc*. Em casos excepcionais, no entanto, poderá o STF, por maioria de dois terços, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, 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, nos termos do artigo 27 da Lei 9.868/1999.³³⁰

A posição atual da doutrina, portanto, e mais consentânea com os diversos ordenamentos nos quais se tem previsão de controle de constitucionalidade das leis, inclusive o brasileiro, é a de que, *“embora o direito positivo consagre a nulidade do ato inconstitucional, tal nulidade é concebida como o grau máximo de anulação do ato inconstitucional e se coaduna com temperamentos e restrições à sua desconstituição”*.³³¹

³²⁹ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. t. IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, p. 418.

³³⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 154-155.

³³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro, cit., p. 69. Luís Roberto Barroso, embora admita, em casos excepcionais, a possibilidade de atenuações do princípio, continua afirmando que, no caso da lei inconstitucional, deve-se aplicar a sanção mais grave, que é a de nulidade, de maneira que o ato é nulo de pleno direito. Para Barroso, a lógica do raciocínio já presente em *Marbury versus Madison* é irrefutável, porquanto se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar a sua supremacia; a produção de efeitos regulares e válidos por uma lei inconstitucional representa negativa de vigência à Constituição. Daí porque, segundo Barroso, a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato. Como corolário natural de tal entendimento, Barroso afirma o caráter declaratório da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, uma vez que se trata, para ele, de uma situação pré-existente. Consequentemente, afirma o autor, *“seus efeitos se produzem retroativamente, colhendo a lei desde o momento de sua entrada no mundo jurídico. Disso resulta que, como regra, não serão admitidos efeitos válidos à lei inconstitucional, devendo todas as relações jurídicas constituídas com base nela voltar ao status quo ante”*, ressaltando-se algumas situações irreversíveis e que exigem, na prática, um tratamento peculiar (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da*

Portanto, ao direito positivo brasileiro, muito mais se ajusta a doutrina de Kelsen,³³² em que a própria nulidade aparece como uma desconstituição do ato.³³³

O legislador, na realidade, afastou-se de um modelo rígido e absoluto que obrigava à definição da natureza jurídica da inconstitucionalidade, pois, quanto aos efeitos, o dispositivo introduzido pela Lei n.º 9.868 permite que sejam disciplinados ora como se o ato inconstitucional fosse nulo, ora como se fosse anulável, ora como se fosse “ainda válido”.³³⁴

doutrina e análise crítica da jurisprudência, cit., p. 16).

Também Zavascki afirma que a doutrina da nulidade da norma inconstitucional não sofre qualquer limitação em face do advento da Lei n.º 9.868. Na realidade, entende o autor que a norma do artigo 27 reafirma a tese, pois deixa implícito que os atos praticados com base em lei inconstitucional são atos nulos e apenas excepcionalmente poderão ser mantidos (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 49).

³³² Luís Afonso Heck aduz, nesse sentido, que, com base no texto legal e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pode-se afirmar que a doutrina da nulificabilidade está presente no ordenamento jurídico brasileiro (HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*, cit., p. 70).

³³³ Nada obstante, Ferreira Filho, influenciado pela doutrina portuguesa, sobretudo pelas lições de Jorge Miranda, propõe critérios para diferenciação dos efeitos, que, para que estes não fiquem à mercê das conveniências de momento, deveriam ser fixados pela Constituição ou em lei complementar. A proposta de Ferreira Filho parte da distinção entre inconstitucionalidade material e formal. No primeiro caso, considerado o ápice na escala de gravidade dos vícios, aduz o autor a necessidade de que o ato seja sancionado com a nulidade, desconstituindo-se *ex tunc* os seus eventuais efeitos. Para a hipótese de inconstitucionalidade formal, deve-se levar em conta a medida em que o ato deturpa a expressão da vontade geral que enuncia o Estado. De fato, o descumprimento do parâmetro formal pode dar-se de distintas maneiras, apresentando um grau muito variado de gravidade. Assim, o descumprimento pode ser tal que torne “*inexistente o ato, por lhe faltar elemento inerente à manifestação de vontade do órgão público, num extremo, como ‘lei’ não votada pelo Legislativo; ou, noutro, mera irregularidade de procedimento*”. Na opinião de Ferreira Filho, então, “*em função da gravidade da violação, pode ser graduada a sanção do vício, prevendo-se ou a nulidade absoluta, para o caso de ‘inexistência’ do ato, ou de vício gravíssimo (se não se quiser recorrer o tipo ‘ato inexistente’), com o desfazimento retroativo dos efeitos; ou a anulabilidade, com restrição de efeitos, para os casos intermediários, admitindo-se a sanabilidade ou convalidação; ou a validação, sem qualquer restrição no tocante a efeitos, se ocorrer mera irregularidade, ou seja, descumprimento sem mera importância de prescrições procedimentais*” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro, cit., p. 70).

³³⁴ Não se está a negar, obviamente, que o princípio da nulidade da lei inconstitucional vigora como regra no direito brasileiro. Contudo, não se pode perder de vista que invalidade é uma categoria deontológica e não ontológica, assim como os regimes de efeitos atribuídos às invalidades pelo legislador. Na realidade, nulidade e anulabilidade não apresentam diferença intrínseca, pois são simplesmente defeitos, com maior ou menor potencialidade para desconstituir os efeitos do ato jurídico existente, conforme vier o legislador a fixar (ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*, cit., p. 22 e 169).

PARTE II: APONTAMENTOS SOBRE AS TEORIAS DA CHAMADA “RELATIVIZAÇÃO” DA COISA JULGADA

Uma vez delimitados alguns conceitos fundamentais para o aprofundamento do assunto de que nos ocupamos no presente trabalho, chega a hora de aproximarmos-nos do tema que constitui objeto de nossas preocupações, qual seja, a exegese da norma dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Contudo, antes de se adentrar no exame da interpretação dos dispositivos, mostra-se oportuno examinar alguns dos argumentos que fundamentam a tese da chamada “relativização” da coisa julgada, doutrina que propugna a aplicação, sem maiores limitações, dos dispositivos acima mencionados, com o intuito de obstar a execução de sentenças que, supostamente, encerram um vício de inconstitucionalidade.

2.1 Contextualização do Problema

Como tivemos a oportunidade de discorrer na primeira parte deste trabalho, é forçoso reconhecer que não existe na doutrina uma unidade de pensamento quanto ao fundamento jurídico do instituto da coisa julgada. Quanto ao fundamento filosófico, contudo, não há grande dissenso,³³⁵ sendo esse identificado na segurança jurídica que o instituto pretende oferecer às pessoas, de maneira que elas possam prever e contar com determinado resultado judicial.³³⁶

No âmbito do ordenamento brasileiro, ademais, podemos afirmar que o instituto da coisa julgada possui matriz constitucional, uma vez que se encontra gravado como garantia fundamental do Estado Democrático de Direito.

Não obstante esse caráter constitucional do instituto, existe crescente movimento que defende a sua “mitigação”, a partir da assertiva de que não existe garantia constitucional absoluta.³³⁷ Com isso, tem-se observado intenso debate, tanto em sede doutrinária quanto no âmbito dos tribunais, acerca da chamada “relativização” da coisa julgada inconstitucional ou

³³⁵ PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1998, p. 39.

³³⁶ SILVA, Maria Teresa Marfán. *La cosa juzgada administrativa: (en la administración no contencioso)*. Santiago: Andres Bello, 1972, p. 13.

³³⁷ Tal orientação, na verdade, tem origem na percepção da existência de antinomias na ordem jurídica, mesmo no plano constitucional, circunstância essa que talvez tenha até mesmo inspirado Otto Bachof a desenvolver sua tese de que existem normas constitucionais inconstitucionais (PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 112, out./dez. 2003, p. 23).

injusta,³³⁸ debate esse que ganhou força justamente a partir da introdução da regra prevista nos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC.

Cuida-se, nesse caso, de discussão acerca da possibilidade de negar-se execução à decisão judicial transitada em julgado – mesmo após o decurso do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória – em virtude de ulterior declaração de inconstitucionalidade da norma que lhe serviu de fundamento. Em outras palavras, trata-se da possibilidade de a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pelo Supremo Tribunal Federal operar efeitos retroativos sobre a coisa julgada material.

Pode-se afirmar que a origem dessa orientação que propugna a “relativização” da coisa julgada material se encontra em algumas situações de inconformidade vivenciadas pela prática forense. Trata-se de situações limite, tais como a vinculada à justa indenização em demandas expropriatórias ou aquela que tem por suporte a força probante do exame de DNA nas investigatórias de paternidade.³³⁹

Examinemos, pois, os principais fundamentos invocados pela doutrina que se construiu sobre a “relativização” da coisa julgada.

2.2 Os Principais Expoentes da Doutrina da “Relativização”

O jurista português Paulo Otero pode ser considerado o precursor da polêmica sobre a questão da coisa julgada inconstitucional, tendo publicado estudo sobre o assunto ainda no ano de 1993, no qual questionou a possibilidade de uma sentença transitada em julgado apresentar-se em oposição a um determinado preceito da Constituição.³⁴⁰

³³⁸ Convém salientar, desde logo, serem inapropriadas as expressões “relativização da coisa julgada” e “coisa julgada inconstitucional”, pois, como salienta Barbosa Moreira, (a) a coisa julgada é uma qualidade da sentença, não podendo ser tratada como constitucional ou inconstitucional; (b) a inconstitucionalidade pode estar presente na sentença ou em qualquer outro ato de poder, mas nunca na coisa julgada; (c) a sentença incompatível com a Constituição assim já é, mesmo antes do trânsito em julgado; (d) não se pode “relativizar” a coisa julgada, quando muito há a “*ampliação do terreno relativizado*” ou o “*alargamento dos limites da relativização*”, porquanto a lei nunca conferiu valor absoluto à coisa julgada material; (e) a coisa julgada apenas prevalece dentro dos limites dispostos pelo ordenamento jurídico (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 22, jan. 2005, p. 91).

³³⁹ Conforme sustenta Sérgio Gilberto Porto, “*a primeira através da constatação fática de que em determinado caso, por decorrência de equívocos no processamento da demanda, estava sendo imposto ao erário o duplo pagamento de imóvel desapropriado, haja vista que este originalmente já pertencia ao próprio órgão expropriante. A segunda hipótese, de sua parte, reside no desconforto decorrente do conflito de uma realidade científica com uma decisão jurisdicional*” (PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania processual e relativização da coisa julgada*, cit., p. 27).

³⁴⁰ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

No âmbito do direito brasileiro, uma das primeiras vozes a defender a chamada relativização da coisa julgada foi a do ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça José Augusto Delgado, segundo o qual a coisa julgada não poderia servir para o cometimento de injustiças, pois o Estado, em sua dimensão ética, não protege a sentença judicial, ainda que transitada em julgado, que viole os princípios da moralidade e da legalidade e que, espelhando unicamente a vontade do julgador, contrarie a realidade dos fatos.³⁴¹

Também nessa linha de entendimento, destaca-se a teoria de Cândido Rangel Dinamarco, cuja base repousa na ideia de que uma sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis não se reputa jamais coberta pela *res iudicata*, porquanto não possui efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade. Como exemplo de aplicação de tal doutrina, Dinamarco cita o caso hipotético em que uma sentença condenasse alguém a despojar-se em vida de partes do próprio corpo. Tal sentença não comportaria execução alguma e legítima seria a resistência que viesse o condenado a lhe opor, de tal sorte que, não havendo efeitos a serem imunizados pela coisa julgada material, essa autoridade cai no vazio e não tem como efetivar-se.³⁴²

Em seu esforço por sistematizar o assunto e propor um critério geral para “*relativizar racionalmente a autoridade da coisa julgada material*”, o autor sustenta que de decisões aberrantes de valores, princípios, garantias e normas superiores decorrem efeitos juridicamente impossíveis, não restando acobertadas pela coisa julgada material, pois não se admite imunizar efeitos cuja efetivação ofenda a ordem jurídico-constitucional.³⁴³

Em igual sentido, muitos outros autores manifestaram-se. Contudo, pela contundência dos argumentos e influência que exerceram, tendo seus trabalhos sido citados pelos demais doutrinadores, três deles, Paulo Otero, Humberto Theodoro Júnior e Carlos Valder do Nascimento, merecem especial destaque neste estudo, de forma que nos dedicamos, agora, a expor, resumidamente, suas principais contribuições ao debate.

³⁴¹ DELGADO, José Augusto. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 103, jul./set. 2001, p. 11 e 31.

³⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*, cit., p. 248.

³⁴³ Não obstante proponha uma sistematização do problema, Dinamarco afirma caber “*aos juízes de todos os graus jurisdicionais a tarefa de descoberta das extraordinariedades que devam conduzir a flexibilizar a garantia da coisa julgada, recusando-se a flexibilizá-la sempre que o caso não seja portador de absurdos, injustiças graves, transgressões constitucionais, etc.*” E desabafa o autor: “*Não temo insistir no óbvio, ao repetir que o momento de decisão de cada caso concreto é sempre um momento valorativo*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*, cit., p. 254-255).

2.2.1 O Pioneirismo de Paulo Otero

As ideias de Paulo Otero acerca da (in) constitucionalidade dos atos normativos têm por pressuposto o modelo de fiscalização “misto”, uma vez que o direito português admite tanto o controle difuso quanto o concentrado de constitucionalidade.

Na obra “Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional”, Paulo Otero enfatiza dois princípios norteadores do Estado de Direito: o princípio da legalidade (consagrado pelo Estado Liberal como instrumento limitador do poder estatal, o qual estrutura e legitima a atividade administrativa e confere segurança às posições jurídicas subjetivas dos administrados) e o princípio da constitucionalidade (que permitiu o controle jurisdicional de validade dos atos do legislador, tendo como parâmetro a Constituição).³⁴⁴

Como corolário desse sistema, o autor destaca o surgimento do que chama de “princípio da juridicidade”,³⁴⁵ que tem por pressuposto o fato de os tribunais também poderem proferir decisões contrárias à lei, que desrespeitem os direitos individuais ou cujo conteúdo viole a Constituição. Esse princípio prescreve que todos os atos emanados do Poder Judiciário devem estar em conformidade com a Constituição, sob pena de nulidade.

Paulo Otero atenta para o crescente papel do juiz como protagonista na concretização interpretativa do sentido dos conceitos indeterminados e abertos, característicos das normas modernas, e do próprio direito. Nesse sentido, o autor alerta ser impossível admitir a insindicabilidade de decisões judiciais inconstitucionais, pois, do contrário, significaria conferir aos tribunais um poder absoluto e exclusivo de definir o sentido normativo da Constituição, que não seria o texto formalmente qualificado como tal, mas sim o direito aplicado nos tribunais, segundo resultasse da decisão definitiva e irrecurável do juiz.³⁴⁶

Como consequência, admitir-se como válida a noção de Constituição ali exposta implicaria *“proclamar como divisa do Estado de Direito a seguinte idéia: todos os poderes públicos constituídos são iguais, porém, o poder judicial é mais igual do que os outros”*. Dessa forma, a fim de preservar, ao mesmo tempo, os ideais de segurança e de justiça, deve-se atentar para o controle dos atos do poder público, mormente da coisa julgada inconstitucional, pois, em um Estado de Direito material, nem as leis positivas, nem as decisões judiciais são absolutas. Em verdade, *“absoluto, esse sim, é sempre o Direito ou, pelo*

³⁴⁴ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 9 e 25.

³⁴⁵ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 29.

³⁴⁶ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 34-35.

menos, a idéia de um direito justo.”³⁴⁷

Assim, considerando que a constitucionalidade constitui fator de estruturação da sentença judicial, Paulo Otero questiona-se acerca dos mecanismos processuais de correção de uma sentença inconstitucional passada em julgado e do órgão possivelmente competente para fiscalizar e controlar essa sentença.

Inicialmente, embora reconheça que o sistema jurídico atual (em especial o português, objeto de análise pelo autor) admite a modificação do caso julgado (como nas hipóteses de revisão civil – equivalente, no Brasil, à ação rescisória – e criminal, ações de alimentos, recurso de oposição de terceiro, superveniência de lei penal descriminalizante da conduta objeto de condenação e declaração de inconstitucionalidade de norma penal que venha a favorecer o réu), Paulo Otero indaga se decisões judiciais desconformes ao direito (ilegais, em sentido estrito) formariam coisa julgada.³⁴⁸

Nesse ponto, o autor, valendo-se da doutrina de Hans Kelsen, afirma que a questão sobre o caso julgado ilegal seria um problema de conflito de normas de diferentes escalões, pois a ordem jurídica, ao atribuir força de coisa julgada à decisão judicial, confere poder ao tribunal de última instância de criar uma norma jurídica individual cujo conteúdo não é predeterminado por qualquer norma geral. Na opinião de Paulo Otero, essa sentença possui validade em razão do princípio da separação dos poderes, uma vez que os tribunais detêm poder *ius proprium*, sendo o caso julgado, portanto, um ato de autoridade soberana, não fundado na lei, mas que não pode ser questionado por qualquer outro poder do Estado.³⁴⁹

Todavia, embora reconheça esse poder dos tribunais de criação de normas jurídicas individuais, o autor não entende ser admissível que uma decisão judicial afaste uma norma legal válida, substituindo-a por outra, seja por erro ou por escolha arbitrária de decisão em razão de conveniência e oportunidade, fora da liberdade conferida pela lei para a resolução do caso concreto.³⁵⁰

Nesse sentido, a sentença que viola a Constituição, na opinião de Paulo Otero, não possui fundamento constitucional de validade e eficácia, sendo insuficientes, para tanto, a segurança e certeza jurídicas inerentes ao Estado de Direito. Tal entendimento baseia-se no “princípio da constitucionalidade”, que determina que todo ato do poder público (inclusive as decisões emanadas do Poder Judiciário) só é válido se estiver em conformidade com a

³⁴⁷ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 10 e 36.

³⁴⁸ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 47-53.

³⁴⁹ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 57.

³⁵⁰ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 60.

Constituição. Assim, o fato de os atos normativos inconstitucionais não serem capazes de se consolidar na ordem jurídica fundamenta a possibilidade, senão mesmo a exigência, de destruição do caso julgado ofensivo à Constituição.³⁵¹

O jurista português aponta três possíveis inconstitucionalidades presentes em uma decisão transitada em julgado. A primeira é a hipótese da sentença cujo conteúdo viola direta e imediatamente um preceito ou princípio constitucional, seja porque aplicou uma norma inconstitucional, seja porque recusou a aplicação de uma norma que não era inconstitucional. Em qualquer dos casos, estará assegurado o recurso da decisão para o Tribunal Constitucional.³⁵²

O segundo caso é o da decisão judicial que aplica uma norma inconstitucional, subdividindo-se em duas outras hipóteses: se a norma aplicada já havia sido objeto de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral ou se a norma aplicada ainda não havia sido declarada inconstitucional com força obrigatória geral. Em ambos os casos, a decisão jurídica seria contrária à Constituição.³⁵³

A terceira hipótese é a da decisão judicial que recusa a aplicação de uma norma sob o fundamento de que esta é inconstitucional, mas sem que se verifique efetivamente essa inconstitucionalidade. Aqui também se diferenciam duas situações: se a norma que o tribunal decide aplicar (em substituição àquela inválida) é inconstitucional ou se esta é conforme à Constituição.³⁵⁴

Partindo da premissa de que todos os atos do poder público, inclusive os jurisdicionais, são inválidos se desconformes à Constituição, Paulo Otero levanta as seguintes proposições: (a) a invalidade de um ato jurídico não significa a ausência de produção de efeitos jurídicos, de modo que as decisões judiciais inconstitucionais nunca se consolidam na ordem jurídica, podendo, a qualquer momento, ser destruídas judicialmente; (b) a aceitação da proposição anterior pode limitar o alcance da noção de “trânsito em julgado” das decisões judiciais inconstitucionais; e (c) admitida a eventual possibilidade de um recurso extraordinário atípico para a impugnação das decisões judiciais inconstitucionais, questiona-se qual seria o tribunal competente para seu exame.³⁵⁵

Destaca o autor, ainda, que o problema demanda a análise das consequências do caso julgado inconstitucional junto aos próprios tribunais (indagando-se acerca da

³⁵¹ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 60 e 93.

³⁵² OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 65-66.

³⁵³ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 70.

³⁵⁴ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 73.

³⁵⁵ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 76-77.

imodificabilidade dessas decisões e da autovinculação dos tribunais a elas) e das consequências junto ao legislador, à Administração Pública e às entidades privadas (indagando-se acerca da obrigatoriedade e da prevalência das decisões judiciais inconstitucionais).³⁵⁶

No que interessa mais de perto ao presente estudo, relativamente à inconstitucionalidade das decisões individuais dos tribunais inferiores, Paulo Otero sustenta que, no direito português, as normas inconstitucionais podem ser a qualquer momento fiscalizadas quanto à sua validade, já que nunca se consolidam no ordenamento jurídico. Diante disso, o princípio da imodificabilidade do caso julgado só se aplicaria às decisões conformes ao Direito ou, no máximo, às decisões meramente injustas ou ilegais, pois as decisões judiciais inconstitucionais são nulas de pleno direito e não formam coisa julgada. Inclusive, a inconstitucionalidade da decisão judicial, se gera prejuízos ou viola direitos, liberdades e garantias individuais, pode dar ensejo à indenização.³⁵⁷

Em conclusão, Paulo Otero afirma que a Constituição portuguesa não pode admitir decisões judiciais direta e imediatamente inconstitucionais, nem impor sua obrigatoriedade e prevalência sobre entidades públicas e privadas. Nesse ponto, o autor afirma que, embora ao Poder Legislativo seja vedado modificar o conteúdo de quaisquer decisões judiciais, ou mesmo revogar ou suspender sua eficácia, pode o legislador modificar ou interpretar a lei objeto de decisão judicial obrigatória geral, desde que não dê eficácia retroativa aos casos julgados já existentes. O Poder Legislativo pode, ainda, repetir uma norma declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, a qual, no entanto, não estará livre de novo exame quanto à sua validade.³⁵⁸

No tocante à Administração Pública, o autor entende que, a despeito do dever de praticar os atos administrativos em conformidade com a lei, sob pena de nulidade, a Administração não está obrigada a observar os preceitos de uma decisão inconstitucional passada em julgado se essa viola a essência de um direito, liberdade ou garantia fundamental, nos termos do que dispõe o artigo 18, n.º 1, da Constituição portuguesa. Nesse sentido, afirma o autor que a inconstitucionalidade do caso julgado afasta a nulidade do ato administrativo que lhe seja desconforme, pois, do contrário, admitir-se-ia que um ato administrativo em conformidade com a Constituição seria nulo pelo simples fato de violar um ato jurídico

³⁵⁶ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 92.

³⁵⁷ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 119-134.

³⁵⁸ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 140-145.

inconstitucional.³⁵⁹

Relativamente às entidades privadas, o autor utiliza o mesmo fundamento para liberá-las da observância das decisões inconstitucionais transitadas em julgado, acrescentando como fundamento o direito de resistência a uma ordem que ofenda direitos, liberdades e garantias (artigo 21 da Constituição portuguesa). No entanto, nos demais casos em que as decisões não ofendem diretamente direitos, liberdades e garantias fundamentais, as entidades privadas estarão vinculadas e obrigadas a cumpri-las.³⁶⁰

Essas são, em síntese, as principais ideias defendidas por Paulo Otero, ao menos aquelas que mais diretamente interessam ao presente estudo e que, como veremos, acabaram por influenciar a doutrina brasileira que se debruçou sobre a matéria.

2.2.2 A Concepção de Humberto Theodoro Júnior

Bastante semelhante é o escólio de Humberto Theodoro Júnior, que, ao tratar especificamente do caso de sentenças inconstitucionais, sustentou a ideia de que a admissibilidade da ação rescisória tem como fundamento o princípio de que a segurança e a certeza almejadas pelo direito não podem conviver com uma decisão que contenha uma “*séria injustiça*”.³⁶¹

O autor, inclusive, chegou a sugerir a alteração da norma constante dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, cuja aplicação estaria limitada ao entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre determinada matéria. A inexigibilidade deveria estar condicionada ao fato de ser a sentença contrária à disposição da Constituição, ou estar fundada em lei ou ato normativo inconstitucional, sem que tais situações necessitem vir reconhecidas por decisão do STF. Trata-se, segundo sua posição, de redução indevida de importante medida tutelar da Constituição, que não pode ser condicionada ao entendimento do STF, já que esse tipo de nulidade, que é plena, decorre da própria contradição entre a sentença e a ordem constitucional.³⁶²

³⁵⁹ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 152 e 155.

³⁶⁰ O jurista português ressalva, contudo, que eventual descumprimento de uma decisão inconstitucional não poderá ser enquadrado como crime de desobediência, pois constitui, em matéria criminal, hipótese de exclusão da ilicitude (OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 164).

³⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 19, set./out. 2002, p. 32-52.

³⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único). *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto

Verifica-se, portanto, que o entendimento de Humberto Theodoro Júnior acerca da “relativização” da coisa julgada era bastante radical, pois defendia uma ampla flexibilização da *res iudicata*, em prol do princípio da constitucionalidade.

Com efeito, o autor destaca que, no Estado Democrático de Direito, cada vez mais busca-se garantir o primado da Constituição sobre os demais atos do Poder Público, corolário dos ideais liberais da Revolução Francesa, como forma de assegurar aos cidadãos maior segurança e justiça na organização da sociedade.³⁶³

Como forma de concretizar o princípio da constitucionalidade, os diversos sistemas jurídicos têm estabelecido mecanismos de controle da validade constitucional dos atos emanados pelo Poder Público (de modo difuso ou concentrado), porém pouca importância tem sido dada à fiscalização dos atos do Poder Judiciário. Isso decorre da ideia de impermeabilidade das decisões judiciais a questionamentos quanto à sua validade, mormente quando já passadas em julgado. Nesse cenário, segundo o autor, a coisa julgada transformou-se “[...] na expressão máxima a consagrar os valores de certeza e segurança perseguidos no ideal do Estado de Direito. Consagrou-se, assim, o princípio da intangibilidade da coisa julgada, visto, durante vários anos, como dotado de caráter absoluto”.³⁶⁴

Essa ideia, conforme afirma o autor, origina-se do pensamento bastante difundido de que o papel do Poder Judiciário se limita a executar a lei, sendo esse, portanto, o defensor máximo do ordenamento jurídico e da própria Constituição, razão pela qual não haveria preocupação em se estabelecer mecanismos de proteção contra as suas decisões. No entanto, é perfeitamente possível que uma decisão judicial esteja eivada de inconstitucionalidade, sendo necessário refletir acerca dos possíveis instrumentos para adequação dessas sentenças aos ditames constitucionais.³⁶⁵

A par dos recursos ordinários e extraordinários previstos em nosso sistema para correção de decisões em geral, o problema, segundo Humberto Theodoro Júnior, reside no controle da *res iudicata* que avilta a Constituição, seja porque aplicou lei posteriormente declarada inconstitucional, seja porque afastou a aplicação de determinada norma por entendê-la inconstitucional, ou ainda porque dirimiu o conflito contrariamente à regra ou princípio diretamente contemplado pela Constituição. O autor destaca a relevância do

Alegre, n. 29, mai./jun. 2004, p. 6.

³⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único), cit., p. 7-8.

³⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único), cit., p. 9.

³⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único), cit., p. 9.

problema frente à crescente transformação do Estado de Direito em “Estado Judicial”, no qual se observa uma hipervalorização do papel do juiz, que, muitas vezes, sobrepõe-se aos demais Poderes, motivo pelo qual ganha importância a questão do controle de constitucionalidade e de legalidade das decisões judiciais.³⁶⁶

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior entende ser necessário repensar o controle dos atos do Poder Público, mormente da coisa julgada inconstitucional, como forma de conciliar os ideais de segurança e justiça, mas tendo-se em mente que os preceitos constitucionais encontram-se protegidos pelo princípio da máxima eficiência. Desse modo, afirma que, se a lei não é imune aos efeitos negativos da inconstitucionalidade (qualquer que seja o tempo decorrido desde o início de sua vigência), também não o é a coisa julgada, pois, do contrário, suplantaria em importância a lei e a própria Constituição.³⁶⁷

Propõe Humberto Theodoro Júnior, então, uma análise da intangibilidade da coisa julgada segundo seus reais fundamentos. Trata-se de mecanismo essencial à pacificação dos conflitos, pois confere à decisão judicial definitividade e estabilidade, impedindo que novas demandas sobre a mesma divergência fossem levadas à análise pelo Poder Judiciário. No entanto, a irrevogabilidade presente na noção de coisa julgada apenas significa impossibilidade de alteração pela via recursal, mas não por outros meios. Ademais, a decisão transitada em julgado não perde seu caráter de modificabilidade, uma vez que há previsão no direito brasileiro, por exemplo, da ação rescisória justamente para desconstituição da coisa julgada. Trata-se de casos em que os vícios constantes da decisão são tão graves que se permite abrir mão da segurança jurídica em prol da justiça e dos valores supremos do ordenamento.³⁶⁸

No tocante ao tratamento constitucional dado à coisa julgada, entende o autor que a única regra estabelecida na Constituição de 1988 (mais precisamente, no artigo 5º, XXXVI) é a de resguardar a coisa julgada dos efeitos de lei nova que contemple regra diversa da normatização da relação jurídica objeto da decisão judicial, como uma garantia dos jurisdicionados. Dessa forma, não haveria previsão constitucional da noção de intangibilidade da coisa julgada, a qual somente resultaria da norma contida no artigo 467 do CPC, a qual, por se tratar de norma infraconstitucional, não está imune à aplicação do princípio da

³⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único), cit., p. 10.

³⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único), cit., p. 11 e 14.

³⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único), cit., p. 15-16.

constitucionalidade.³⁶⁹

O autor esclarece, ainda, que não se deve admitir a inserção de numerosas hipóteses de violação à coisa julgada na lei, sob pena de indevida quebra de sua autoridade e da segurança jurídica. No entanto, segundo seu entendimento, a situação de inconstitucionalidade de uma decisão judicial não constitui casuísmo impróprio para a relativização da coisa julgada. Em verdade, porque a inconstitucionalidade torna nula *ipso iure* a decisão, essa não se sujeita a prazos prescricionais e decadenciais, podendo ser arguida e reconhecida a qualquer momento, por qualquer juiz ou tribunal, seja por ação rescisória, seja por ação declaratória de nulidade ou, ainda, em embargos à execução.³⁷⁰

Sustenta o autor, ainda, o reconhecimento de um poder geral de controle incidental da constitucionalidade da coisa julgada aos juízes, daí surgindo sua crítica à nova previsão inserida nos artigos 475-L e 741 do Código de Processo Civil, que limitou a impugnação à hipótese em que a decisão transitada em julgado se funda em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF. Entende o doutrinador que tal restrição obriga o juiz a aplicar casos julgados inconstitucionais, ao mesmo tempo em que possui o dever oficioso de recusar a aplicação de normas jurídicas contrárias à Constituição. Ademais, a exigência de que a questão esteja tratada em lei específica e que essa tenha sido declarada inconstitucional pelo STF seria descabida, pois é possível que a decisão contenha ofensa a preceito da própria Constituição, independentemente de previsão em lei.³⁷¹

Refere o doutrinador, ainda, que a jurisprudência vem gradativamente quebrando a autoridade da coisa julgada com base não na declaração posterior de inconstitucionalidade da lei aplicada, mas no fato de a sentença conter ofensa a princípios fundamentais da Constituição. Corroborando esse entendimento, o autor assevera que a intangibilidade da coisa julgada não pode ser considerada absoluta quando, no caso concreto, a decisão houver transgredido valor constitucional de nível superior ao da segurança jurídica.³⁷²

Conclui Humberto Theodoro Júnior que a inconstitucionalidade, por surgir da simples desconformidade da decisão judicial com o conteúdo da Constituição, não necessita ser previamente declarada para ensejar a nulidade do ato. Ao contrário, todo juiz possui o

³⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único), cit., p. 16-17.

³⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único), cit., p. 19-20.

³⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único), cit., p. 21.

³⁷² THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único), cit., p. 25.

dever de proclamá-la quando existente (decorrência da aplicação do regime geral de nulidade de qualquer ato), permitindo-se-lhe recusar a execução de decisão eivada pelo vício mesmo que já tenha transitado em julgado, pois sua invalidade torna-a inexecutável. Entendimento contrário, segundo o autor, levaria à conclusão de que a sentença inconstitucional afastaria a soberania da Constituição e submetteria o litigante a um ato de autoridade cujo fundamento é unicamente a *res iudicata*.³⁷³

No entanto, contraditoriamente, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria defendem que, “*em hipótese alguma, poderá se emprestar efeito retroativo à deliberação tomada em qualquer dos instrumentos processuais em que questionada a existência de coisa julgada inconstitucional*”. Isso porque a eficácia *ex tunc* das decisões judiciais acerca da constitucionalidade de uma norma não tem caráter absoluto sequer em sede de controle concentrado. Sendo assim, sustentam os autores que é possível conferir apenas efeito prospectivo à decisão que declara a nulidade da coisa julgada inconstitucional, que apenas irradiará seus efeitos para atingir atos supervenientes, para que não se ofenda a segurança jurídica e, no âmbito tributário, o princípio de não-confisco. Os doutrinadores ainda completam que, se é certo que a coisa julgada não pode ser contrária à Constituição, em tema de constitucionalidade, a supremacia da Constituição não poderá se sobrepor à certeza que deve nortear as relações jurídicas, de modo que “*no conflito, portanto, que exsurge do reconhecimento da coisa julgada inconstitucional e o efeito de sua nulidade, haverá de prevalecer a estabilidade das relações, finalidade que somente será atingível mediante a atribuição de eficácia ex nunc às decisões que a declaram*”.³⁷⁴

Importa destacar, por fim, que Humberto Theodoro Júnior apresentou, recentemente, posicionamento menos radical acerca da possibilidade de relativização da coisa julgada inconstitucional. Inicialmente, o autor refere que tanto a segurança quanto a justiça constituem valores supremos de nosso ordenamento jurídico, sendo expressamente consagrados na Constituição Federal, mormente no seu preâmbulo e no artigo 5º, *caput* e inciso XXXV. Segundo o autor, é em nome desses dois valores que estão inseridos no rol de direitos fundamentais as garantias de acesso ao Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV), do devido processo legal (artigo 5º, LIV) e da intangibilidade dos provimentos judiciais revestidos da autoridade da coisa julgada (artigo 5º, XXXVI). Arrematando a ideia, o autor assevera que,

³⁷³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único), cit., p. 26.

³⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle, cit., p. 112-115.

em atenção ao princípio geral da legalidade e à aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais, a tutela jurisdicional se aparelha a cumprir o valor supremo da justiça, do que a intangibilidade da coisa julgada se mostra como um dos mais importantes instrumentos de pacificação social e de segurança nas relações jurídicas.³⁷⁵

Embora o autor permaneça defendendo a possibilidade de “relativização” da coisa julgada, baseando-se na ideia de que nenhum princípio de direito é absoluto, não mais trata do valor “justiça” como hierarquicamente superior ao da segurança jurídica, nem vice-versa. Pelo contrário, afirma que “*cada qual atua a seu tempo e modo, e a ordem jurídica procura pontualmente traçar os meios de harmonizá-los e compatibilizá-los nos momentos de atrito ou superposição*”.³⁷⁶

Dessa forma, sustenta o doutrinador que a disciplina dos casos de rescisão da coisa julgada (somente em casos excepcionais, mormente quando violados a legalidade e valores supremos da ordem constitucional) mostra-se como instrumento importante para reprimir a injustiça perpetrada pela coisa julgada inconstitucional, fazendo referência às previsões dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC como exemplos dessa necessária regulamentação. No entanto, o autor ressalva que a teorização acerca da invalidade da sentença inconstitucional é tema complexo, ainda não sistematizado pela técnica legal e pela doutrina.³⁷⁷

2.2.3 O Entendimento de Carlos Valder do Nascimento

Ressaltando o caráter essencial da função jurisdicional do Estado, Carlos Valder do Nascimento afirma que a sentença, enquanto produto dessa atividade estatal, deve observar os preceitos e normas do texto constitucional, uma vez que toda norma e ato emanado do Poder Público se subordina ao “princípio da supremacia da Constituição”. Dessa forma, nenhum Estado de Direito pode aceitar uma decisão judicial eivada de inconstitucionalidade, já que sua própria validade depende de sua consonância com os ditames da Constituição.³⁷⁸

Assim, o autor adere à corrente doutrinária que defende a “relativização” da coisa

³⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Coisa julgada: pluralidade e unicidade (Súmula nº 401 do STJ). *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 35, 2010, p. 75-76.

³⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Coisa julgada: pluralidade e unicidade (Súmula nº 401 do STJ), cit., p. 91.

³⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Coisa julgada e segurança jurídica: alguns temas atuais de relevante importância no âmbito das obrigações tributárias. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 389, mar. 2010, p. 51.

³⁷⁸ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 57-59.

julgada, justificando seu posicionamento na ideia de desvalor do ato inconstitucional (pois todo ato jurídico-público que ofende a ordem constitucional merece reprovação e pode ser objeto de controle de constitucionalidade pelo próprio Poder Judiciário, em qualquer grau de jurisdição), condição que importa verdadeira nulidade do ato. Nesse ponto, o autor concorda com Humberto Theodoro Júnior no sentido de que a tese da coisa julgada inconstitucional não guarda relação com a declaração de inconstitucionalidade de uma determinada lei, mesmo que pelo Supremo Tribunal Federal.³⁷⁹

Partindo da premissa de que a qualificação da inconstitucionalidade de um ato pressupõe um juízo de valor acerca dos elementos fundantes da ordem constitucional, e que nesses se inserem os critérios de justiça, moralidade, igualdade e dignidade da pessoa humana, Carlos Valder do Nascimento estabelece como hipóteses em que se pode relativizar a coisa julgada esvaziada do sentimento de justiça (casos de inexigibilidade do título executivo judicial) as seguintes situações: (a) decisão fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF; (b) decisão fundada em lei ou ato normativo inconstitucionais, mesmo que não tenha sido declarado pelo STF; (c) aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal; e (d) decisão injusta por vulneração ao princípio da moralidade.³⁸⁰

Relativamente a essa última hipótese, defende o doutrinador que a estabilidade social não se constroi tornando definitiva uma decisão injusta, mas sim rechaçando-a em face do princípio da moralidade, que rege todas as funções constitucionais dos poderes da República. Aduz o autor, nesse passo, que se deve desmistificar a ideia de que o processo é um fim em si mesmo, tomado como ponto central do processo decisório, sendo, assim, elevado a um nível de importância acima do direito material, “*posto em segundo plano, em condição secundária, tendo presente à idolatria que se lhe empresta a literatura enaltecedora de teses sem maior consistência*”.³⁸¹

Assim, no entendimento do autor, imoralidade, o injusto e o inconstitucional são elementos que concorrem para a nulidade dos atos judiciais, razão pela qual, mesmo com seu trânsito em julgado, a sentença inconstitucional não pode prevalecer.³⁸²

Em concordância, mais uma vez, com o entendimento de Humberto Theodoro Júnior, Carlos Valder do Nascimento destaca que, tendo-se em vista que a decisão judicial

³⁷⁹ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 61-62.

³⁸⁰ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 62-64.

³⁸¹ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 65.

³⁸² NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 101.

abarcando fatos passados (exceto nas relações jurídicas continuativas) e que a segurança jurídica insere-se no âmbito da irretroatividade, o que faz a Constituição é assegurar a coisa julgada contra a lei nova (princípio da irretroatividade). No entanto, é possível que a sentença passada em julgado seja desconstituída por outra decisão judicial, o que não afeta o comando constitucional protetivo referido.³⁸³

O doutrinador também justifica a desconsideração da sentença inconstitucional transitada em julgado no “princípio da proporcionalidade”, que estabelece, segundo afirma, o equilíbrio entre os valores maiores protegidos pela Constituição e contém a ideia do justo. Ainda, para que a coisa julgada seja protegida, a decisão deveria respeitar a razoabilidade, pois “*o razoável é o oposto do arbitrário e significa: conforme a razão, justo, moderado, prudente. [...] A razoabilidade constitui, pois, a justiça da igualdade*”.³⁸⁴

Concluindo acerca dos fundamentos de sua tese, o autor afirma que a segurança jurídica não pode obstaculizar a tese da “relativização” da coisa julgada, pois significaria valorizar unicamente o aspecto instrumental, sacrificando-se o direito injustificadamente. Assim, dizer que a sentença inconstitucional transitada em julgado goza de eficácia é o mesmo que afirmar que ela está fora de qualquer controle da sociedade.³⁸⁵

Diante desses argumentos, o autor defende que a persecução desconstitutiva da coisa julgada inconstitucional não deve observar prazos prescricionais ou decadenciais, até mesmo porque, em face do grave vício que a contamina, a referida decisão não transita em julgado. Sendo, pois, nula, contra ela não caberia ação rescisória, mas a *actio querela nullitatis* (ação declaratória de nulidade), instrumento processual próprio para a correção de erros tão graves que não poderiam ser sanados pelo decurso do tempo (preclusão), nem autorizar a formação da coisa julgada.³⁸⁶

No entanto, o autor não afasta o uso de outros instrumentos para a correção de sentenças de mérito dadas sem a observância da supremacia da Constituição: podem os prejudicados lançar mão de nova demanda com substância igual à primeira e apresentar embargos ou outras alegações incidentes ao processo executivo (a exemplo do previsto no art. 741 do CPC). A esse respeito, defende Carlos Valder do Nascimento que não deve haver qualquer impedimento ou restrição ao controle dos títulos executivos inexigíveis (tal como a exigência de solução definitiva dada pelo STF), podendo ser feito tanto em controle

³⁸³ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 128.

³⁸⁴ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 145 e 152.

³⁸⁵ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 64.

³⁸⁶ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 166.

concentrado quanto em difuso de constitucionalidade.³⁸⁷

Importa destacar, por fim, que Carlos Valder do Nascimento entende que o Código de Processo Civil consagrou a tese da nulidade da coisa julgada inconstitucional, que pode ser reconhecida a qualquer tempo ou ordem processual. Em razão disso, aduz que, se se admite que a nulidade da sentença pode ser examinada no âmbito da ação declaratória, sem observância do prazo para a rescisória, também se garante tal impugnação em sede de embargos, instituto que, tratando-se de título executivo judicial, serve ao saneamento de situações que não se adéquam à ordem jurídica.³⁸⁸

Nessa linha, o doutrinador também sustenta o cabimento de exceção de pré-executividade para desconstituição da sentença inconstitucional transitada em julgado, sob o argumento de que *“aqui, como se denota, não cuida de eficácia do julgado, que não a tem, mas sim de nulidade insanável, que comporta o procedimento mais econômico e racional, para a defesa do direito vinculado”*.³⁸⁹

Em linhas gerais, são esses os principais argumentos da doutrina que defende a “relativização” da coisa julgada inconstitucional, cujas considerações críticas passamos a realizar na sequência deste estudo.

³⁸⁷ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 172.

³⁸⁸ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 181.

³⁸⁹ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 186.

PARTE III: OS FUNDAMENTOS PARA A PROTEÇÃO DA COISA JULGADA E A CORRETA EXEGESE DA NORMA DOS ARTIGOS 475-L, § 1º, E 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A essa altura, já explicitamos o que se deve entender por coisa julgada, traçamos um panorama a respeito dos sistemas de controle de constitucionalidade, enfatizando o modelo vigente no Brasil, bem como discorremos sobre as principais ideias da doutrina que defende a “relativização”.

Sentimo-nos, agora, preparados para adentrar na problemática que constitui o cerne de nosso estudo, de maneira que passaremos a tratar, especificamente, das razões que justificam a proteção que a coisa julgada recebe em nosso ordenamento, para, ao final, examinar em que medida a aplicação da norma dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, se coaduna com tal proteção, uma vez que esses dispositivos ampliam as hipóteses que impedem a execução do título judicial transitado em julgado.

3.1 Os Limites Impostos pela Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada

O tema da execução de sentença defeituosa transitada em julgado oferece não poucas dificuldades àqueles que se ocupam do estudo do assunto. De um lado, tem-se, como regra geral, que o próprio trânsito em julgado atua como elemento impeditivo da apreciação dos defeitos do ato jurisdicional, restringindo, por isso, o âmbito de defesa do executado. Por outro lado, dependendo da intensidade da eiva, pode-se até mesmo dispensar o emprego da ação incidental de embargos, o meio normal previsto no ordenamento jurídico brasileiro para o exercício da defesa do executado.³⁹⁰

Ainda que na fase de execução de título judicial esteja presente forte presunção de que o autor tenha razão, é certo que, por se tratar de continuação do processo, deve haver a possibilidade de o executado opor-se à invasão de sua esfera jurídica, embora as questões já decididas na fase cognitiva não possam ser rediscutidas neste momento. Nessa fase, acima de tudo, efetividade e segurança convergem para a mesma ideia (rara hipótese em que não há verdadeiro conflito entre esses valores): o processo mostra-se mais efetivo na medida em que

³⁹⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Execução de título judicial e defeito ou ineficácia da sentença. In: _____; ASSIS, Araken de. *O processo de execução. Estudos em homenagem ao professor Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 79.

se evita a reabertura de discussões nele já realizadas, bem como se prestigia a segurança jurídica pela defesa da estabilidade das situações jurídicas definitivas, consubstanciada na sentença proferida.³⁹¹

Cuida-se, na realidade, de uma questão de política judiciária, pois, em regra, concerne à própria essência da execução a supremacia do interesse do sedizente credor, com a possibilidade de imediata agressão ao patrimônio do devedor.³⁹² Daí a importância de se precisar, mais profundamente, o instituto que constitui objeto de estudo neste trabalho.

Como se apontou no primeiro capítulo, no direito brasileiro, entende-se que somente a parte dispositiva da sentença produz coisa julgada, mas as alegações deduzidas ou dedutíveis ficam acobertadas pela sua eficácia preclusiva, nos termos do artigo 474 do Código de Processo Civil.

A doutrina que defende a “relativização” da coisa julgada fundada em lei declarada inconstitucional busca fundamentar tal posicionamento no argumento de que a decisão judicial proferida em sede de controle difuso julga a questão constitucional como incidente processual, não constituindo, portanto, coisa julgada material, uma vez que só o que transita em julgado é o dispositivo da sentença.³⁹³

Tal constatação, contudo, não conduz à conclusão almejada pela referida doutrina. Diferente tratamento, de fato, é conferido pela aplicação do artigo 474 do Código de Processo Civil, cujo objetivo, como visto, é justamente proteger a declaração contida na sentença transitada em julgado. Em razão de tal regra, todos os argumentos relacionados com a primeira demanda ficam preclusos, o que afasta a possibilidade de que venham a ser, no futuro, objeto de alegação e apreciação. Assim, não somente as alegações efetivamente deduzidas, mas também as que poderiam ter sido deduzidas pelas partes, presumem-se oferecidas e repelidas pelo órgão jurisdicional.³⁹⁴

A finalidade prática do instituto, como examinado anteriormente, exige que a coisa

³⁹¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo: um método e sua aplicação*. Porto Alegre: UFRGS, 2006. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 251-252.

³⁹² AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo: um método e sua aplicação*, cit., p. 79-80.

³⁹³ Assim manifesta, por exemplo, Teori Albino Zavascki, afirmando que a decisão a respeito da questão da constitucionalidade, a rigor, não faz coisa julgada nem mesmo entre as partes do processo em que é proferida, porquanto a apreciação da questão constitucional serve apenas como fundamento para o juízo de procedência ou improcedência do pedido deduzido na demanda, e mesmo porque a coisa julgada, a teor do artigo 469 do Código de Processo Civil não se estende aos fundamentos da decisão (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, cit., p. 30).

³⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 75.

julgada permaneça firme, embora a discussão travada entre as partes com relação às questões relevantes possa ter sido eventualmente incompleta. Restam absorvidas, assim, necessariamente, tanto as questões que foram discutidas como as que o poderiam ser.³⁹⁵

Isso não significa, absolutamente, que os motivos da sentença transitem em julgado, mas sim que, uma vez julgado o pedido, todo o material que foi utilizado para se discutir a demanda torna-se irrelevante e superado, ainda que sobre ele não tenha o juiz se manifestado de forma expressa ou completa.

Assim, a conclusão a que ora se chega é que a questão da constitucionalidade, tenha ou não sido resolvida, fica protegida pela coisa julgada material, ou, mais precisamente, pela eficácia preclusiva da coisa julgada.³⁹⁶

A eficácia preclusiva da coisa julgada não diz respeito, portanto, à imutabilidade dos fundamentos da decisão; a preocupação, na verdade, é impedir que se infrinja a coisa julgada mediante a propositura de demanda baseada em argumento deduzido, ou que poderia ter sido deduzido, na demanda anterior. Afinal, admitir a reabertura da discussão judicial, só porque alegue o interessado ter razões ainda não apreciadas em processo anterior, seria reduzir a bem pouco a garantia da coisa julgada, frustrando a finalidade prática para a qual o instituto foi pensado.³⁹⁷

Barbosa Moreira salienta que a regra do artigo 474, com o objetivo de resguardar a imutabilidade do julgado, estabeleceu um momento preclusivo para as questões dedutíveis, do que decorre a inexistência de um julgamento propriamente dito em torno daquilo que poderia ter sido objeto de debate judicial. Assim, por opção legislativa, passa a existir a impossibilidade de que certa alegação possa ainda reacender a causa que já foi definitivamente decidida. Isso porque, como refere o autor, os litígios não devem perpetuar-se. Entre o risco de comprometer a segurança da vida social e o de consentir na eventual cristalização de injustiças, o ordenamento preferiu assumir o segundo. Com isso, não chega a colocar a coisa julgada em termos absolutos, mas torna-a imune às dúvidas e contestações que se pretenda opor ao resultado final do processo, mesmo que com base em questões que nele não tenham ainda sido apreciadas. “*Se o resultado é injusto, paciência: o que passou, passou*”.³⁹⁸

³⁹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 62.

³⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*, cit., p. 75.

³⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, cit., p. 98-99.

³⁹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, cit., p.99.

Isso porque a coisa julgada consiste exatamente na necessidade de que nenhum juiz acolha demandas dirigidas de modo a retirar ou diminuir o bem da vida conquistado em virtude de um anterior ato de tutela jurídica a respeito da mesma pessoa.³⁹⁹

A eficácia preclusiva da coisa julgada, contudo, não torna indiscutíveis quaisquer alegações, mas apenas aquelas relacionadas com o *thema decidendum* da demanda, isto é, as vinculadas ao pedido, às partes e à causa de pedir debatidas no processo.⁴⁰⁰ Assim, questões que não podiam ter sido, à época, submetidas à decisão não podem vir a ser consideradas preclusas em decorrência do trânsito em julgado.⁴⁰¹

Em outras palavras, a imutabilidade da coisa julgada protege a declaração judicial apenas enquanto as circunstâncias da causa permanecerem as mesmas. Havendo alteração nas circunstâncias, sejam elas fáticas ou jurídicas, de maneira a dar composição à nova causa de pedir, surgirá ensejo à nova demanda, totalmente diferente da anterior, e para a qual não importa a coisa julgada imposta pela primeira decisão.

Na verdade, como sustenta Marinoni, havendo alteração no estado de fato ou de direito, está-se diante de nova ação, abrindo ensejo à nova coisa julgada, que deverá conviver em harmonia com a coisa julgada referente às circunstâncias anteriores.⁴⁰²

Isso porque a sentença representa um ato da autoridade jurisdicional que exprime e afirma a disciplina concreta que deve regular a situação jurídica existente entre as partes e deduzida em juízo. Contudo, isso não significa que fatos sucessivos não possam modificar a situação e a relação entre as partes.⁴⁰³

Obviamente, a força da coisa julgada não pode impedir que fatos novos produzam as consequências que lhe são próprias.⁴⁰⁴

³⁹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. Sobre la cosa juzgada, cit., p. 202-203.

⁴⁰⁰ Como observa Sérgio Gilberto Porto, grassa verdadeira polêmica em torno da extensão do princípio da preclusão do dedutível. Contudo, na opinião do autor, tendo em vista a adoção pelo nosso sistema da teoria da substanciação, deve-se considerar “*deduzidas e repelidas, todas as alegações e defesas*” pertinentes à demanda e, por pertinentes à demanda, deve-se entender aquelas que contribuem para a fixação da lide ou do objeto litigioso. (PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*, cit., p. 88).

⁴⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*, cit., p. 138.

⁴⁰² MARINONI, Luiz Guilherme, *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*, cit., p.142.

⁴⁰³ Como afirma Enrico Tullio Liebman, “*la sentenza è l’atto dell’ autorità giurisdizionale che esprime e afferma la concreta disciplina che deve regolare secondo la legge la situazione giuridica esistente tra le parti e in iudicium deducta. [...] Essa non significa naturalmente che fatti successivi non possano modificare la situazione e i rapporti tra le parti. Significa invece che, con riferimento alla situazione esistente al tempo in cui la sentenza fu pronunciata, gli effetti che essa ha prodotto sono e rimangono così come la sentenza li ha posti in essere, senza poter essere rimessi in discussione né in giudizio né fuori di giudizio finché fatti nuovi non intervengano a creare una situazione diversa, che prenda il posto di quella che formò oggetto della sentenza*” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Effetti della sentenza e cosa giudicata*, cit., p. 4-9).

⁴⁰⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Effetti della sentenza e cosa giudicata*, cit., p. 7. Elucidativo, a esse respeito, é o

Nada impede, portanto, a alegação de fatos novos no momento da oposição dos embargos previstos no artigo 741 ou da impugnação ao cumprimento de sentença prevista no artigo 475-L do CPC. A alegação de fatos novos é possível porque esses não poderiam ter sido alegados na fase de conhecimento. E exatamente por se tratarem de fatos novos é que não afetam a coisa julgada.⁴⁰⁵

Contudo – e é exatamente esse o ponto que se deve ressaltar – a fase de conhecimento, anterior à prolação da sentença que julga o mérito, é o momento em que a questão da eventual inconstitucionalidade da lei deve ser discutida e enfrentada.

Isso significa que não é lícito ao devedor opor-se à execução com base em supostos fatos extintivos ou modificativos do crédito, salvo o caso de superveniência. A arguição daqueles que já existiam resta preclusa no processo de execução, pouco importando se foram ou não invocados por ocasião do processo de conhecimento. Ainda que tais questões pudessem ensejar a oposição à condenação e, com isso, da execução, tornaram-se irrelevantes, sendo defeso ao executado suscitá-las.⁴⁰⁶

Essa é também a opinião de Marinoni e Mitidiero, para os quais a decisão de inconstitucionalidade, apesar de superveniente à sentença, afirma uma causa que deveria e poderia ter sido debatida antes da edição da sentença. Tal causa, *“além de constituir uma premissa lógica da sentença, faz parte do conteúdo sobre o qual o juiz tem o dever-poder de se debruçar para resolver o litígio”*.⁴⁰⁷

Assim, a possibilidade de a inconstitucionalidade vir a ser sucessivamente invocada para impedir a execução constitui evidente e inconcebível violação à regra de que a coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível, violação à regra da eficácia preclusiva da coisa

exemplo trazido por Eduardo Talamini: *“Não há dúvidas de que os fatos anteriores ao início do processo e que integram a causa de pedir serão abrangidos pela coisa julgada que ali se forma. Por exemplo, o pagamento feito pelo réu antes mesmo da propositura da ação condenatória está indubitavelmente abrangido no objeto processual. Se tal defesa não for conhecida no curso do processo, a ação for julgada procedente e formar-se a coisa julgada, não será dado ao réu alegar depois o dito pagamento para eximir-se da condenação (senão nas vias excepcionais de desconstituição do julgado). Há inclusive a norma do artigo 474 do Código de Processo Civil a explicitar essa impossibilidade. Por outro lado, também é evidente que os fatos ocorridos depois do trânsito em julgado e que estejam aptos a alterar a relação ou situação jurídica que foi objeto da sentença acobertada pela res iudicata não esbarrarão no óbice da coisa julgada. Constituirão uma nova causa de pedir, delineadora de um novo objeto processual. Mantendo o exemplo: o pagamento feito depois de transitada em julgado a condenação poderá ser legitimamente argüido pelo condenado, caso o credor pretenda, mesmo assim, promover a execução (cf., v.g., CPC, arts. 475-L, VI, e 741, VI)”* (TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada no tempo (os “limites temporais” da coisa julgada). *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 354, abr. 2007, p. 18).

⁴⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 470-471.

⁴⁰⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, cit., p. 108-109.

⁴⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, cit., p. 471.

julgada.⁴⁰⁸

Por isso, na opinião de Marinoni e Mitidiero, com os quais manifestamos nossa concordância, as regras dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, quando interpretadas de modo a permitir a revisão da declaração passada em julgado, são inconstitucionais, por afrontarem a autoridade da coisa julgada, uma das expressões inequívocas do Estado Constitucional.⁴⁰⁹

3.2 A Especificidade do Sistema de Controle de Constitucionalidade Brasileiro

A reforçar o entendimento alcançado no tópico anterior, é forçoso reconhecer que a aplicação dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, se intentada com efeitos retroativos sobre a coisa julgada, esbarra em elemento fundamental do sistema de controle de constitucionalidade das leis vigente em nosso país.

De fato, no Brasil, como tivemos a oportunidade de discorrer anteriormente, convivem duas modalidades de controle judicial de constitucionalidade, a concentrada e a difusa, formando um sistema misto.

A recepção constitucional de institutos desenvolvidos no direito estrangeiro e no direito internacional vem sendo encarada como um rico processo de construção do direito, mormente no atual contexto de universalização dos direitos humanos. Trata-se, com efeito, de fenômeno que faz parte de um processo cultural geral, em que não há mera repetição, mas verdadeira reprodução criativa desses institutos nos ordenamentos internos.⁴¹⁰

No Brasil, as principais ocorrências desse fenômeno, em matéria de direito processual civil, foram a recepção do modelo processual constitucional dos Estados Unidos da América pela Constituição de 1891 e, tardiamente, do direito napoleônico pelo Código de

⁴⁰⁸ Especificamente quanto à questão da constitucionalidade de uma norma, Barbosa Moreira fornece um exemplo bastante ilustrativo a respeito da eficácia preclusiva da coisa julgada: “o contribuinte X embarga execução fiscal, afirmando indevida a prestação tributária que se lhe cobra, correspondente a determinado exercício financeiro. Rejeitados os embargos por sentença trãnsita em julgado, quer tenha, quer não tenha X arguido a inconstitucionalidade da lei que instituía o tributo, não lhe será possível, voltando a juízo, pleitear frutiferamente a restituição da importância paga por ser inconstitucional a lei: semelhante questão, ainda que não examinada no feito anterior, ficou coberta pela eficácia preclusiva da coisa julgada” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, cit., p. 105).

⁴⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, cit., p. 471.

⁴¹⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, cit., p. 19-21.

Processo Civil de 1973. Dessa dupla recepção decorreu o chamado “paradoxo metodológico” de se ter, simultaneamente, uma cultura processual constitucional baseada na tradição do *common law* (controle de constitucionalidade difuso, *writs* constitucionais, pleito cível *lato sensu* e atipicidade das ações), adotando-se o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) para o controle, pelo Poder Judiciário, da aplicação da Constituição rígida pelos demais poderes (*judicial control*), e a tradição romano-germânica de vinculação da ação ao direito subjetivo e do juiz à lei escrita.⁴¹¹

Após 1891, ocorreram sucessivos episódios de recepção constitucional da tradição jurídica norte-americana tanto no texto constitucional quanto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, culminando na edição da Emenda Constitucional n.º 45/2004, que reforçou a recepção mitigada do *stare decisis* como regra de previsibilidade das decisões dos tribunais, conferindo maior estabilidade ao direito.⁴¹²

Essa interrelação entre os sistemas jurídicos no Brasil teve duas importantes consequências. A primeira diz respeito ao caráter dúplice do controle de constitucionalidade das leis, sendo este sempre exercido por órgãos jurisdicionais (afastando-se, pois, do modelo francês de jurisdição administrativa e política).⁴¹³

Pelo sistema difuso (via de exceção), o controle é exercido por todos os juízes e tribunais, que podem e devem rejeitar a aplicação de norma violadora ou contrária ao escopo da Constituição, no caso concreto. Ao lado deste sistema norte-americano, adotou-se também o modelo austríaco de controle concentrado.⁴¹⁴ Trata-se de um poder de tão ampla latitude, que faz do juiz brasileiro uma figura que em nada se assemelha ao magistrado da tradição do *civil law*.⁴¹⁵

A segunda consequência foi a incorporação do sistema inglês de unidade da jurisdição, garantindo-se a plenitude do acesso à jurisdição para proteção do cidadão contra lesão ou ameaça de lesão a direito. E, uma vez que o Poder Judiciário não pode se movimentar *ex officio*, dependendo da provocação pelos legitimados, torna-se verdadeiro palco para o exercício do discurso democrático, o que foi potencializado pela ampliação da

⁴¹¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, cit., p. 22-23. De fato, não há como afeiçoar o Estado Constitucional brasileiro a qualquer dos quatro modelos de supremacia do direito conhecidos (*Rule of Law* codificado e sem codificação, *État Légal* ou *Rechtsstaat*), sendo o nosso modelo um modelo próprio (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado constitucional*, cit., p. 23-24).

⁴¹² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, cit., p. 25.

⁴¹³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, cit., p. 45.

⁴¹⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, cit., p. 45.

⁴¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 74.

“cláusula aberta do controle judicial” para abranger direitos coletivos *lato sensu*.⁴¹⁶

No nosso sistema, portanto, a par do controle exercido mediante as ações de inconstitucionalidade, para as quais a Constituição estabelece a legitimação, pode-se também dizer que ninguém está impedido de obter, junto ao juiz do seu domicílio, o resguardo ao seu direito individual constitucionalmente protegido. Em outras palavras, e como já frisamos anteriormente, há controle concentrado, mas não um sistema concentrado.⁴¹⁷

Isso porque também os juízes de primeiro e segundo grau podem fazer esse controle, no curso de um processo qualquer, como questão incidental ao julgamento de mérito. Qualquer juiz ou tribunal, em qualquer grau de jurisdição, pode realizar, no caso concreto que lhe é submetido, o exame a respeito da compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal.⁴¹⁸ Independentemente do modo como se apresenta o fenômeno da inconstitucionalidade ou o seu agente causador, ele está sujeito a controle pelo Poder Judiciário, cuja atividade, portanto, não se restringe ao controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal.⁴¹⁹

Tal modalidade de controle baseia-se na ideia de que o juiz, por ser um intérprete da lei, tem o dever de recusar aplicação à norma que estiver em confronto com a Constituição. Na realidade, todos os juízes têm o dever de verificar se a lei – seja ela invocada pelo autor ou pelo réu, ou simplesmente necessária à resolução do litígio – é constitucional ou não, possuindo, portanto, a incumbência de apreciar a questão constitucional de forma incidental no caso concreto.⁴²⁰

Assim, ao contrário do que acontece nos sistemas em que o juiz ordinário não pode apreciar a questão constitucional, “o juiz e os tribunais brasileiros têm o poder de interpretar a questão constitucional, fazendo surgir uma norma jurídica para o caso concreto (decisão), completamente autônoma em relação à norma abstrata”.⁴²¹ É a própria Constituição, de fato, que assegura a todos os cidadãos o direito de demandar em juízo as providências necessárias para ver afastada a ameaça ou ver sanada a lesão decorrente de ações ou omissões inconstitucionais. Assim, todos os juízes estão habilitados a apreciar alegações dessa natureza, conferindo a necessária tutela jurisdicional nos casos em que, concretamente, estejam

⁴¹⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, cit., p. 45-47.

⁴¹⁷ CUNHA, Sérgio Sérulo da. Prefácio, cit., p. XVII.

⁴¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 587.

⁴¹⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, cit., p. 14.

⁴²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*, cit., p. 18.

⁴²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*, cit., p. 18.

ameaçados ou violados os direitos individuais ou coletivos garantidos pela Constituição.⁴²²

Aliás, mesmo que a questão constitucional não tenha sido invocada pela parte, o juiz brasileiro tem o dever de negar aplicação à lei inconstitucional. Não o fazendo, a aplicação da lei pelo juiz significa a admissão da sua constitucionalidade.⁴²³ Desse dever, portanto, não é lícito aos juízes declinar.⁴²⁴

De fato, o controle de constitucionalidade vigente no Brasil, como tivemos oportunidade de examinar anteriormente, não ocorre *per saltum*, mas de forma concreta, de maneira que cada juiz pode deixar de aplicar a norma que entender inconstitucional, o que inclui a magistratura de primeiro grau. Não existe, no nosso ordenamento, a situação de paralisia processual e remessa dos autos a uma Corte Constitucional, tal como observada nos sistemas europeus. No Brasil, ao contrário, todo juiz pode aplicar a Constituição de forma direta, através do controle difuso de constitucionalidade.⁴²⁵

Tendo em vista a convivência, no sistema brasileiro, dos controles difuso e concentrado, bem como o efeito vinculante das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, deve-se admitir que, se o juiz ou tribunal inferior, diante do caso concreto, não observa orientação da Corte a respeito de matéria constitucional, caberá reclamação ao STF, nos termos do artigo 102, I, I, da Constituição Federal.⁴²⁶

Como é óbvio, o juiz ou tribunal não decidem para si, mas sim para o jurisdicionado, de maneira que pouco deve importar se o juiz possui posição pessoal e divergente acerca da

⁴²² ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, cit., p. 15.

⁴²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*, cit., p. 19.

⁴²⁴ BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os actos inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, cit., p. 78. No mesmo sentido, afirma Pontes de Miranda: “o juiz deve decretar a inconstitucionalidade, ainda que não alegada [...]. O juiz não é árbitro de deixar de lado a questão constitucional, ou as questões constitucionais que as partes ou os membros do Ministério Público levantarem. É missão sua. É dever seu. Ele mesmo as pode suscitar e resolver. Rigorosamente, é obrigado a isso” (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. VI, cit., p. 40-42).

⁴²⁵ SCAFF, Fernando Facury. *Novas dimensões do controle de constitucionalidade no Brasil: prevalência do concentrado e o caso do difuso*, cit., p. 24. Nesse mesmo sentido, evidenciando os inconvenientes do sistema de controle *per saltum*, escreve Pontes de Miranda, afirmando que “*princípio constitucional, referente a tribunais, acertadamente, exige a maioria absoluta para a decretação de inconstitucionalidade de regra jurídica. Os juízes singulares podem decretar a nulidade da lei, ou outra regra jurídica, por ser contrária à Constituição, pois do que decidirem há sempre recurso. Nem se poderia excluir a cognição da questão de inconstitucionalidade pelos juízes singulares; nem seria de admitir-se que se exigisse o per saltum, tais os enormes inconvenientes práticos que teria, se os juízes singulares houvessem de sustar os julgamentos. [...] A decisão do tribunal, por maioria absoluta, não é diferente da decisão do juiz singular: ambas são constitutivas negativas, in casu, e só in casu; a decisão do Supremo Tribunal Federal é que tem plus de eficácia, assim em relação à decisão dos outros tribunais como em relação à decisão dos juízes, – que é o de bastar a deliberação do Senado Federal quanto à suspensão de execução das leis ou decretos que foram tidos, por decisão trânsita em julgado, como contrários à Constituição*” (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V, cit., p. 176-177).

⁴²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*, cit., p. 22.

questão de direito que lhe é submetida. Por isso, o juiz que contraria a posição de tribunal que lhe é superior, ciente que a este cabe a última palavra, pratica ato que atenta à lógica do sistema, significa desprezo ao Poder Judiciário e desconsideração com os usuários do serviço jurisdicional.⁴²⁷

Mas a sujeição do juiz ordinário, todavia, só tem sentido quando, no momento em que pende o caso concreto, a decisão de inconstitucionalidade já tenha sido proferida pelo órgão responsável pela guarda da Constituição. Assim, “*se no instante em que o juiz singular deve exercer o seu dever-poder de controle de constitucionalidade, não há decisão do Supremo Tribunal Federal, não há qualquer vinculação*”.⁴²⁸

Tem o juiz singular, nesse caso, o poder-dever de realizar o exame da questão constitucional que lhe é posta e não havendo, naquele instante, precedente do Supremo Tribunal Federal que lhe seja vinculante, está o magistrado exercendo tarefa que lhe comete a Constituição.

Assim, a decisão de inconstitucionalidade adotada posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal não pode ter efeito retroativo capaz de atingir a coisa julgada que se formou naquele caso concreto, assim como não é possível impedir a sua execução. Certamente, não é possível admitir uma vinculação de tal forma a apagar os efeitos de uma decisão legitimamente tomada no exercício do controle difuso.⁴²⁹

Conclusão diferente seria alcançada se, a exemplo da Alemanha,⁴³⁰ em cujo ordenamento o legislador brasileiro buscou inspiração para editar a norma dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único,⁴³¹ não houvesse no Brasil o controle difuso de

⁴²⁷ Como afirma Marinoni, “*é chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência do ordenamento e de zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 64).

⁴²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*, cit., p. 23.

⁴²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*, cit., p. 23.

⁴³⁰ Na Alemanha, de fato, cada tribunal, que tenha que decidir um caso particular está obrigado ao exame da validade da lei, conforme dispõe a Lei Fundamental. Tal poder, contudo, mostra-se restrito. O tribunal apenas pode decidir o caso concreto se considerar que a norma jurídica a ser aplicada é válida. Se, ao contrário, o tribunal considerar inconstitucional uma lei, cuja validade importa na decisão, deve suspender o processo e, conforme se tratar de uma violação à Constituição Estadual ou da Lei Fundamental, solicitar a decisão do Tribunal Constitucional Estadual ou do Tribunal Constitucional Federal (HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*, cit., p. 47).

⁴³¹ Como aponta Eduardo Talamini, no direito alemão, tanto nas hipóteses de incompatibilidade quanto nas de inconstitucionalidade com nulidade, as anteriores sentenças penais que aplicaram a norma, mesmo que tenham transitado em julgado, podem ser objeto de revisão (Lei do Tribunal Constitucional, § 79, n.º 1). As sentenças cíveis revestidas da coisa julgada, por sua vez, em princípio, permanecem íntegras, mesmo no caso de declaração de inconstitucionalidade com nulidade. A execução de tais decisões, contudo, não será admissível. Se mesmo

constitucionalidade, de modo que os juízes, em geral, não tivessem o poder-dever de examinar as questões constitucionais, de maneira que não se poderia considerar estas como decididas.

Como já se referiu nas linhas introdutórias deste trabalho, a estrutura do processo civil depende dos valores adotados, porquanto não se trata de mera adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado. Daí a dificuldade, cuja referência parece monótona, de se importar instituições oriundas de outros ordenamentos, gestadas em distintos ambientes culturais.

Não é verdade, é claro, que não se possa aproveitar técnicas e soluções para problemas comuns, apesar da manifesta diversidade de valores existente entre os povos, tendo em vista a existência de pontes de intercomunicação entre as culturas dos povos.⁴³² Contudo, tal aproveitamento há de observar as peculiaridades pertinentes e, sobretudo, em casos como o tratado nesse estudo, o tratamento constitucional da matéria.

O sistema de controle concentrado vigente na Alemanha, de fato, exclui o poder de controle da lei por parte dos juízes comuns. A inconstitucionalidade da lei, nesse sistema, ao contrário do que se verifica no Brasil, não pode ser reconhecida por qualquer juiz, como resultado de seu poder-dever de interpretação do direito, porquanto tal controle é reservado à Corte Constitucional.

Os juízes comuns devem, portanto, ter como boas as leis existentes, podendo, eventualmente, exercer o poder de suspender o processo, a fim de arguir, perante a Corte Constitucional, a questão de constitucionalidade surgida.⁴³³

Em um sistema tal como esse, é de se entender que, não possuindo os juízes inferiores qualquer poder para examinar a questão constitucional, e deixando de submeter o feito à apreciação da Corte Constitucional competente, tal procedimento acarreta ofensa à Constituição. A solução adotada na Alemanha, então, é de que, conquanto não seja possível desconstituir a sentença transitada em julgado, a execução da mesma deve ficar impedida.

assim advier a execução judicial, caberão embargos, nos termos da legislação processual (§ 79, n.º 2). Essa regra, como refere Talamini, é a principal fonte inspiradora do § único do artigo 741 (TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, parágrafo único). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 106, abr./jun. 2002, p. 43).

Como aponta Hartmut Maurer, o § 79 da Lei do Tribunal Constitucional baseia-se em um princípio de concepção clara: “*ele faz um corte claro entre o passado e o futuro. O antijurídico ocorrido deve-se deixar correr. No futuro, porém, o antijurídico constitucional não deve ser continuado, também não, à medida que se trata de casos já correntes e ainda não-concluídos. Nessa concepção, insere-se também a proibição de execução consequentemente*” (MAURER, Hartmut. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 252).

⁴³² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 72-76.

⁴³³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 84-85.

Tal conclusão, contudo, não pode ser aplicada ao direito brasileiro,⁴³⁴ em que, no exercício de poder conferido pela Constituição, o Judiciário pronuncia-se sobre a inconstitucionalidade, não enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito.

A esse respeito, ademais, pouca ou nenhuma consequência agrega ao debate o fato de prevalecer, no direito brasileiro, o entendimento segundo o qual o reconhecimento de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal produz efeitos *ex tunc*, retroagindo ao momento da edição da lei.⁴³⁵

Com efeito, a nulidade de leis inconstitucionais vale apenas fundamentalmente, não sem exceção. Ela tem a finalidade de eliminar a infração à Constituição. Há casos, contudo, em que a nulidade com efeitos retroativos não compreende a verdadeira inconstitucionalidade e, o que é pior, pode até aprofundar a inconstitucionalidade.⁴³⁶

Ademais, as relações jurídicas que se constituírem, de boa-fé, à sombra da lei não devem ficar sumariamente canceladas em razão do reconhecimento da inconstitucionalidade, da mesma forma que a coisa soberanamente julgada não perde, por esse motivo, os efeitos que lhe asseguram a imutabilidade. É manifesto que essa doutrina da ineficácia *ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, não sendo razoável que se admita a possibilidade de supressão sumária dos efeitos que a norma produziu enquanto estava em vigor.⁴³⁷

Ademais, entende-se que o efeito retroativo da decisão de inconstitucionalidade do STF visa a atingir o texto legal e não a própria decisão judicial ou a norma do caso concreto. Na verdade, como bem aponta Marinoni, a tese da retroatividade em relação à coisa julgada esquece que “*a decisão judicial transitada em julgada não é uma simples lei – que pode ser negada por ser nula –, mas sim o resultado da interpretação judicial que se fez autônoma ao se desprender do texto legal, dando origem à norma jurídica do caso concreto*”.⁴³⁸

⁴³⁴ Mesmo na Alemanha, em que se cuida de sistema bastante diferente do nosso, a norma do citado § 79 possui aplicação controversa, havendo casos em que os princípios da lealdade e da boa-fé, do *venire contra factum proprium*, da proteção à confiança, entre outros, são considerados, de modo que o Tribunal Constitucional já evitou a aplicação da regra em algumas oportunidades (MAURER, Hartmut. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 252-253).

⁴³⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 163.

⁴³⁶ MAURER, Hartmut. A revisão jurídico-constitucional das leis pelo Tribunal Constitucional Federal, cit., p. 303.

⁴³⁷ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 147-148.

⁴³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). *Gênese Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 31, jan./mar. 2004, p. 147. Além disso, como afirma Eduardo Talamini, é assente no Supremo Tribunal o entendimento segundo o qual a

Aliás, é preciso ter presente que o juiz não interpreta normas, mas sim textos normativos e representações fáticas. O produto de tal atividade de interpretação é que será a norma de decisão do caso concreto. Dessa maneira, pode-se dizer que a interpretação ou aplicação do direito possui caráter constitutivo e não meramente declaratório. Tal atividade consiste na produção, a partir dos textos normativos e dos fatos, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução de determinado caso concreto. Nesse sentido, a interpretação realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular, isto é, opera a inserção do direito na realidade.⁴³⁹

É preciso, igualmente, para pensarmos o direito processual na perspectiva de um paradigma de real efetividade, atentarmos ao declínio do normativismo legalista e a predominância, na aplicação do direito, das normas de princípio, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, com toda sua incerteza, restando evidente que a tomada de decisões não mais se baseia em um *prius* anterior ao processo, dependente, também, dos próprios elementos que nele serão colhidos.⁴⁴⁰

Alvaro de Oliveira vai além e ressalta a necessidade de desligar-se de concepções unilaterais, que só enxergam a norma ou o fato, sem incluir o valor, como exige uma visão totalizante do fenômeno jurídico. Como salienta o autor, o plano dos fatos trabalha com efeitos físicos, próprios do mundo natural, tal como acontece com a evaporação da água, efeito de seu aquecimento a 100° C. Já o mundo jurídico lida com valores, e o efeito da norma, por isso, não é o simples valor, nem o simples fato, mas o valor atribuído ao fato, conforme o enquadramento realizado pela norma. Nisso reside o *specificum* do fenômeno jurídico, constituído sempre de fato valorado pela regra jurídica,⁴⁴¹ de maneira que resta impossível considerar a sentença como

eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade não tem o condão de automaticamente desconstituir a coisa julgada das sentenças pretéritas que aplicaram a norma declarada inconstitucional (TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, parágrafo único), cit., p. 47).

⁴³⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. XIII. Como bem recorda Pontes de Miranda, o princípio de que o juiz está sujeito à lei é algo de “guia de viajantes”, de itinerário, que muito serve, porém não sempre. Aduz o autor que a colocação de tal preceito na Constituição “equivale a inserir-se, nos regulamentos de fábrica, lei de física, a que se devem subordinar as máquinas; a alteração há de ser nas máquinas”. Por lei, portanto, deve-se entender o direito, que “é conceito sociológico, a que o juiz se subordina, pelo fato mesmo de ser instrumento da realização dele. Esse é o verdadeiro conteúdo do juramento do juiz, quando promete respeitar e assegurar a lei. Se o conteúdo fosse o de impor a ‘letra’ legal, e só ela, aos fatos, a função judicial não corresponderia àquilo para que foi criada: realizar o direito objetivo, apaziguar. Seria a perfeição, em matéria de braço mecânico do legislador, braço sem cabeça, sem inteligência, sem discernimento; mais: anti-social e – como a lei e a jurisdição servem à sociedade – absurda” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 266).

⁴⁴⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, cit., p. 81.

⁴⁴¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e tutela jurisdicional. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 4, jan./fev. 2005, p. 6-7.

mera representação da lei declarada inconstitucional.

Com efeito, a sentença passada em julgado substitui a norma geral e abstrata no regramento da situação fática da qual deriva o direito questionado em juízo. Disso decorre a inatacabilidade da coisa julgada sobre a base de fatos (meros fatos ou fatos-direitos) anteriores à referência temporal do julgado (ou seja, fatos dedutíveis no processo, mesmo que não deduzidos) e a inoperabilidade do *ius superveniens* retroativo sobre a situação fática concreta da qual deriva o direito objeto do julgado e da declaração de inconstitucionalidade da norma geral e abstrata em que baseada a sentença.⁴⁴²

Assim, decisão posterior, ainda que do Supremo Tribunal Federal, não poderá atingir a coisa julgada que já havia sido formada e dado origem àquele título executivo judicial. Consoante lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, “*a decisão do STF que declara inconstitucional lei ou ato normativo tem eficácia retroativa ex tunc, para atingir situações que estejam se desenvolvendo com fundamento nessa lei. Essa retroatividade tem como limite a coisa julgada*”.⁴⁴³

Mesmo no sistema vigente na Alemanha, apesar das peculiaridades atinentes ao sistema de controle de constitucionalidade, a aplicação da norma que prevê a inexecuibilidade é controversa.

Com efeito, examinando a norma do § 79 da Lei do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Remo Caponi adverte que a declaração de inconstitucionalidade se sujeita apenas formalmente ao tratamento conferido aos motivos de oposição à execução. Isso porque as matérias passíveis de serem alegadas nessa fase referem-se a fatos novos, ocorridos após o último momento em que poderiam ter sido alegados no processo, de modo que, em regra, não afetam a coisa julgada.

Já a declaração de inconstitucionalidade da norma aplicada pelo juiz é questão que poderia ter sido deduzida no curso do processo, de modo que a possibilidade de esta ser utilizada para impedir a execução de uma sentença configura uma importante exceção ao

⁴⁴² Assim manifesta Andrea Proto Pisani: “*A seguito del formarsi del giudicato sostanziale la fattispecie da cui deriva il diritto fatto valere in giudizio rinvia la fonte della propria rilevanza giuridica unicamente nell'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato e non più nella norma generale ed astratta. [...] Di qui: a) la inatacabilità del giudicato sulla base di fatti (meri fatti o fatti-diretti) anteriori al referente temporale del giudicato, cioè deducibili nel processo in cui si è formato il giudicato ancorché non dedotti (è il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile); b) l'inoperatività dello ius superveniens retroativo sulla fattispecie concreta da cui deriva il diritto oggetto del giudicato, ed ancora l'inoperatività della sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità della norma generale e astratta sulla cui base si è deciso*” (PISANI, Andrea Proto. Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, apr./giug. 1990, p. 389-390).

⁴⁴³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1086.

princípio de que a coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível e uma violação da essência da coisa julgada.⁴⁴⁴ Assim, a declaração de inconstitucionalidade não pode valer como motivo de oposição à execução, uma vez que implica revisão da decisão passada em julgado e, portanto, não obedece às regras dos limites temporais do julgado.⁴⁴⁵

Dúvida alguma pode restar, ademais, quando se trate de aplicação, pelo Supremo Tribunal Federal, do artigo 27 da Lei 9.868/1999, que, como visto anteriormente, introduziu no direito brasileiro a possibilidade de limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade com fundamento no princípio da segurança jurídica ou em interesse público de excepcional relevo.

Uma vez adotado tal procedimento, “*o reconhecimento da inconstitucionalidade não implica a necessária nulificação do ato inconstitucional*”.⁴⁴⁶ Assim, nessa hipótese, com maior razão, a coisa julgada deverá ser mantida, visto que a posterior decisão do STF não terá qualquer influência sobre os fatos passados.

3.3 A Coisa Julgada como Regra que Privilegia a Segurança Jurídica

Deve-se notar que os autores que defendem a “relativização” da coisa julgada com base em conceitos abstratos de “justiça” parecem descuidar do valor maior que a coisa julgada busca proteger no ordenamento, a saber, o princípio da segurança jurídica.⁴⁴⁷

⁴⁴⁴ Assim manifesta o referido autor: “*non si può in definitiva non aderire alla tesi secondo la quale la dichiarazione d'incostituzionalità è assoggettata solo dal punto di vista formale al trattamento proprio dei motivi di opposizione all'esecuzione, in quanto essa è in realtà un fenomeno ben diverso. L'istituto dell'opposizione all'esecuzione è lo strumento attraverso il quale il debitore fa valere fatti nuovi, sorti dopo l'ultimo momento nel quale essi potevano essere fatti valere nel precedente processo; essi non intaccano dunque il precedente giudicato. La questione di costituzionalità della norma applicata poteva invece essere dedotta nel corso del primo processo e la possibilità che essa sia sollevata successivamente per impedire l'esecuzione della sentenza o per bloccare l'esecuzione già in corso si traduce in una notevole eccezione al principio, espresso nei termini della dottrina italiana, per cui il giudicato copre il dedotto e il deductibile, e quindi in un danneggiamento dell'essenza del giudicato [...]*” (CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 280)

⁴⁴⁵ “*È escluso anche che la dichiarazione di incostituzionalità possa valere come motivo di opposizione all'esecuzione della sentenza civile di condanna. [...] prevedere un simile motivo di opposizione all'esecuzione non obbedisce alle regole dei limiti temporali del giudicato, ma ne costituisce un'eccezione, giacché impone una revisione dell'accertamento passato in giudicato. [...]*” (CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 374).

⁴⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro, cit., p. 65.

⁴⁴⁷ O qual, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “*se acaso não é o maior de todos os princípios gerais de direito, como acreditamos que efetivamente o seja, por certo é um dos maiores dentre eles*” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 87).

Considerado conquista especial do Estado de Direito,⁴⁴⁸ o conceito de segurança jurídica tem como função proteger o indivíduo de atos arbitrários do poder estatal, já que as intervenções do Estado, muitas vezes, tendem a ser pesadas e injustas.⁴⁴⁹ Por força de dito princípio, procura-se evitar que alterações surpreendentes na ordem jurídica instabilizem a situação dos administrados, minorando, com isso, os efeitos traumáticos que possam resultar de novas disposições jurídicas que alcançariam situações em curso.⁴⁵⁰

O direito, de fato, somente pode cumprir satisfatoriamente sua tarefa como fator de ordem da vida social e estatal se estiver apoiado em constância e durabilidade.⁴⁵¹ Por isso, pode-se dizer que o princípio da segurança jurídica dirige-se à implantação de um valor específico, destinado a coordenar o fluxo das interações inter-humanas, propagando no seio da comunidade o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta. Tal sentimento tranquiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, porquanto, conhecendo a disciplina jurídica de seus atos, confiam no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza.⁴⁵²

⁴⁴⁸ Nas palavras de Torsten Stein, que realizou excelente trabalho sobre o tema no âmbito da ordem legal da República Federal da Alemanha, “*a segurança jurídica como tal é um princípio constitucional não-escrito, derivado do princípio do Estado de Direito*” (p. 94). Como ressalta o autor, a ideia de Estado de Direito desenvolveu-se no século XIX, dentro da evolução cívico-liberal do Estado, que aspirava a limitar o poder estatal, para garantir um núcleo de liberdades cidadãs. Para tanto, era preciso garantir a separação dos poderes, ou seja, submeter a administração à lei e garantir a independência dos tribunais. Assim, “*a reserva legal foi considerada critério decisivo da juridicidade estatal*” (STEIN, Torsten. *A segurança jurídica na ordem legal da República Federal da Alemanha*. Trad. Maria Cláudia Fittipaldi. In: *Acesso à justiça e cidadania*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 94-95).

Também Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que este princípio não se encontra radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. Decorre, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, fazendo parte do sistema constitucional como um todo (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 123).

Como ressalta Humberto Ávila, o princípio do Estado de Direito relaciona-se com o princípio da segurança jurídica nas suas duas dimensões. A sua dimensão formal diz respeito à separação dos poderes, à hierarquização das normas e à proteção jurisdicional. A separação dos poderes favorece o controle do exercício do Poder e a sua alocação por meio de regras de competência. Tais elementos contribuem para o incremento da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico. A hierarquização das normas, por seu turno, auxilia na maior previsibilidade e controle da atuação estatal, porquanto cada norma requer um fundamento de validade em outra norma superior. Tal estrutura favorece a acessibilidade normativa, pois o cidadão pode saber que a norma inferior deverá estar de acordo com a de escalão superior, até chegar à Constituição. Por fim, a proteção jurisdicional funciona como um instrumento assecuratório de direitos e da efetividade do ordenamento jurídico como um todo. Quanto à dimensão material, deve-se notar que a mesma visa a proteger um conjunto de direitos, de maneira que a segurança jurídica funciona como um princípio destinado a assegurar esses mesmos direitos (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização do direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 208-209).

⁴⁴⁹ STEIN, Torsten. *A segurança jurídica na ordem legal da República Federal da Alemanha*, cit., p. 93.

⁴⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 87.

⁴⁵¹ MAURER, Hartmut. Garantia de continuidade e proteção à confiança. In: _____. *Contributos para o direito do Estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 59.

⁴⁵² CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 149. Na lição de Tercio Sampaio Ferraz Júnior, segurança significa “*evitar que um evento passado (o estabelecimento de uma norma e o advento de uma situação normativizada), de repente, torne-se algo insignificante, e o seu futuro, algo*

Dessa forma, as intervenções do Estado devem ser sempre previsíveis pelo cidadão, de modo que devem estar sujeitas a determinadas regras. Somente assim, o particular pode adequar sua conduta dentro do Estado, de sorte a prever as intervenções ou atenuá-las.⁴⁵³

Se o princípio do Estado de Direito indica, precipuamente, a necessidade de proteção do cidadão contra a atuação arbitrária do Estado, então a esfera jurídica do cidadão também deve ser limitada com segurança por regras jurídicas determinadas. Tais regras devem ser redigidas com precisão e clareza, sem contradição com o conjunto do ordenamento, de modo que o cidadão possa a elas se adequar e nelas confiar.⁴⁵⁴ Mas não apenas isso. Além da clareza das leis, a segurança jurídica exige um mínimo de estabilidade na ordem jurídica. Somente é possível confiar nas regras de atuação do Estado se houver nelas uma continuidade.⁴⁵⁵

Portanto, a confiança na subsistência, na estabilidade da ordem jurídica, bem como a clareza das leis, são elementos da segurança jurídica,⁴⁵⁶ sendo esta inafastável da própria noção de Estado Democrático de Direito e tendo por escopo a garantia do cidadão contra o arbítrio estatal.⁴⁵⁷

O conceito de clareza jurídica significa que o direito vigente deve ser compreensível para o cidadão. Somente assim há a previsibilidade da atuação do Estado, permitindo ao cidadão o reconhecimento da intenção do legislador. Não se impede, com isso, a utilização de

incerto, o que faria do tempo do direito um mero tempo cronológico, uma coleção de surpresas desestabilizadoras da vida. Afinal, se o sentido de um evento passado pudesse ser alterado ou o sentido de um evento planejado pudesse ser modificado ao arbítrio de um ato presente, a validade dos atos humanos estaria sujeita a uma insegurança e uma incerteza insuportáveis. A própria vida humana perderia o sentido [...]” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n. 7.689/88). *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 125, fev. 2006, p. 73-74).

⁴⁵³ STEIN, Torsten. A segurança jurídica na ordem legal da República Federal da Alemanha, cit., p. 93.

⁴⁵⁴ O princípio da segurança jurídica exige, portanto, que cada pessoa tenha elementos para conhecer previamente as consequências de seus atos. *“Isso dá a todos a tranquilidade para planejar o porvir, já que se conhece o modus pelo qual as regras de conduta serão aplicadas. Por outro lado, a certeza de que serão respeitados o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, dá às pessoas a chamada ‘garantia do passado’, o que leva à irretroatividade do próprio Direito [...]”* (CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas. In: FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009, p. 44).

⁴⁵⁵ STEIN, Torsten. A segurança jurídica na ordem legal da República Federal da Alemanha, cit., p. 98.

⁴⁵⁶ Tais fundamentos já foram invocados, como relata Torsten Stein, pelo Tribunal Federal Constitucional alemão com o propósito de tornar válida uma lei formalmente inconstitucional. *“Segundo as regras de competência da Lei Fundamental, a federação não tinha, nesse caso concreto, competência legislativa. Se lhe faltava essa competência, a lei era formalmente inconstitucional e, portanto, nula. O Tribunal Federal Constitucional argumentou, não sendo o erro evidente, que se deveria aceitar a lei por razões de segurança jurídica”*. Stein apenas critica o Tribunal, afirmando que, num caso como esse, deveria ter sido esclarecido qual o aspecto da segurança jurídica atingido (como o princípio da clareza ou da proteção à confiança), pois é muito vago remeter-se ao princípio geral da segurança jurídica (STEIN, Torsten. A segurança jurídica na ordem legal da República Federal da Alemanha, cit., p. 99).

⁴⁵⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 62.

conceitos jurídicos indeterminados. A exigência de precisão das regras jurídicas, contudo, pressupõe que esses conceitos sejam suficientemente previsíveis e judicialmente examináveis.⁴⁵⁸ A exigência de precisão, portanto, zela pela confiança do cidadão no texto das leis.

O princípio da proteção da confiança, por seu turno, ocupa-se da continuidade das leis, e, assim, do direito com um todo. Tal exigência não protege o cidadão genericamente de qualquer modificação da lei, mas somente na medida em que ele tenha tomado atitudes porque confiava numa determinada situação jurídica. Resta atingida a confiança, especialmente, nos casos em que ocorrem modificações retroativas da lei, isto é, quando fatos situados no passado podem ser objeto de novas avaliações.⁴⁵⁹

A garantia da segurança jurídica pode ser considerada, portanto, como uma espécie de “garantia do passado”. Não se pode negar ao cidadão o direito de usufruir de uma certa dose de estabilidade com relação a atos pretéritos, sem a qual fica inviabilizado de planejar suas ações no mundo, com vistas a alcançar determinado resultado esperado no futuro. Promover alterações intempestivas na ordem de coisas sobre a qual o cidadão projeta suas relações atenta contra o princípio da proteção da confiança.

O princípio da proteção da confiança serve, então, de instrumento de defesa de interesses individuais nos casos em que o particular, não estando ao abrigo do direito adquirido ou do ato jurídico perfeito, exerce a sua liberdade confiando na validade, ou na aparência de validade, de um conhecido ato normativo geral ou individual e, posteriormente, tem sua confiança frustrada pela descontinuidade da sua vigência ou dos seus efeitos, seja por uma simples mudança, seja por revogação ou anulação ou, ainda, por declaração de invalidade. Por essa razão, o princípio da proteção da confiança envolve, para que se verifique no caso concreto, a existência de (a) uma base da confiança, de (b) uma confiança nessa base, do (c) exercício da referida confiança na base que a gerou e da (d) sua frustração por ato posterior e contraditório do Poder Público.⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ STEIN, Torsten. A segurança jurídica na ordem legal da República Federal da Alemanha, cit., p. 100-103.

⁴⁵⁹ STEIN, Torsten. A segurança jurídica na ordem legal da República Federal da Alemanha, cit., p. 105-106.

⁴⁶⁰ A base da confiança, como entende Humberto Ávila, traduz-se nas normas que serviram de fundamento para a (in)ação individual, podendo ser geral e abstrata, como uma lei, ou individual e concreta, como um ato administrativo ou uma decisão judicial. “*O conhecimento da base da confiança capaz de gerar confiança é, portanto, o primeiro elemento do princípio da proteção da confiança*” (p. 357). Para que exista proteção da confiança é preciso, ainda, que o particular tenha confiado na “base da confiança”, e, para tanto, é necessário que ele tenha conhecimento da base da confiança. Vincula-se, portanto, as noções de confiabilidade com cognoscibilidade do Direito. O terceiro elemento a ser observado para que exista a proteção da confiança é o exercício da confiança, ou seja, que tenha o cidadão colocado em prática a sua confiança, por meio do exercício concreto da sua liberdade. Por fim, o princípio da proteção da confiança apenas se justifica na medida em que “*o cidadão tem a sua confiança, gerada por um ato estatal anterior, frustrada por uma nova manifestação estatal*”

Como bem ponderou Almiro do Couto e Silva, aliás, “*a tolerada permanência do injusto ou do ilegal pode dar causa a situações que, por arraigadas e consolidadas, seria iníquo desconstituir, só pela lembrança ou pela invocação da injustiça ou da ilegalidade originária*”.⁴⁶¹

Tanto isso é correto que a necessidade de se tutelar a confiança do cidadão no direito, pode ensejar mesmo que uma alteração abrupta na jurisprudência, sobretudo em se tratando de matéria constitucional, somente produza efeitos para o futuro. Trata-se do que nos Estados Unidos passou-se a denominar *prospective overruling*.⁴⁶²

De fato, alterações jurisprudenciais fazem parte da dinâmica do direito.⁴⁶³ A proteção à confiança não forma, verdadeiramente, uma barreira, mas sim uma linha diretriz para a modificação da jurisprudência.⁴⁶⁴ Com efeito, enquanto o processo legislativo apresenta-se mais ou menos rígido e a produção normativa da administração tem uma flexibilidade limitada pela legalidade estrita, a atividade jurisdicional é o campo em que o direito conhece seu mais alto grau de adaptabilidade à mudança social, econômica, cultural, no espaço e no tempo.⁴⁶⁵ Aliás, negar tal caráter à jurisdição constitucional equivale a distorcer seu genuíno caráter de adaptação à realidade social.⁴⁶⁶

Contudo, a regularidade jurisprudencial implica certeza, por parte do cidadão, do direcionamento na tomada de uma decisão judicial. É normal que os particulares, confiando na informação oferecida pelos profissionais do Direito, venham a adotar comportamentos com

posterior contraditória” (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização do direito tributário*, cit., p. 360-401).

⁴⁶¹ COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Cadernos de Direito Público, v. 27, n. 57, 2003, p. 14.

⁴⁶² A revogação de um precedente (*overruling*), nos Estados Unidos e no *common law*, opera, como regra geral, efeitos retroativos, pois significa a admissão de que a tese nele anunciada, até aquele momento vigente, estava equivocada ou se tornou incompatível com os novos valores. Aceita-se, sem maiores divergências, que a decisão revogadora pode retroagir para apanhar situações que lhe são anteriores. A prática judicial americana, contudo, em tempos recentes, tem verificado hipóteses em que se faz necessário não permitir a retroatividade da nova regra, firmada na decisão que revogou o precedente. Em tais casos, as Cortes mostram sua preocupação em tutelar o princípio da segurança e a confiança depositada pelos jurisdicionados nos atos do poder público (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 421).

⁴⁶³ Mesmo nos Estados Unidos, onde a regra do *stare decisis* tem notabilíssima relevância, a Suprema Corte possui liberdade para separar-se de seus próprios precedentes em matéria constitucional. Contudo, este poder de *overruling* é aceito somente quando se sustenta em uma especial justificação (SEGADO, Francisco Fernández. *Los cambios de la jurisprudencia constitucional. Interese Público*, Sapucaia do Sul, v. 9, n. 42, mar./abr. 2007, p. 162).

⁴⁶⁴ MAURER, Hartmut. *Garantia de continuidade e proteção à confiança*, cit., p. 138.

⁴⁶⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: _____; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009, p. 4.

⁴⁶⁶ SEGADO, Francisco Fernández. *Los cambios de la jurisprudencia constitucional*, cit., p. 162.

base no direcionamento que os Tribunais adotam quanto à determinada matéria.⁴⁶⁷ O cidadão que contou com a jurisprudência predominante até determinado momento e atuou em conformidade com ela é frustrado quando, pela nova orientação jurisprudencial, é retirado o fundamento jurídico de seu comportamento.⁴⁶⁸

É nesse contexto que a não-retroatividade ganha sentido. Trata-se de respeitar o passado, precavendo-se de tornar ilusórias, retrospectivamente, as expectativas então legítimas. A proibição da retroatividade implica respeitar uma ocorrência passada, dando-lhe consistência duradoura: *“coisas foram ditas e feitas, promessas foram trocadas, normas editadas e, no seu momento, isto teve um peso e uma importância inclusive para o futuro”*.⁴⁶⁹

No caso do STF, como visto anteriormente, a Lei n.º 9.868 expressamente estabeleceu a possibilidade de que, presentes certos pressupostos, e observada a maioria qualificada, os efeitos de certas declarações de inconstitucionalidade possam ser diferidos.

Contudo, mesmo antes da competência conferida pela mencionada lei, o STF poderia limitar a eficácia temporal de suas decisões, podendo optar pela manutenção, em termos delimitados, de uma situação ilegítima, ou seja, manutenção de uma regra ostensivamente inconstitucional, para o passado, com a sustação de sua validade para o futuro.⁴⁷⁰

Portanto, nada obsta que, na hipótese de uma nova jurisprudência vir a alcançar determinadas situações de fato, o tribunal perceba que, ao voltar atrás inteiramente (efeito *extunc*), acabe por criar uma situação *“não-desejada pela vontade do legislador racional. Com base em critérios de razoabilidade, essa consideração é possível e, de certo modo, até impositiva, em nome da justiça e da segurança jurídica”*.⁴⁷¹

Diríamos, aqui, ser forçoso aceitar tal conclusão, sobretudo nos casos de respeito à coisa julgada. Não é à toa, portanto, que nosso ordenamento constitucional atribui fundamentalidade à segurança jurídica. E, deve-se lembrar, a Constituição jurídica está sempre condicionada pela realidade histórica, não podendo ser separada da realidade concreta de seu tempo.⁴⁷²

Tanto é assim que a menção ao conceito já é feita no preâmbulo da Constituição.

⁴⁶⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial, cit., p. 6.

⁴⁶⁸ MAURER, Hartmut. Garantia de continuidade e proteção à confiança, cit., p. 138.

⁴⁶⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial, cit., p. 8.

⁴⁷⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial, cit., p. 19. Também Carrazza sustenta que a possibilidade de aplicação prospectiva da declaração de inconstitucionalidade decorre do princípio da segurança jurídica, de maneira que, mesmo que inexistisse a autorização legal prevista no artigo 27 da Lei n.º 9.868, ainda assim o Supremo Tribunal Federal poderia, em certos casos, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade (CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas, cit., p. 67).

⁴⁷¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial, cit., p. 28.

⁴⁷² HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*, cit., p. 24.

Como sustenta Humberto Ávila, “*de um lado, o preâmbulo institui um Estado Democrático destinado a ‘assegurar’, isto é, ‘tornar seguros’ tanto os direitos sociais e individuais quanto os valores, dentre os quais o próprio valor ‘segurança’*”. De outra parte, o preâmbulo também “*qualifica a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça, e também a ‘segurança’, como ‘valores supremos’ da sociedade*”.⁴⁷³

Simple leitura do preâmbulo de nossa Constituição, portanto, denota a grave preocupação do nosso ordenamento com a questão da segurança jurídica.⁴⁷⁴

De fato, no nosso sistema, o valor da segurança encontra-se tratado pela Constituição não apenas de modo geral no preâmbulo e nos artigos 1º, 5º e 6º, mas também de modo específico pela proteção da anterioridade (art. 150, III, b) e da irretroatividade (art. 150, III, a) e, fundamentalmente, pela proteção da coisa julgada, insculpida no art. 5º, inciso XXXVI.⁴⁷⁵ Trata-se, portanto, de um direito e garantia individual em nossa Constituição,⁴⁷⁶ integrando, pois, o conceito de cidadania processual reconhecido pelo texto constitucional.⁴⁷⁷

⁴⁷³ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização do direito tributário*, cit., p. 33-34.

⁴⁷⁴ Como afirma Ávila, “*além de diretamente prever a segurança, a CF/88 também exige a busca de fins mais amplos que permitem deduzir fins mais restritos necessários à sua realização, que traduzem, no seu conjunto, os ideais de confiabilidade e de calculabilidade do (e pelo) ordenamento jurídico. Aqui, a descoberta dos elementos da segurança jurídica se dá por dedução a partir de sobreprincípios que impõem a realização de fins mais amplos relativamente à segurança jurídica*” (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização do direito tributário*, cit., p. 206).

⁴⁷⁵ Constituição Federal, artigo 5º, XXXVI: “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”.

⁴⁷⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 123. Como sustenta Ingo Wolfgang Sarlet, intrínseca à noção de direitos fundamentais está, justamente, a característica da fundamentalidade, que pode ser entendida em sentido formal e material. “*A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza supralegal; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF), cuidando-se, portanto (pelo menos num certo sentido) e como leciona João dos Passos Martins Neto, de direitos pétreos, muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo Constituinte [...]; c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade*” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 88-89).

⁴⁷⁷ Como afirma Sérgio Gilberto Porto, “*o instituto da coisa julgada goza de prestígio constitucional, eis que insculpido na Carta Magna como garantia (5º, XXXVI, CF), ou seja, como cláusula assecurativa da estabilidade das relações sociais normadas por sentença de mérito trânsita em julgado, integrando, pois, o conceito de cidadania processual reconhecido pela Constituição Federal. O contrato existente entre o cidadão e o Estado está assim definido e, portanto, indubitavelmente, há uma garantia de ordem constitucional-processual que, por opção política, determina que a partir de certo momento não se pode mais, no Estado civilizado, prosseguir em determinado conflito. Encerra-se, verdadeiramente, a disputa, declarando-se a estabilidade definitiva da relação jurídica controvertida como ato de soberania do Estado. Havendo, naquele caso, por ato legítimo de império, segurança jurídica constitucionalmente reconhecida*” (PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania processual e relativização da coisa julgada*, cit., p. 23).

No domínio do processo, ademais, o maior corolário do valor segurança é o devido processo legal, consagrado no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, de que decorre a norma principal do direito fundamental ao processo justo, que compreende todo conjunto de direitos fundamentais pertinentes, inclusive o da efetividade.⁴⁷⁸

A vinculação da coisa julgada com o princípio da segurança jurídica é, pois, evidente, uma vez que os indivíduos alcançados pela eficácia subjetiva do instituto confiam na sua validade. Isso explica por que a coisa julgada, mesmo em determinados ordenamentos nos quais ela não vem expressamente garantida, é protegida por meio da jurisprudência: a sua base constitucional é, diretamente, a segurança jurídica e, indiretamente, a proteção de direitos fundamentais, não havendo necessidade de sua proteção em dispositivo específico.⁴⁷⁹

Também Canotilho considera que “*a segurança jurídica no âmbito dos actos jurisdicionais aponta para o caso julgado*”, instituto que, segundo o eminente constitucionalista, “*assenta na estabilidade definitiva das decisões judiciais*”, seja porque está excluída a possibilidade de recurso ou a reapreciação de questões já decididas e incidentes sobre a relação processual dentro do mesmo processo – coisa julgada formal –, seja porque a relação material controvertida é decidida em termos definitivos e irretroatáveis, impondo-se a todos os tribunais e a todas as autoridades – coisa julgada material.⁴⁸⁰

Somente com a proteção da garantia da coisa julgada, e, portanto, da imutabilidade e da indiscutibilidade das decisões é que se pode alcançar a pacificação social.⁴⁸¹

Por isso, quando se fala em intangibilidade da coisa julgada, não se deve dar ao instituto tratamento jurídico inferior, de mera figura do processo civil, regulado por lei ordinária. Ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, isto é, de elemento formador do Estado Democrático de Direito, que não pode ser apequenado por conta de situações largamente conhecidas da

⁴⁷⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*, cit., p. 62.

⁴⁷⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização do direito tributário*, cit., p. 354.

⁴⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Lisboa: Almedina, 2001, p. 259. Nada obstante, Canotilho, à luz do sistema constitucional português, entende viável a aplicabilidade retroativa de sentença do Tribunal Constitucional que declare a inconstitucionalidade de lei com força obrigatória geral: “*embora o princípio da intangibilidade do caso julgado não esteja previsto, expressis verbis, na Constituição, ele decorre de vários preceitos do texto constitucional, [...] e é considerado como subprincípio inerente ao princípio do Estado de direito na sua dimensão de princípio garantidor de certeza jurídica. As exceções ao caso julgado deverão ter, por isso, um fundamento material inequívoco (ex.: ‘revisão de sentença’, no caso de condenação injusta ou ‘erro judiciário’; aplicabilidade retroativa de sentença do TC declarativa da inconstitucionalidade ou ilegalidade com força obrigatória geral) [...]*” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 260).

⁴⁸¹ A partir de certo momento, leciona Sérgio Gilberto Porto, “*justa ou injusta, correta ou incorreta, a sentença deverá se tornar indiscutível, conferindo assim, por decorrência, estabilidade a determinada relação jurídica posta à apreciação [...]*” (PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*, cit., p. 46).

doutrina e da jurisprudência, como é o caso da sentença injusta ou daquela proferida em desacordo com a Constituição.⁴⁸²

Aliás, é possível afirmar que a importância do instituto da coisa julgada não decorre somente de sua posição constitucional, que apenas o reafirma e reforça. Pontes de Miranda, de fato, critica a doutrina que deriva a eficácia de coisa julgada material do direito constitucional, mais precisamente da norma que proíbe que a lei se estenda ao passado, ou que venha a reger, de novo, os mesmos fatos que foram apreciados pelo juiz em sentença passada em julgado. Para o jurista, a coisa julgada é regra de direito intertemporal, apenas assegurada mediante a constitucionalização.⁴⁸³

Nada obstante tais ponderações, como a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, refere que: “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”, muitos autores passaram a defender a ideia de que a proteção da coisa julgada dirige-se apenas ao legislador,⁴⁸⁴ sustentando, assim, que o direito fundamental previsto na Constituição existe, mas busca tutelar a coisa julgada apenas em face da lei e não diante de uma outra decisão judicial.⁴⁸⁵

Não nos parece que tal entendimento seja o mais adequado. Isso porque a proteção à coisa julgada no ordenamento brasileiro, apesar do que pode parecer a partir de uma interpretação meramente literal, não se destina apenas ao legislador.

A norma não se ocupou do juiz simplesmente porque “*a possibilidade de este desconsiderá-la é pouco mais do que estranha aos princípios do Estado de Direito e às*

⁴⁸² NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*, cit., p. 60-61.

⁴⁸³ Como afirma Pontes de Miranda, “*tal opinião é anacrônica e ilógica. Despreza toda a história da coisa julgada material e supõe que a regra de direito constitucional sempre existiu. Essa regra é recentíssima. Foi, a princípio, regra de direito intertemporal somente público (não constitucional) e muito mais tarde se fez de direito constitucional. Com esse novíssimo caráter, ou sem ele, apareceu quando de milênios datava o conceito de res iudicata. Ilógica é a suposição, pois que a eficácia da sentença depende do direito processual, e o conceito de coisa julgada formal e material que aparece, ou pode aparecer nas Constituições, foi tomado ao direito processual. Apenas se lhe dá seguridade ou garantia constitucional, mediante a constitucionalização da regra de direito intertemporal*” (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V, cit., p. 210-211).

⁴⁸⁴ Nesse sentido, é a opinião, por exemplo, de Araken de Assis, para quem “*o catálogo dos direitos fundamentais, constante do art. 5º da Carta Política de 1988, no seu inc. XXXVI contempla a imunização da coisa julgada à irretroatividade da lei. [...] A proibição se dirige ao legislador, ante a explícita menção inicial à figura da ‘lei’, notório e conspícuo produto do processo legislativo, nele apontada como o potencial vetor deliquescente*” (ASSIS, Araken de. *Eficácia da coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 7).

⁴⁸⁵ Humberto Theodoro Júnior observa, a esse respeito, que “*a preocupação do legislador constituinte foi apenas a de pôr a coisa julgada a salvo dos efeitos de lei nova que contemplasse regra diversa de normatização da relação jurídica objeto de decisão judicial não mais sujeita a recurso, como uma garantia aos jurisdicionados. Trata-se, pois, de tema de direito intertemporal em que se consagra o princípio da irretroatividade da lei nova*” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional* (CPC, artigo 741, parágrafo único), cit., p. 16).

regras do próprio direito processual (art. 267, V, CPC)”.⁴⁸⁶ Se a decisão pudesse ser livremente negada pelo próprio Poder Judiciário, que a produziu, simplesmente não existiria a segurança jurídica almejada pela Constituição.

Portanto, em nome do direito à segurança, que exige certeza e confiança, não se pode restringir o princípio da irretroatividade à lei como mero enunciado, devendo compreender-se a norma como sua inteligência em determinado momento. *“A irretroatividade é, assim, do Direito e alcança, portanto, a irretroatividade da inteligência da lei aplicada a certo caso concreto”.*⁴⁸⁷

De fato, não haveria sentido em limitar a atividade do legislador com vistas a proteger a coisa julgada, e, ao mesmo tempo, dar liberdade ao aplicador da lei para desconsiderá-la.⁴⁸⁸ Dessa forma, constitui a coisa julgada uma garantia individual que assegura ao jurisdicionado a estabilidade da tutela obtida e também uma garantia institucional, porquanto prestigia a eficiência e a racionalidade da atuação estatal.⁴⁸⁹

O princípio da segurança jurídica, pois, ajuda a promover os valores supremos da sociedade, influenciando não só na edição das leis e dos atos administrativos, como no próprio alcance das decisões judiciais.⁴⁹⁰

No mesmo sentido, milita o princípio da boa-fé, que irradia efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, exigindo que tanto o Poder Público quanto os particulares respeitem as conveniências e os interesses dos outros, não podendo incorrer em contradição com sua própria conduta, na qual a outra parte manifesta confiança (proibição do *venire contra factum proprium*).⁴⁹¹

Pode-se concluir, por isso, que é a garantia da coisa julgada que fundamenta, no âmbito do processo, a segurança das partes (cujos direitos reconhecidos não podem ser desconsiderados), da sociedade (que busca promover sempre a coordenação entre os cidadãos) e

⁴⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*, cit., p. 68.

⁴⁸⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial, cit., p. 11.

⁴⁸⁸ Conquanto adepto da teoria da relativização, embora de forma bastante limitada, Cândido Rangel Dinamarco também entende que a fórmula constitucional da garantia da coisa julgada possui um alcance mais amplo do que as palavras poderiam fazer pensar. De fato, *“por força da coisa julgada, não só o legislador carece de poderes para dar nova disciplina a uma situação concreta já definitivamente regradada em sentença irrecorrível, como também os juízes são proibidos de exercer a jurisdição outra vez sobre o caso e as partes já não dispõem do direito de ação ou de defesa como meios de voltar a veicular em juízo a matéria já decidida”* (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*, cit., p. 241-242).

⁴⁸⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 51-52.

⁴⁹⁰ CARRAZZA, Roque Antônio. *Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas*, cit., p. 44.

⁴⁹¹ CARRAZZA, Roque Antônio. *Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas*, cit., p. 45.

do próprio Poder Judiciário (que não pode infinitamente voltar a julgar questões que foram objeto de anterior pronunciamento).⁴⁹²

Não é por outro motivo que o próprio Código de Processo Civil determina que o juiz reconheça de ofício a preliminar de coisa julgada (art. 301, VI, §4º) ou extinga o processo sem o exame do mérito ao verificá-la (art. 267, V).⁴⁹³

Nesse sentido, pode-se considerar a coisa julgada como um importante elemento do formalismo processual, que tem a função de indicar as fronteiras do início e do fim do processo, atuando ainda como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos estatais e os excessos de uma parte diante da outra,⁴⁹⁴ ideia cujo desenvolvimento será objeto do capítulo seguinte.

3.4 A Coisa Julgada como Importante Elemento do Formalismo Processual

Três razões principais, portanto, estão a indicar a improcedência dos argumentos da doutrina que defende a relativização da coisa julgada.

Em primeiro lugar, a eficácia preclusiva da coisa julgada impede seja renovada a discussão quanto à questão da constitucionalidade com vistas a atingir o resultado do pronunciamento judicial. Por outro lado, o exame da questão constitucional foi efetivamente realizado na decisão transitada em julgado que se pretende, eventualmente, atingir, uma vez que o sistema difuso vigente no Brasil outorga tal poder-dever a todo magistrado. Por fim, a coisa julgada, no nosso ordenamento, encontra proteção especial, porquanto fundamental para a realização do ideal de segurança jurídica demandado pelo Estado Constitucional.⁴⁹⁵

Contudo, ainda outros fundamentos podem ser invocados de maneira a demonstrar a debilidade da doutrina que pretende a “relativização” da coisa julgada, que, ao fim e ao cabo, parece considerar o instituto um formalismo processual inútil.

⁴⁹² ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*, cit., p. 123.

⁴⁹³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a fazenda pública (ex vi art. 741, parágrafo único, do CPC). *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 141, nov. 2006, p. 42.

⁴⁹⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 26, 2006, p. 59-61. Para um maior aprofundamento de tal estudo, confira-se, ainda, do mesmo autor: *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴⁹⁵ Hoje, aliás, deve-se ter presente a superação do contexto cultural do Estado de Direito (*Rechtsstaat, État Légal*), em que o processo era concebido como anteparo ao arbítrio estatal, na medida em que, atualmente, o Estado Constitucional (*Verfassungsstaat, État de Droit*) tem por missão colaborar na busca da tutela efetiva dos direitos, por meio da organização de um processo justo (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 616).

De fato, constitui posição dominante nas correntes metodológicas da teoria e da prática do direito nas últimas décadas a chamada revolta contra o formalismo, que também se nota no campo da interpretação dos direitos constitucionais. Assim, a chamada “desformalização” é vista como uma exigência que hoje se reclama da hermenêutica constitucional por aqueles que defendem uma maior fluidez e flexibilidade dos instrumentos e canais de solução dos conflitos sociais.⁴⁹⁶

Como sustenta Humberto Theodoro Júnior, o dispositivo que trata da coisa julgada na Constituição nada mais é do que a consagração do princípio da irretroatividade da lei nova, de modo que, se entrar em conflito com norma constitucional, a coisa julgada deverá sempre ceder.⁴⁹⁷

Todavia, como examinamos anteriormente, para o jurisdicionado que se apoiou em determinado entendimento jurisprudencial, e, com mais razão, contou com decisão que lhe é favorável e transitada em julgado, não existe nenhuma diferença se sua expectativa é frustrada por uma lei retroativa ou por uma mudança de jurisprudência que, embora mantenha a existência da lei, interpreta-a limitativamente.⁴⁹⁸

Sustenta-se, ainda, que “*a segurança como valor inerente à coisa julgada, e por conseguinte, o princípio de sua intangibilidade são dotados de relatividade, mesmo porque absoluto é apenas o Direito Justo*”.⁴⁹⁹ E aqui novamente Humberto Theodoro Júnior faz uso de uma expressão vaga e abstrata, a qual, como adverte Baptista da Silva, não se mostra adequada para a discussão do tema.⁵⁰⁰

O que seja a séria injustiça de que falamos, com efeito, é algo que os adeptos da teoria da relativização não se preocupam em sistematizar. Ovídio Baptista da Silva, em dura crítica que dirigiu à teoria, considerou o conceito de séria injustiça ou sentença abusiva como imprestável, pelo seu grau de indeterminação.⁵⁰¹

⁴⁹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 609.

⁴⁹⁷ Assim afirma o autor: “*a inferioridade hierárquica do princípio da intangibilidade da coisa julgada, que é uma noção processual e não constitucional, traz como consectário a idéia de sua submissão ao princípio da constitucionalidade. Isto nos permite a seguinte conclusão: a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme a CF. Se desconforme, estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando coisa julgada inconstitucional*” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle, cit., p. 41-42).

⁴⁹⁸ MAURER, Hartmut. Garantia de continuidade e proteção à confiança, cit., p. 138.

⁴⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle, cit., p. 40.

⁵⁰⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Coisa julgada relativa? *Revista Dialética de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 13, abr. 2004, p. 107.

⁵⁰¹ Como questiona Baptista da Silva, “*quando se deve, no entanto, considerar uma sentença como ‘abusiva’? ‘Abusiva’ de que situação concreta? Tenho que este conceito é imprestável, pelo grau de sua indeterminação;*

De fato, o problema surge quando Dinamarco busca aplicar sua teoria a caso colhido da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tratando da justa indenização em ação expropriatória. Sustenta o autor, no caso, serem constitucionalmente impossíveis as determinações de valor indenizatório muito além ou absurdamente aquém do devido, situação que ensejaria a inexistência de efeitos substanciais a serem impostos, e, por consequência, a não incidência da coisa julgada material sobre ditas sentenças.⁵⁰² Os conceitos utilizados, contudo, novamente pecam pelo seu elevado grau de indeterminação.

Os demais exemplos trazidos por Dinamarco (exclusão de um Estado-membro do pacto federativo, ou a condenação de um indivíduo a dar a outrem, em cumprimento à cláusula contratual, determinado peso de sua própria carne em consequência de uma dívida não honrada) pouco contribuem para o exame sistemático da matéria. As hipóteses não são apenas caricatas. São, na verdade, retiradas da literatura e, portanto, estão distantes da realidade. Com o devido respeito que merece o autor, diríamos que tais exemplos são imprestáveis para a análise do problema, pois buscam fundamentar o cabimento de uma tese utilizando como paradigma casos desconectados da prática forense.⁵⁰³

Ademais, como bem aponta Ovídio Baptista da Silva, não é possível condicionar a força da coisa julgada a que ela não produza injustiça, assim como não é possível estabelecer como pressuposto para sua desconsideração que essa injustiça seja “séria” ou “grave”. A gravidade da injustiça como condição para confrontar a coisa julgada acabaria, sem a menor dúvida, destruindo o próprio instituto da *res iudicata*, afinal, “*que sentença não poderia ser acusada de ‘injusta’; e qual a injustiça que não poderia ser tida por ‘grave’ ou ‘séria’?*”⁵⁰⁴

Aliás, não é demais recordar que, apesar de se reconhecer o primado do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor do sistema jurídico, “*é certo que o atual desenvolvimento das teorias pelas quais seria sempre obtível uma decisão justa ainda não possibilita sua execução fática. Em outras palavras, ainda não existem condições de*

ou por ausência de uma relação que o vincule a uma situação concreta, a respeito da qual houvera o ‘abuso’. Tal como ele está posto, não se tem como referi-lo a um conceito ou a uma determinada situação fática, a respeito dos quais a sentença teria sido abusiva” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Coisa julgada relativa?, cit., p. 107).

⁵⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material, cit., p. 253.

⁵⁰³ Nada obstante tais considerações, importante destacar que o próprio Dinamarco discorda das teses sustentadas por Paulo Otero e Humberto Theodoro Júnior, sustentando não ser possível que o vício de ser proferida em contrariedade à Constituição seja suficiente para desautorizar a formação da coisa julgada sobre a sentença. Insiste o autor que sua proposta é inviabilizar a incidência da coisa julgada somente sobre sentenças que tenham violado valores constitucionalmente protegidos e que sejam de nível mais elevado e significativo que a própria segurança jurídica (DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material, cit., p. 269).

⁵⁰⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Coisa julgada relativa?, cit., p. 105-106.

disciplinar um processo que sempre conduza a um resultado justo”.⁵⁰⁵

Se o direito pretende ser um instrumento de pacificação social e de aproximação ao ideal de justiça, torna-se intuitivo pensar que a prova judicial tem algo a dizer sobre a verdade. A busca da verdade, contudo, deve ser compreendida em sua contingência, de modo que a convicção do juiz não encerra mais do que uma intenção estabilizadora comprometida com a finalidade pacificadora da jurisdição, condicionada ao cumprimento das garantias fundamentais.⁵⁰⁶ A sede de perfeição e de absoluto é inatingível na Terra,⁵⁰⁷ de modo que o processo não constitui ambiente próprio à pesquisa da verdade científica absoluta.⁵⁰⁸

Nada obstante, a doutrina que considera a possibilidade da desconsideração da coisa julgada afirma a existência de conflito entre os princípios da segurança jurídica e da justiça, sendo que, no caso concreto, o primeiro deles, mediante um procedimento de ponderação, deve ceder à realização do segundo.⁵⁰⁹

⁵⁰⁵ Assim, como complementa o autor, a falta de critérios seguros e racionais para a “relativização” da coisa julgada material pode conduzir à sua desconsideração, estabelecendo um estado de incerteza e de injustiça (MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material), cit., p. 142-143).

⁵⁰⁶ FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 41 e 51. Tal relatividade, contudo, não deve levar ao abandono da relação entre prova e verdade. Apenas se deve considerar tal relação deixa de ser ontológica para ser teleológica. Assim, pode-se dizer que é altamente desejável que o sistema alcance um juízo de fato o mais próximo da verdade, mas é preciso ter bem claro que aquilo que foi provado no processo pode ser falso (KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 14).

⁵⁰⁷ Ugo Rocco também critica veementemente a ideia de que o propósito do processo é a busca da verdade objetiva, pois trata-se de conceito há muito superado na doutrina processualística. Em verdade, o magistrado julga conforme sua própria convicção, extraída dos fatos e das provas trazidos ao longo do processo. Dessa forma, tal “verdade objetiva” nada mais seria que um ideal e, por consequência, irrealizável. Assim manifesta referido autor: “È questo un concetto nella dottrina processualistica da gran tempo superato [...] Certamente, quando si dice che lo scopo del processo non è la ricerca della verità obiettiva, non si intende dire che il giudice presta una giustizia purchessia; egli giudica secondo la propria convinzione che dai fatti e dalla prova dei fatti si è venuta attraverso il processo gradualmente formando. La ricerca della verità obiettiva sarebbe davvero un bell’ideale, se come tutti gli ideali, non fosse irraggiungibile.” (ROCCO, Ugo. *L’autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, cit., p. 34-35).

⁵⁰⁸ LACERDA, Galeno Vellinho. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 10. Aliás, não se trata de procurar uma única resposta correta, mesmo porque, com a nova teoria das normas, com a relevância assumida pelos direitos fundamentais e pelas normas de princípio, em razão da presença cada vez mais acentuada dos conceitos jurídicos indeterminados, há, em muitos casos, uma maior discricionariedade, uma indeterminação do Direito. A questão que se coloca é cumprir uma das finalidades essenciais do processo: fazer a justiça do caso concreto e pacificar. Contudo, mesmo esse ideal pode, muitas vezes, ficar limitado por uma série de fatores, tais como as vicissitudes da prova, a habilidade dos advogados das partes, o bom ou mau tirocinio e empenho do órgão judicial, etc (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Sentença arbitrária. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 123, set. 2011, p. 18).

⁵⁰⁹ Nesse sentido, como já abordado em capítulo anterior, Paulo Otero afirma que “num Estado de Direito material, tal como a lei positiva não é absoluta, também não o são as decisões judiciais. Absoluto, esse sim, é sempre o Direito ou, pelo menos, a ideia de um direito justo” (OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 10). Humberto Theodoro Júnior, por sua vez, sustenta que a decisão transitada em julgado não perde seu caráter de modificabilidade, tanto que existe a previsão legal para a ação rescisória para desconstituição da coisa julgada, a ser utilizada, segundo o autor, de casos em que os vícios constantes da decisão são tão graves que se permite abrir mão da segurança jurídica em prol da justiça e dos valores supremos do ordenamento (THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa

Entende-se equivocado tal posicionamento. A interpretação feita pelos referidos autores, salvo melhor juízo, não obedece, primeiramente, ao princípio da unidade da Constituição,⁵¹⁰ pois examina apenas a norma isoladamente, sem considerar a conexão total na qual ela está inserida. É importante destacar que, como ensina Hesse, “*a interpretação está sempre vinculada a algo estabelecido (Gadamer), e no caso da interpretação constitucional, que parte do primado do texto, o intérprete tem no texto um limite insuperável de sua atividade*”.⁵¹¹ Não é possível ignorar, pois, a posição de destaque que assume a segurança jurídica no texto constitucional.⁵¹²

Além disso, no que toca à possibilidade de tensão⁵¹³ entre tais princípios, mostra-se oportuno trazer à luz algumas considerações, tendo em vista que, se efetivamente verificada a existência de colisão entre normas constitucionais, torna-se necessário o exercício da ponderação,⁵¹⁴ a qual, obviamente, não pode ser realizada à revelia de critérios formais e

julgada inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único), cit., p. 15-16). Carlos Valder do Nascimento, por sua vez, aduz que não se pode construir a estabilidade social tornando definitiva uma decisão injusta, mas sim rechaçando-a em face do princípio da moralidade, que rege todas as funções constitucionais dos Poderes da República (NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 65).

⁵¹⁰ O princípio da unidade da Constituição implica que no âmbito da interpretação constitucional cada norma deve ser interpretada e aplicada considerando-se que a Constituição representa uma unidade, um todo indivisível. Assim, o que está em causa é evitar contradições e superar eventuais antinomias normativas, mediante uma interpretação global da Constituição. O princípio da unidade da Constituição representa talvez menos um princípio do que um verdadeiro objetivo da interpretação, pois implica uma obrigação do intérprete no sentido de interpretar as normas constitucionais isoladas de maneira a afastar contradições (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 208).

Como afirmou Clèmerson Merlin Clève, desde a promulgação da Constituição de 1988, estabeleceu-se um saber jurídico sofisticado no Brasil, obra das várias escolas de direito constitucional que se formaram. Contudo, um grande motivo de preocupação para o autor é que, se hoje temos um saber constitucional, talvez não tenhamos mais a Constituição, pelo menos tal como se apresentava em 1988. “*A questão da erosão da normatividade constitucional, o problema da banalização do discurso constitucional, a progressiva mudança das regras constitucionais, o revisionismo reiterado do Direito Constitucional, isso tudo, de alguma maneira, nos preocupa*” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 386).

⁵¹¹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 70.

⁵¹² Toda interpretação jurídica deve partir do texto da norma, da revelação do conteúdo semântico das palavras. A interpretação textual consiste na compreensão do sentido dos vocábulos utilizados, servindo esse sentido como limite da própria interpretação. É evidente, contudo, que nenhum método de interpretação pode ser absolutizado, de maneira que a interpretação se deve fazer a partir do texto da norma (interpretação gramatical ou textual), de sua conexão (interpretação sistemática), de sua finalidade (interpretação teleológica) e, por fim, de seu processo de criação (interpretação histórica). A missão do intérprete consiste precisamente em ordenar a pluralidade de elementos à sua disposição (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, cit., p. 125-127).

⁵¹³ A tensão entre os princípios, como oposição ou contradição, como leciona Eros Roberto Grau, é própria do sistema jurídico (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 52).

⁵¹⁴ Na subsunção, trata-se primariamente da sotoposição de um caso individual à hipótese ou tipo legal e não diretamente da subordinação ou enquadramento de um grupo de casos ou de uma espécie de casos. A subsunção de uma situação de fato concreta e real a um conceito pode ser entendida como enquadramento desta situação de fato, do caso, na classe dos casos designados pelo conceito jurídico ou pela hipótese abstrata da regra jurídica. Já a determinação da classe e o enquadramento seguro dos casos é uma questão que pertence ao domínio dos

materiais, não devendo levar à imprevisibilidade quanto aos resultados do processo hermenêutico e, com isso, permitir ao intérprete tomar decisões que dispensem os argumentos intersubjetivamente sindicáveis, em prol daqueles que, ao contrário, se fundamentam apenas em seu sentimento de justiça.⁵¹⁵

Antes de se realizar tal exame, contudo, mostra-se necessário fazer algumas delimitações. Vale lembrar, inicialmente, as lições de Ronald Dworkin, segundo o qual um princípio é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é, segundo o autor, de natureza essencialmente lógica, uma vez que “*as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada*”, enquanto os princípios devem ser sopesados no caso concreto que se quer decidir. Dworkin afirma que quando ocorre um cruzamento entre princípios, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Já se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida.

O princípio, destarte, não pretende estabelecer as condições em que deverá ser aplicado, mas apenas “*enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção*”, embora continue necessitando de uma decisão particular.

Podemos dizer, assim, que os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos de uma decisão, constituindo, após a sentença, uma verdadeira regra jurídica particular. Essa regra, no entanto, não existe antes de o caso ser decidido, pois o juiz, na realidade, menciona a utilização dos princípios justamente para justificar a adoção de uma nova regra. Conclui-se que o princípio, então, justifica a produção de normas particulares.⁵¹⁶

problemas de interpretação, sendo a interpretação do conceito jurídico um pressuposto lógico da subsunção (ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, cit., p. 95-96). Contudo, no caso ora tratado, “*a subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposição da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores [...] é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional, conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade*” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, n. 240, abr./jun. 2005, p. 11).

⁵¹⁵ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*, cit., p. 172.

⁵¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36 e seguintes. Semelhante é o escólio de Karl Larenz, que define os princípios como “*pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible*”. Segundo o autor, os princípios em si mesmos considerados, não são regras suscetíveis de aplicação, embora possam se transformar em regras nos casos concretos. Os princípios, desse modo, indicam apenas a direção que se deve seguir para a obtenção de uma regra adequada ao caso; são, nas palavras do autor, “*un primer paso para la obtención de la regla, que determina los pasos posteriores*”

Na esteira do pensamento de Alexy, princípios são mandamentos de otimização, deles resultando deveres *prima facie*. Em razão disso, podem ser cumpridos em graus diferentes, segundo as possibilidades normativas e fáticas, sendo aplicáveis por meio da técnica da ponderação. Já as regras são determinações ou mandamentos definitivos, delas resultando deveres definitivos. Por isso, só podem ser cumpridas ou descumpridas, sendo cabível, pois, a técnica da subsunção.⁵¹⁷

Feitas tais considerações, deve-se observar que tanto se pode compreender a segurança jurídica como antitética à ideia de justiça, quanto como parte integrante dela própria. A existência de conflito entre justiça e segurança, portanto, depende da prévia definição de um e outro princípio.

Em outras palavras, a delimitação dos conflitos externos do princípio da segurança jurídica com outros princípios depende da adequada e prévia definição de tais princípios. Sem a prévia delimitação das fronteiras conceituais de cada princípio, como ensina Humberto Ávila, “*não se pode equacionar a ideia mesma de conflito, já que a oposição verdadeira, e não meramente aparente, pressupõe a diferenciação dos elementos conflitantes. Sem isso, cai-se em um mero jogo de palavras tão corriqueiro quanto despercebido*”.⁵¹⁸

Não se quer sustentar, obviamente, que não haja racionalidade no conceito de justiça, mas apenas ressaltar a dificuldade de, diante de um caso concreto, definir seus limites.

(LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. 1. ed. Madrid: Civitas, 1985, p. 33). Em outra obra, Larenz salienta que os princípios, por terem um conteúdo em certa medida aberto e móvel, podem entrar facilmente em conflito. Nesse caso, “*se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si*”. Segundo o autor, pode-se fazer isso mediante uma ponderação entre os princípios que estão em jogo, conforme o peso respectivo de cada um na situação em análise. Larenz alerta, ainda, para o fato de que a atitude de ponderar e sopesar não se refere a grandezas quantitativamente mensuráveis, uma vez que inexistente uma ordem hierárquica na qual estão listados todos os bens e valores jurídicos com os seus respectivos “pesos” anotados. Trata-se de uma decisão a critério do juiz, mas não completamente subjetiva, pois, segundo Larenz, a jurisprudência desenvolve paulatinamente pautas de valoração através das quais se tornam mais estreitas as “*margens residuais de livre apreciação*” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 490 e seguintes).

⁵¹⁷ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito social. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 64-65. Humberto Ávila critica a distinção entre princípios e regras elaborada por Alexy e baseada no critério do “conflito normativo”. Ávila afirma que a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios, pois, sendo o balanceamento o sopesamento de razões e contrarrazões que dá origem à decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, de aplicação automática (como as regras) (p. 52). Em verdade, qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões tidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que será diverso (p. 58-59). Com efeito, no caso dos princípios, estabelece-se um estado de coisas que deve ser promovido que, no entanto, não contém descrição do comportamento devido. Já para as regras a consideração de aspectos concretos e individuais também é possível, mas sua utilização depende de uma argumentação capaz de superar as razões para o cumprimento da regra (p. 48-49) (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 48-49, 52 e 58-59).

⁵¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização do direito tributário*, cit., p. 654-655.

Quando se afirma que nenhum sentido ou critério de justiça se pode considerar como universalmente válido, diz-se, em outras palavras, que a justiça não pode ser racionalmente demonstrada. Cai-se aqui, contudo, no conhecido dogmatismo do racionalismo cientista de postular que todos os problemas devem ser resolvidos com o mesmo tipo de racionalidade axiomático-científica, esquecendo-se que cada problema tem o seu domínio intencionalmente específico de consideração.⁵¹⁹

Como ressalta Castanheira Neves, o pensamento atual distingue a racionalidade prática da racionalidade teórica, sendo certo que o axiológico não compete ao científico-teórico, porquanto os valores são “*postulados práticos que se fundamentam na autocompreensão que nós homens temos de nós mesmos, iluminados pela nossa experiência humana que vem da história e faz história*”. Daí concluir o autor que não se deve pedir que se demonstre racionalmente a justiça, ou o sentido da justiça e a intenção normativa que lhe corresponde. Apenas se pode perguntar se a justiça tem sentido para nós homens, na compreensão significativa de nós próprios: “*homens nesta nossa coexistência, agora neste tempo, a enfrentar aqui os nossos problemas*”.⁵²⁰

Isso porque, reitere-se, o direito representa um dado da cultura do povo, sendo evidente que sua função depende da época e da mentalidade reinante.⁵²¹

Contudo, apesar da variedade e multiplicidade dos critérios de justiça, Castanheira Neves acredita ser possível identificar um sentido absoluto, nada obstante a historicidade do conceito. E tal sentido absoluto encontra-se no conjunto daqueles princípios normativo-jurídicos fundamentais que se vão subtraindo à imediata dialética histórica, ou seja, transcendem o plano da existência jurídico-positiva em que os direitos positivos se manifestam e se sucedem uns aos outros. Trata-se daqueles princípios que, uma vez

⁵¹⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v. I. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 273-274.

⁵²⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, cit., p. 272. Não parece ser diferente a posição de Pérez Luño que, ao tratar especificamente do tema dos direitos humanos, afirma que não se pode fundar o critério de legitimidade em valores absolutos e atemporais captados pela lógica demonstrativa, mas sim de indagar sobre as premissas axiológicas dos direitos humanos a partir do exame da realidade social, ou seja, por uma lógica argumentativa, do sentido comum e da experiência histórica. O autor, então, rechaçando o objetivismo (sistema estático de princípios absolutos situados em uma esfera ideal anterior e independente da experiência) e o subjetivismo (que reduz o conteúdo dos direitos humanos ao plano dos desejos e interesses dos indivíduos), propõe um intersubjetivismo axiológico, que parte da possibilidade de estabelecer condições que permitem a racionalidade prática chegar a um certo consenso aberto e revisável sobre o fundamento dos direitos humanos (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, cit., p. 577 e 582). Também José Carlos Vieira de Andrade comunga deste entendimento ao referir-se a uma história sem fim dos direitos fundamentais, para aludir à permanente transformação, sintetizada nas ideias de acumulação, variedade e abertura (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 68).

⁵²¹ LACERDA, Galeno Vellinho. *Processo e cultura*, cit., p. 57-58.

intencionalmente assumidos, se compreendem como determinações da própria intenção axiológica constitutiva do direito enquanto tal; princípios que constituem “o direito como direito”.⁵²²

Todos esses princípios, tais como legalidade, igualdade, jurisdição foram-se manifestando com base numa histórica experiência jurídica. Ocorre, contudo, que, uma vez assumidos no sentido normativo que revela a sua formulação explícita, não podem deixar de ser reconhecidos como definitivamente adquiridos na determinação do próprio sentido de direito. Esse conteúdo revelado adquire força vinculante e “o homem não pode mais preterir-lo sem destruir uma parte de si mesmo”.⁵²³

A dificuldade do problema, contudo, encontra-se na verificação de que também a segurança jurídica representa uma intenção axiológica constitutiva da própria ideia de direito.

Assim, se for a justiça definida como princípio maior que já engloba elementos relacionados com a estabilidade do ordenamento jurídico, e a definição de segurança jurídica envolve tal elemento, o conflito fica excluído, pois esta passa a fazer parte do conceito daquela.

De outra parte, se a segurança jurídica vem definida como um princípio que, relacionado à exigência de igualdade, envolve a proibição de tratamento arbitrário, e a definição de justiça incorpora o mesmo elemento, novamente a oposição entre os conceitos fica afastada.

O conflito, nas hipóteses acima, é apenas aparente.

No entanto, pode-se perceber um conflito externo entre os princípios da segurança jurídica e da justiça, quando as exigências decorrentes do primeiro, além de absolutas, encontrarem-se vinculadas ao ordenamento em geral, para a maioria dos casos e para a maioria das pessoas (segurança jurídica como segurança do Direito ou pelo Direito para todos ou para a maioria), e os deveres do segundo estiverem atrelados a manifestações normativas pontuais, fazendo referência a um caso determinado (justiça como equidade). Em tal hipótese, pode-se falar em conflito real entre segurança e justiça, uma vez que a primeira, nesse sentido específico, configura um impeditivo à realização da segunda.⁵²⁴ Claro está, aliás, que este ideal de perfeição da justiça individual se opõe à exigência social na eliminação pronta e

⁵²² CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, cit., p. 274.

⁵²³ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, cit., p. 275.

⁵²⁴ RAMÍREZ, Federico Arcos *apud* ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização do direito tributário*, cit., p. 656.

eficaz do conflito,⁵²⁵ a fim de que retorne a paz ao grupo (segurança).

Assim, na hipótese de a segurança jurídica envolver apenas a exigência de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, sem denotar qualquer elemento valorativo particular, e a justiça encerrar apenas a noção de justiça particular, enquanto exigência de equidade na aplicação das normas gerais, pode-se conceber um conflito entre os referidos princípios.⁵²⁶

No fundo, porém, o conflito entre justiça e segurança jurídica só existe quando tomamos a justiça como valor absoluto, de tal maneira que o justo nunca pode transformar-se em injusto e nem o injusto jamais perder essa natureza.⁵²⁷

Em primeiro lugar, não nos parece correto tomar a justiça como valor a ponderar, porquanto representa, na realidade, o fim almejado pelo processo.⁵²⁸

Tal entendimento, ademais, desconsidera que a segurança jurídica envolve também um valor moral intrínseco relacionado com a justiça, e esta última, por sua vez, engloba tanto uma perspectiva geral quanto uma particular. De fato, “*as antinomias e conflitos entre justiça e segurança jurídica, fora do mundo platônico das idéias puras, alheias e indiferentes ao tempo e à história, são falsas antinomias e conflitos*”.⁵²⁹ Sendo assim, melhor falar em conexão entre os princípios da segurança jurídica e da justiça, do que propriamente em oposição.⁵³⁰

⁵²⁵ LACERDA, Galeno Vellinho. *Teoria geral do processo*, cit., p. 5.

⁵²⁶ ROBBERS, Gerhard *apud* ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização do direito tributário*, cit., p. 657.

⁵²⁷ “*A contingência humana, os condicionamentos sociais, culturais, econômicos, políticos, o tempo e o espaço – tudo isso impõe adequações, temperamentos e adaptações, na imperfeita aplicação daquela idéia abstrata à realidade em que vivemos, sob pena de, se assim não se proceder, correr-se o risco de agir injustamente ao cuidar de fazer justiça. Nisso não há nada de paradoxal*” (COUTO E SILVA, Almiro do. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*, cit., p. 14).

⁵²⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49.

⁵²⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*, cit., p. 14.

⁵³⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização do direito tributário*, cit., p. 657. Como nos ensina Robert Alexy, a aplicação dos direitos do homem a casos concretos pressupõe ponderações, que representam, na realidade “*o problema nuclear da dogmática dos direitos fundamentais*”. Isso vale, igualmente, para o direito fundamental de igualdade, invocado pela maioria dos autores para justificar a tese da desconsideração da coisa julgada. Contudo, nos termos do que leciona Alexy, “*quando o artigo 5, caput, determina a fórmula clássica, que todos os homens diante da lei são iguais, para o Brasil, então isso não significa que não pode ser diferenciado. Essa prescrição não prescreve, por exemplo, que pobres e ricos devam pagar imposto no mesmo montante. Isso mostra que diferenciações são permitidas se para elas existem fundamentos razoáveis*”.

A interpretação extrema do princípio, como adverte Alexy, é natural, pois decorre da posição que assumem os direitos fundamentais na ordem constitucional: grau de hierarquia extremo, força de imposição extrema e conteúdo extremamente importante.

No nosso entendimento, portanto, a coisa julgada, como importante elemento do formalismo processual, apresenta-se como fundamento razoável para, no mais das vezes, afastar o extremismo na aplicação do direito

No nosso sistema, com efeito, como já defendemos anteriormente e ora reiteramos, a segurança jurídica é informada também por outros elementos vinculados a direitos fundamentais, porquanto, ao fim e ao cabo, é ela própria que irá garantir a efetividade dos direitos afirmados em um determinado processo judicial.

Essa contingência do processo, que relativiza o valor justiça individual, representa verdadeiro imperativo do interesse social em que o conflito desapareça. E assim é porque o processo é produto humano, padecendo da imperfeição de nossa natureza, verificando-se, na realidade, uma transigência, com sacrifício maior ou menor de um dos fins em proveito do outro.⁵³¹

A segurança jurídica no processo é, pois, elemento fundamental na conformação do direito ao processo justo.⁵³² Dessa forma, sendo a coisa julgada a representação da segurança no processo, deve ser vista como importante elemento garantidor do processo justo.

Em outras palavras, pode-se dizer que a “relativização” da coisa julgada não só atinge a segurança do jurisdicionado, mas a própria efetividade do processo. Deve-se ter presente que a ordem conduz à segurança e à efetividade; a desordem, ao contrário, produz efeito deletério.⁵³³

Vê-se, portanto, que a doutrina da “relativização” da coisa julgada desobedece, igualmente, o princípio da concordância prática ou da harmonização da interpretação constitucional. Tal princípio, que dialoga com o princípio da unidade da Constituição, impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.⁵³⁴

Ademais, a efetividade não pode ser tida por valor absoluto, sob pena de configurar efetividade perniciosa (preocupada mais com a performance do que com os valores fundamentais do processo). A efetividade digna de proteção é a virtuosa ou qualificada, que se harmoniza, tanto quanto possível, com a segurança jurídica, sem a qual não há justiça

fundamental de igualdade.

Aliás, apenas sob o *modo de ver ingênuo* é que se pode realizar ilimitadamente um direito fundamental. Segundo essa perspectiva, sendo o direito fundamental à igualdade algo bom, sua realização máxima não traria prejuízo à democracia. Contudo, “*essa perspectiva de mundo é muito bonita para ser verdadeira. Seu ponto de partida, que somente existem conflitos entre o bom e o mau, não, porém, no interior do bom, é falso*” (ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional, cit., p. 50-52).

⁵³¹ LACERDA, Galeno Vellinho. *Teoria geral do processo*, cit., p. 5.

⁵³² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 671.

⁵³³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Sentença arbitrária, cit., p. 29.

⁵³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 1225.

possível.⁵³⁵

Na realidade, verifica-se que as propostas de “relativização” têm por base unicamente o valor efetividade, afastando-se do exame do problema o valor segurança. Mostram-se, portanto, mais afeitas ao conceito de instrumentalidade do processo, abordado por Cândido Rangel Dinamarco em obra já citada neste estudo.⁵³⁶

Dinamarco, com efeito, propõe o reconhecimento do caráter instrumental do processo em seus aspectos positivo (tendente à efetividade) e negativo (negação do processo como valor em si mesmo).⁵³⁷ De uma forma geral, na perspectiva da instrumentalidade, o valor efetividade assume posição de substancial relevo, ostentando, inclusive, características de sinônimo da própria instrumentalidade. Assim, constata-se que inúmeros trabalhos propugnam esta lição, propondo soluções na busca da efetividade processual, sempre amparado pelo caráter instrumental do processo.⁵³⁸

Assim, na visão instrumentalista de Dinamarco, as formas representam apenas meios preordenados aos objetivos específicos em cada momento processual. Não se distingue, como faz Alvaro de Oliveira, entre forma em sentido estrito e forma em sentido amplo. Nesta última

⁵³⁵ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 179. Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o direito seguro exige exequibilidade prática, certa formalização para dar maior segurança, mas também que esta não seja excessiva, de modo a dificultar ou afastar a justiça material. Ademais, só há segurança se a norma for provida de uma tutela judicial efetiva, concedida em tempo razoável, em processo sem formalismos excessivos, ocios ou vazios, garantida a imutabilidade do resultado, por meio da coisa julgada material” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Sentença arbitrária, cit., p. 30).

⁵³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. Convém, ainda que em linhas gerais, expor as principais características de cada uma das fases metodológicas do direito processual civil. A primeira perspectiva, denominada de praxismo (ou sincretismo), representa a pré-história do direito processual civil e corresponde ao período em que não se vislumbrava o processo como um ramo autônomo, mas como mero apêndice do direito material (direito adjetivo), sendo seus conhecimentos puramente empíricos. Ao praxismo, seguiu-se o chamado processualismo, movimento cultural próprio da Idade Moderna e caracterizado pela tecnicização do direito e pela despolitização de seus operadores, adotando o método científico ou autonomista, justificando o direito processual civil como um ramo próprio e autônomo. Esse clima próprio do processualismo, contudo, acabou por isolar em demasiado o direito processual civil do direito material e da realidade social. Frente ao problema, passou a ganhar consistência a ideia, cujo principal precursor no Brasil veio a ser Cândido Rangel Dinamarco, de que o direito processual civil deve ser encarado como um instrumento a serviço do direito material, atento às necessidades políticas e sociais, rompendo com o seu caráter puramente técnico. Da instrumentalidade, passa-se ao formalismo-valorativo, porque o processo, segundo se entende hoje, encerra um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente aqueles encartados em nossa Constituição (justiça, participação leal, segurança e efetividade), base axiológica da qual emanam regras, princípios e postulados para sua elaboração dogmática, interpretação e aplicação. O formalismo-valorativo, portanto, deixa evidente o imbricamento entre o processo civil, a Constituição e a cultura (para um maior aprofundamento a respeito das fases metodológicas do processo civil, consulte-se MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 23-47; e, ainda, do mesmo autor, *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, cit., p. 16-38).

⁵³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 316-323.

⁵³⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo: um método e sua aplicação*, cit., p. 15-16.

concepção, com efeito, o formalismo-valorativo ou a forma em sentido amplo representa muito mais do que esses meios preordenados. Significa, na realidade, limitação de poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação das atividades, ordenação e organização do procedimento e do processo, tudo permeado pelo constante conflito entre efetividade e segurança, e com observância dos valores e princípios fundamentais do processo civil, especialmente de origem constitucional, tais como o respeito à dignidade humana, o processo justo, acesso à jurisdição e contraditório entre as partes.⁵³⁹

Alçar o valor instrumentalidade ou efetividade à condição de sol que ilumina todo o sistema processual e sua interpretação acarreta consequências práticas de suma importância e que destoam de uma visão mais abrangente que reconheça, ao lado do valor efetividade, também a presença do valor segurança, ambos em permanente conflito.⁵⁴⁰

A visão instrumentalista do processo civil é de inegável valor e contribuição para a humanização do processo, porquanto reconhece a pacificação com justiça como o objetivo a ser alcançado, e, para tanto, permite a criatividade judicial e a quebra da rigidez formal do processo. O juiz passa a ser encarado como fio condutor dos valores colhidos do campo social para o processo, não estando sujeito à aplicação incondicional de regras processuais, mas sim colocando-as a serviço do homem e da justiça, como instrumento de concretização daqueles mencionados valores.⁵⁴¹

Mas o processo não é meramente instrumental, pois revela um valor próprio, ao estabelecer as formas com que se pode tornar efetivo o direito material. A regulação processual, portanto, constitui um elemento essencial para que o Poder Judiciário possa atuar na conservação e promoção de uma ordem estatal específica e na garantia da segurança jurídica, cumprindo sua função tendente à efetivação dos direitos fundamentais.⁵⁴²

A grande contribuição do formalismo-valorativo, nesse sentido, vem da identificação dos valores a ponderar (efetividade e segurança) e do seu permanente conflito, assim como na afirmação do processo como fenômeno cultural. O processo deixa de ser mero instrumento,

⁵³⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*, cit., p. 18.

⁵⁴⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo: um método e sua aplicação*, cit., p. 17.

⁵⁴¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo: um método e sua aplicação*, cit., p. 43.

⁵⁴² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, cit., p. 93. Como afirma José Carlos Vieira de Andrade, as áreas relativas à organização e ao procedimento das atividades públicas sofrem intensa irradiação normativa dos direitos fundamentais, conquanto tenham sido, durante muito tempo, desvalorizadas pela sua instrumentalidade perante os direitos substantivos e consideradas até em grande medida neutras. Contudo, reconhece-se, hoje, que a generalidade dos direitos fundamentais tem uma relação importante com regras organizatórias e procedimentais (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 150).

passando a exibir também uma carga axiológica a ser considerada pelo intérprete, enquanto na visão instrumentalista esses valores encontram-se no campo social, a serem apreendidos pelo intérprete.⁵⁴³

Atento a essa perspectiva, verifica-se que a coisa julgada representa importante elemento do formalismo processual, ostentando a função de ordenação da dinâmica do processo, identificando as barreiras de início e fim do procedimento. Não se trata, certamente, de excesso de formalismo, que é realmente danoso e deve ser combatido com rigor. Representa, na realidade, importante elemento de regulação formal do processo, que, nesse sentido, contribui para a legitimação da decisão e aceitação pelos seus destinatários.

Não é de surpreender, portanto, falar-se em efetividade ao se cuidar da segurança jurídica, pois os valores se implicam reciprocamente, no sentido de que nenhum deles se realiza sem influir, direta ou indiretamente, na realização dos demais.⁵⁴⁴

Os defensores da relativização sustentam que a coisa julgada inconstitucional não pode ser eternizada, uma vez que qualquer ato contrário à Constituição é visto como nulo, não podendo produzir efeitos jurídicos. Daí defenderem o cabimento da regra dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, independentemente do momento em que houver transitado em julgado a decisão que constitui objeto da execução.

Os exageros são sempre condenáveis. A hipertrofia da função individual do processo conduz à tendência de desprezar-se o tempo de duração do litígio. Com o desiderato de se promover a justiça plena, acaba-se por dar à parte insatisfeita a oportunidade de lograr o reexame da questão. *“O horror à injustiça, o exagero do escrúpulo podem, inclusive, operar como preconceito social e cultural, a legitimar o eterno das demandas”*.⁵⁴⁵

Deve-se dar razão, assim, a Araken de Assis, para quem *“parece pouco provável que as vantagens da justiça do caso concreto se sobreponham às desvantagens da insegurança geral”*.⁵⁴⁶

É preciso, por isso, realizar sempre uma comparação entre a medida de injustiça de

⁵⁴³ AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo: um método e sua aplicação*, cit., p. 43.

⁵⁴⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, cit., p. 130.

⁵⁴⁵ LACERDA, Galeno Vellinho. *Teoria geral do processo*, cit., p. 10.

⁵⁴⁶ Ademais, a prevalecer o entendimento que considera viável a desconsideração da coisa julgada, *“o vírus do relativismo contaminará, fatalmente, todo o sistema judiciário. Nenhum veto, a priori, barrará o vencido de desafiar e afrontar o resultado precedente de qualquer processo, invocando hipotética ofensa deste ou daquele valor da Constituição. A simples possibilidade de êxito do intento revisionista, sem as peias da rescisória, multiplicará os litígios, nos quais o órgão judiciário de 1º grau decidirá, preliminarmente, se obedece, ou não, ao pronunciamento transitado em julgado do seu Tribunal e até, conforme o caso, do Supremo Tribunal Federal”* (ASSIS, Araken de. *Eficácia da coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 12 e 27).

que se está a falar e a medida do prejuízo ao valor segurança.⁵⁴⁷ O exagero, neste campo, demonstra a existência de uma cultura individualista, a prejudicar a outra finalidade do processo, qual seja, a social.⁵⁴⁸

Por conseguinte, não há como secundar a opinião, quanto ao tema, de Cândido Rangel Dinamarco, para quem “*não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas*”.⁵⁴⁹

Como visto, quando se mantém um ato inconstitucional, em nome da segurança jurídica, não se está afastando a justiça, mas é a própria configuração específica da segurança jurídica que se revela, no caso, a solução justa.⁵⁵⁰

Por isso, a conclusão a que se chega, com esteio na doutrina de Humberto Ávila, é que, mais do que amparar um ideal de segurança sem predefinir o seu modo de realização, “*a coisa julgada representa verdadeiro regramento do conflito entre a segurança e a igualdade particular, não podendo ser afastada mediante um mero procedimento de ponderação por meio do qual se atribua um peso maior ou menor a ela*”.⁵⁵¹

Como bem afirma o autor, aliás, a regra⁵⁵² possui um conteúdo decisório, que atua como um instrumento de solução provisória de conflito entre princípios. Quando há uma regra, com efeito, o conflito moral que surgiria, caso não houvesse sido editada, deixa de surgir pelo efeito decisório da regra que foi editada.⁵⁵³

⁵⁴⁷ Tratando especificamente da relação entre direito positivo e segurança, afirma Guilherme Rizzo Amaral que, muitas vezes, entendendo possuir uma solução mais efetiva, ou mesmo mais justa, alguns se esquecem de avaliar se a situação promovida pelo direito positivo era realmente injusta ou apenas, na visão particular de determinado intérprete, menos justa. Simplesmente prega-se que o direito positivo deva abrir passagem para suas propostas mais efetivas ou mais justas. Não se atenta, nesse exame, ao dano possivelmente causado à segurança jurídica. Por isso, mesmo quando se sustenta o afastamento do direito positivo para evitar suposta injustiça, deve-se realizar uma comparação entre a medida de injustiça de que se está a falar e a medida do prejuízo ao valor segurança (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*, cit., p. 68).

⁵⁴⁸ LACERDA, Galeno Vellinho. *Teoria geral do processo*, cit., p. 10.

⁵⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*, cit., p. 224. O citado autor, contudo, manifesta posição menos extremada, afirmando não bastar a inconstitucionalidade, de maneira que não se legitima a desconsideração da coisa julgada pela mera oposição entre a sentença e a Constituição. O pressuposto para tanto está nos maus resultados dos julgamentos. O repúdio a esses maus resultados, segundo Dinamarco, é o real e legítimo fundamento da relativização da coisa julgada material, e não a inconstitucionalidade em si mesma. Essa conclusão conduz à extrema excepcionalidade das hipóteses de relativização (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*, cit., p. 253-254).

⁵⁵⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*, cit., p. 14.

⁵⁵¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*, cit., p. 124.

⁵⁵² Na lição de Humberto Ávila, “*as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos*” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 78).

⁵⁵³ ÁVILA, Humberto. *Princípios e regras e a segurança jurídica*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n.

No caso ora tratado, poderíamos dizer que a regra da coisa julgada⁵⁵⁴ enquadra uma solução provisória para o conflito entre os princípios da igualdade e da segurança jurídica, privilegiando este último e evitando que a controvérsia entre os valores morais ressurgisse no momento de aplicação.⁵⁵⁵ O permanente conflito entre efetividade e segurança, aqui, foi previamente equacionado pelo legislador, conquanto, diante de um caso específico, um novo exercício de ponderação possa ser exigido do intérprete.

Tanto se deve encarar a proteção da coisa julgada como regra no direito brasileiro,⁵⁵⁶ que o próprio ordenamento dispõe especificamente a respeito das hipóteses em que se admite a sua desconstituição, as quais estão arroladas no artigo 485 do CPC, que trata da ação rescisória.⁵⁵⁷

Por isso, de modo geral, diz-se que a coisa julgada sana todos os vícios do processo e da própria sentença. Mesmo a sentença proferida, por exemplo, por juiz incompetente, em ofensa à coisa julgada ou dada *extra* ou *ultra petita*, após o trânsito em julgado torna-se apenas rescindível, de maneira que, enquanto não se operar a rescisão, terá curso normal a execução. Trata-se, portanto, de autêntica consequência purgadora da coisa julgada material.⁵⁵⁸

Realmente, hoje está bem claro que a garantia do acesso à justiça impõe ao órgão judicial o dever de exercer jurisdição. As partes, por isso, têm direito à pretensão de outorga de justiça dirigida contra o Estado como titular da soberania, por meio de um processo efetivo e

1, jan./mar. 2006, p. 198.

⁵⁵⁴ Em igual sentido, Marinoni e Mitidiero: “*A coisa julgada é uma regra de conduta – não é um princípio, de modo que não pode ser afastada de modo nenhum por juízo de proporcionalidade*” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 672).

⁵⁵⁵ Como salienta Humberto Ávila, “*se não existisse a regra, o intérprete estaria liberado para decidir a questão levando em conta outras razões, mas como há uma regra posta, essas razões ficam excluídas pela razão imposta pela regra*” (ÁVILA, Humberto. *Princípios e regras e a segurança jurídica*, cit., p. 198).

⁵⁵⁶ No mesmo sentido, posiciona-se Sérgio Mattos, para quem a *res iudicata* estabelece um *point of no return*, razão pela qual não se pode subordinar a prevalência da coisa julgada à justiça da decisão a ser aferida após o término do processo, sob pena de esvaziamento do próprio instituto. Destarte, a proteção da coisa julgada constitui regra constitucional, não afastável por mero procedimento de ponderação, e que deve ser fielmente observada sob pena de insegurança nas relações jurídicas. Assim, o autor admite a “relativização” da coisa julgada somente nas hipóteses previstas em lei. Conquanto o citado autor não desenvolva, na obra consultada, os limites de aplicação da norma, admite, em princípio, o cabimento da aplicação da relativização nos embargos da Fazenda Pública (artigo 741, parágrafo único, do CPC) e na impugnação ao cumprimento de sentença (artigo 475-L, § 1º, do CPC). (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*, cit., p. 247).

⁵⁵⁷ Assim, como sustenta Marinoni, não parece que a simples afirmação de que o Poder Judiciário não pode emitir decisões injustas possa ser vista como um adequado fundamento para se pretender a relativização da coisa julgada. Como salienta Marinoni, “*o próprio sistema parte da idéia de que o juiz não deve decidir desse modo, mas não ignora – nem poderia – que isso possa ser feito. Tanto é que prevê a ação rescisória, cabível em casos tipificados pela lei*”. Com isso, o sistema presta atenção a certas situações absolutamente discrepantes da tarefa jurisdicional, mas sem eliminar a garantia de indiscutibilidade e imutabilidade, imprescindível à efetividade do direito e à segurança e à estabilidade da vida das pessoas (MARINONI, Luiz Guilherme. *O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)*, cit., p. 144).

⁵⁵⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Execução de título judicial e defeito ou ineficácia da sentença*, cit., p. 88-89.

justo. Não se cuida, portanto, de simples efeito reflexo do direito objetivo, já que o dever do Estado de outorgar jurisdição decorre não apenas do interesse geral, mas especialmente do interessado, que busca a satisfação de seu direito perante o órgão judicial. Além disso, a outorga de justiça não fica ao arbítrio do órgão judicial, mas é vista como uma proteção imperativa e não meramente aleatória.⁵⁵⁹ Caracteriza-se, portanto, como um direito público subjetivo, enquadrando-se na categoria de direitos fundamentais, hoje constitucionalizados.⁵⁶⁰

Como consequência, o direito fundamental de acesso à justiça compreende o direito fundamental ao devido processo legal (direito ao processo, com as garantias do devido processo legal, capaz, portanto, de produzir resultados justos), no qual a observância do procedimento não garante necessariamente a obtenção de um resultado justo. Contudo, embora a observância do devido processo legal não seja garantia necessária de uma decisão justa, a probabilidade de obtenção de tal decisão é maior nesse caso.⁵⁶¹

Segundo a teoria substantiva, o devido processo legal compreende tanto o direito fundamental ao procedimento legal, ordenado ou regular, quanto o direito fundamental a um processo justo e adequado, materialmente informado por direitos fundamentais, especialmente os processuais, como o contraditório e a ampla defesa, o juiz natural, a igualdade das partes, o direito à prova, etc. Sendo assim, justo é o processo legal e informado pelos direitos fundamentais.⁵⁶² Em razão disso, deve-se preferir a expressão direito ao processo justo, que,

⁵⁵⁹ De fato, o direito fundamental de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, é compreendido como direito fundamental à efetividade do processo, pois não se resume à simples admissão da parte em juízo. Trata-se de efetivo direito de acesso à ordem jurídica justa, ou seja, de obter, em prazo razoável, uma decisão justa, eficaz e efetiva (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*, cit., p. 179-180).

⁵⁶⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e tutela jurisdicional, cit., p. 22.

⁵⁶¹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*, cit., p. 180-181.

⁵⁶² MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*, cit., p. 194. Existe, de fato, uma fórmula mínima do devido processo legal processual brasileiro, que consiste em “*garantir-se a inafastabilidade da jurisdição, o juiz natural, a paridade de armas, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a motivação da sentença e a duração razoável do processo*”. Contudo, como assinala Daniel Francisco Mitidiero, apoiado nas idéias de Luigi Comoglio, Giovanni Verde e Andrea Proto Pisani, a construção de um processo justo e equo, posto que conte com “*bases constitucionais mínimas, com um ‘conteúdo mínimo essencial’, com um ‘núcleo forte ineliminável’, na expressão de Andréa Proto Pisani, só pode ser atualizada e finalizada em concreto, haja vista a problematidade inerente ao fenômeno jurídico*” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, cit., p. 42-45).

Pode-se afirmar, portanto, que não existe um devido processo legal desenhado cabalmente em abstrato. Daí ser possível afirmar que o devido processo legal é sempre um conceito em construção. Isso porquanto, como refere Flach, a organização social, caracterizada, na pós-modernidade, pela notável diversidade de interesses e de formas de atuação, exerce uma permanente pressão sobre a sua estrutura jurídica, de modo que a concretização da ordem constitucional não ocorre em ambiente estático ou imutável. “*A força normativa da Constituição é algo que se dá a conhecer de forma móvel e progressiva, agregando elementos a partir do intenso entrelaçamento de idéias e interesses postos em debate, em um processo de depuração conceitual informado pela experiência prática e adaptativa de operação do sistema*” (FLACH, Daisson. *Processo e realização constitucional: a construção do ‘devido processo’*. *Revista Processo e Constituição*, Porto Alegre, n. 2, 2005, p. 60-61).

além de culturalmente consentânea ao Estado Constitucional,⁵⁶³ revela o caráter puramente processual de seu conteúdo.⁵⁶⁴

É evidente que o direito fundamental de acesso à jurisdição, assegurado de forma expressa pela Constituição, conduz à conclusão de que não basta apenas abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas sim prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo célere, o que equivale dizer sem dilações ou formalismos excessivos.⁵⁶⁵

Contudo, como salienta Pontes de Miranda, o Estado prometeu a tutela jurídica, mas não foi ao excesso de dizer que nunca erraria. Tanto é assim que, além de admitir os recursos, permite, após o trânsito em julgado, a ação rescisória e a ação de revisão criminal.⁵⁶⁶

Podemos definir, então, a proteção à coisa julgada como uma regra que estabelece razões de segunda ordem, as quais, conforme leciona Joseph Raz, bloqueiam a ação de razões de primeira ordem.⁵⁶⁷ Tal bloqueio, contudo, não é absoluto, podendo ser superado, o que apenas há

⁵⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 616.

⁵⁶⁴ Humberto Ávila critica, acertadamente, a distinção, comum na doutrina, entre “devido processo legal procedimental”, indicativo da garantia de um processo justo e adequado, e “devido processo legal substancial”, do qual se extrairiam as exigências da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ocorre que, segundo leciona o autor, um princípio é uma norma que aponta para um estado ideal de coisas a ser promovido, sem, no entanto, indicar os comportamentos que possam contribuir para tal promoção. Embora não descreva os comportamentos, a mera instituição de princípios já impõe a adoção de determinadas condutas, instituindo deveres de promoção adequada, necessária e proporcional dos fins instituídos. Assim, o fundamento normativo do dever de proporcionalidade, nas suas exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, reside na própria instituição de princípios.

Da mesma forma, o dever de razoabilidade decorre da positivação do princípio da igualdade, fazendo parte do próprio conceito de tratamento igualitário. Assim, pode-se dizer que o direito a um processo justo e adequado nada mais é do que a consequência mediata da própria proteção de um direito. Da própria instituição dos princípios, surge o direito a um processo justo e adequado. A proteção, em outros termos, é um elemento essencial do próprio direito fundamental.

O dispositivo relativo ao devido processo legal, por isso, conquanto sua positivação tenha caráter meramente expletivo, deve ser compreendido no sentido de um princípio unicamente procedimental, porquanto não é independente, no seu fundamento, de determinado princípio cuja aplicação reflexiva gera um direito subjetivo ou de determinada regra que o garanta, mas decorre do seu próprio conteúdo normativo. Ademais, somente é possível saber se um processo é justo ou adequado se os atos nele praticados forem proporcionais e razoáveis ao ideal de protetividade do direito alegado. Deve ser entendido, portanto, como fundamento de um princípio que exige a realização de um estado ideal de protetividade de direitos (ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo, n. 163, set. 2008, p. 51-54 e 59).

⁵⁶⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, cit., p. 126. Também não se pode legitimar o resultado apenas pelo procedimento, como pretendeu, no fundo, Niklas Luhmann. O procedimento tem seu valor social, mas o processo não se presta somente para a elaboração de uma decisão, nem esta se legitima apenas por ter sido imposta segundo os cânones do rito, mas também por ter feito justiça (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 219).

No mesmo sentido, é a posição de Pérez Luño, que afirma a necessidade de uma postura mediadora entre o enfoque antiformalista (corolário do desejo de apoiar as liberdades na justiça material) e o procedimentalista (entendido como respeito às garantias processuais inerentes e irrenunciáveis em um Estado de Direito) (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, cit., p. 611).

⁵⁶⁶ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V, cit., p. 140.

⁵⁶⁷ Nas palavras do autor, “una razón de segundo orden es toda razón para actuar por una razón o para abstenerse de actuar por una razón. Una razón excluyente es una razón de segundo orden para abstenerse de actuar por alguna razón” (RAZ, Joseph. *Razón práctica y normas*. Trad. Juan Ruiz Manero. Madrid: Centro de

de ser admitido em casos excepcionais, expressamente previstos pelo ordenamento.

Importante destacar, desde logo, que, como ensina Hesse, quando nascem colisões entre bens jurídicos protegidos constitucionalmente, não se pode fazer uma ponderação de valores abstrata, realizando um bem à custa do outro. Será necessário, no caso concreto, realizar uma tarefa de otimização, para que ambos os bens “*possam chegar à eficácia ótima*”.⁵⁶⁸

Deve-se atentar, portanto, ao fato de que o valor segurança deve ser preservado, já que se liga à própria noção de Estado Democrático de Direito, não se podendo confundir, contudo, “*com a manutenção cega e indiscriminada do statu quo*”. Isso se explica, conforme Alvaro de Oliveira, pelo fato de que a segurança não é o único valor presente no ambiente processual, já que “*todo processo é polarizado pelo fim de realizar a justiça material do caso, por meio de um processo equânime e justo*”.⁵⁶⁹

A hipertrofia do fim individual, como a do social, conduz aos mesmos exageros condenáveis. A solução, portanto, consiste na possível harmonia da antítese.⁵⁷⁰ Não somente as mudanças constantes, mas também a absoluta inamovibilidade tornariam a vida humana impossível.⁵⁷¹

Segurança, no entanto, não pode ser encarada como sinônimo de conservadorismo, de excesso de cautela.⁵⁷² Na realidade, com o declínio do normativismo legalista, não mais se busca o absoluto da segurança jurídica, mas sim a segurança afetada de um coeficiente, de uma garantia de realidade. A segurança jurídica deixa de ser estática, na medida em que passa a conviver com um direito muito mais flexível. A própria segurança induz a mudança, visto que deve estar a serviço da efetividade do direito fundamental a um processo equânime.⁵⁷³

Não se quer, portanto, sustentar que o ordenamento jurídico brasileiro não se preocupe

Estudios Constitucionales, 1991, p. 44).

⁵⁶⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., p. 66.

⁵⁶⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo, cit., p. 67.

⁵⁷⁰ LACERDA, Galeno Vellinho. *Teoria geral do processo*, cit., p. 13.

⁵⁷¹ Assim afirma Siches: “[...] *el Derecho, por una parte, pretende ser estable, pero, por otra parte, no puede permanecer invariable, sino que, por el contrario, debe ir cambiando al compás de las nuevas circunstancias y necesidades sociales. La seguridad perfecta equivaldría a la absoluta inmovilidad de la vida social. Mejor dicho, equivaldría a la imposibilidad de la vida humana. Pero, por otra parte, a la inversa, el cambio constante, la carencia de un elemento permanente, y la falta de toda forma estable, harían imposible la vida social*” (SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. 6. ed. México: Porrúa, 1981, p. 114-115).

⁵⁷² AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo: um método e sua aplicação*, cit., p. 14.

⁵⁷³ Como leciona Alvaro de Oliveira, a visão estática assentava a segurança jurídica na garantia do “devido processo legal”. Contudo, numa visão dinâmica, ligada aos princípios e aos direitos fundamentais, mostra-se mais adequado falar em direito fundamental a um processo justo. Não se cuida mais de um genérico direito ao processo, mas de assegurar também um resultado qualitativamente diferenciado. Nesse contexto, todos os institutos e categorias jurídicas devem ser relidos à luz da Constituição, na qual o processo civil é materialmente informado pelos direitos fundamentais (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica, cit., p. 119-120).

com o processo justo ou com a justiça da decisão. Aliás, tem-se bem claro que a justiça deve não apenas marcar presença na decisão jurisdicional, mas também permear todo o procedimento em contraditório. É, pois, a realização de justiça, e não a mera eliminação de litígios ou a pacificação social, que se erige à condição de finalidade precípua do processo.⁵⁷⁴

Tanto existe essa preocupação que há expressa previsão legal quanto ao sistema de recursos, bem como quanto à possibilidade de rescisão da sentença em casos específicos. Tudo isso, contudo, possui um limite imposto pela necessidade de estabilidade e segurança, e esse limite reflete-se na garantia da coisa julgada.

Não é possível tratar do tema efetividade do processo, obviamente, sem considerar também a segurança que o processo deve proporcionar ao litigante, porquanto não há noite sem dia, verão sem inverno, ou céu sem inferno.⁵⁷⁵ Aliás, “*sendo o processo um produto do homem, há de receber a marca trágica da antinomia que a este caracteriza*”.⁵⁷⁶

O grande desafio do legislador ou aplicador do direito, portanto, é compor de maneira adequada os valores segurança e efetividade, que se encontram em permanente conflito, nada obstante serem complementares. O ideal é que o direito à efetividade virtuosa e qualificada não prejudique o direito ao processo justo e à segurança.⁵⁷⁷

É possível afirmar, portanto, que “*a proteção da coisa julgada só pode ser relativizada*

⁵⁷⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo: um método e sua aplicação*, cit., p. 21.

A própria legitimação da decisão, portanto, fica condicionada a algo mais do que o simples entrelaçamento aleatório das falas dos participantes no processo. Por isso, a marcha procedimental da qual resulta a sentença deve ser implementada por meio de uma atividade humana ordenada, na qual as manifestações dos envolvidos no feito, colhidas ao longo do desenvolvimento, formam uma estrutura dialética (REICHELDT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 99).

Não foi por outra razão que Fazzalari definiu o processo como sendo o procedimento no qual participam, em contraditório equilibrado e efetivo, os destinatários dos efeitos do ato final. Nas palavras do autor, “*il ‘processo’ è il procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) anche coloro nella cui sfera giuridica l’atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l’autore dell’atto non possa obliterare le loro attività*”. O que caracteriza o processo, conclui o jurista italiano, é a própria estrutura dialética do procedimento, isto é, o princípio do contraditório. Essa estrutura, refere Fazzalari, consiste “*nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell’atto finale alla fase preparatoria del medesimo; nella simmetrica parità delle loro posizioni; nella mutua implicazione delle loro attività (volte, rispettivamente, a promuovere ed a impedire l’emanazione dell’atto); nella rilevanza delle medesime per l’autore dell’atto: in modo che ciascun contraddittore possa esercitare un insieme – cospicuo o modesto non importa – di scelte, di reazioni, di controlli, e debba subire i controlli e le reazioni degli altri, e che l’autore dell’atto debba tener conto dei risultati*” (FAZZALARI, Elio. *Procedimento e processo (teoria generale)*. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1986, vol. 35, p. 827).

⁵⁷⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, v. XXII, n. 1, jul. 2009, p. 186.

⁵⁷⁶ LACERDA, Galeno Vellinho. *Teoria geral do processo*, cit., p. 4.

⁵⁷⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica, cit., p. 121.

em situações absolutamente extraordinárias de excessividade e de irrazoabilidade [...]”⁵⁷⁸, a serem examinadas em um caso concreto.⁵⁷⁹ Dito em outras palavras, deve-se ter presente que a “relativização” da coisa julgada depende de fortes razões⁵⁸⁰ a serem buscadas pelo intérprete,⁵⁸¹ afinal descumprir uma regra é algo mais grave do que descumprir um princípio, porquanto aquela tem uma pretensão de decidibilidade que este não tem.⁵⁸²

Somente se adotadas tais precauções é que poderá ser realizada a justiça do caso. No entanto, mesmo esses casos excepcionais devem estar previstos pelo sistema,⁵⁸³ tal como nas hipóteses de cabimento da ação rescisória, e não baseados em um critério abstrato de justiça, colocando em risco a segurança e estabilidade de todo ordenamento; ou, então, em situações de extrema gravidade, em que ocorra o desvirtuamento da própria finalidade da regra ou quando aplicável princípio de grau superior.⁵⁸⁴

⁵⁷⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*, cit., p. 124.

⁵⁷⁹ Há casos, inclusive, em que mesmo o trânsito em julgado não obsta o ataque à sentença defeituosa, como na hipótese de decisão proferida sem citação inicial, em processo que correu à revelia do réu, vindo a ser reconhecida a falta ou nulidade da citação. Trata-se, aqui, de sentença não apenas rescindível, mas nula *ipso iure*, porquanto a eiva interfere na essência mesma do contraditório (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Execução de título judicial e defeito ou ineficácia da sentença*, cit., p. 89).

⁵⁸⁰ Trata-se do que Humberto Ávila chamou de “*função eficaz de trincheira das regras*”: “*as regras possuem uma rigidez maior, na medida em que sua superação só é admissível se houver razões suficientemente fortes para tanto, quer na própria finalidade subjacente à regra, quer nos princípios superiores a ela. Daí porque as regras só podem ser superadas (defeasibility of rules) se houver razões extraordinárias para isso [...]*” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 103).

⁵⁸¹ O aplicador deve estar sempre atento às peculiaridades do caso, pois, às vezes, mesmo atendido o formalismo do sistema, o processo pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado injusto (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*, cit., p. 120).

⁵⁸² Como explica Humberto Ávila, “*enquanto as regras têm a pretensão de oferecer uma solução provisória para um conflito de interesses já conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo, os princípios apenas oferecem razões complementares para solucionar um conflito futuramente verificável*” (ÁVILA, Humberto. *Princípios e regras e a segurança jurídica*, cit., p. 204).

⁵⁸³ Como afirma Sérgio Porto, “*dentre as garantias que o Estado oferece destaca-se a garantia originária da existência de uma ordem jurídica prévia, bem como a garantia que assegura a vigência e efetividade da ordem jurídica existente e, dentre essa, insculpe-se a da coisa julgada estável e não relativizável por qualquer juízo e a qualquer tempo, mas apenas relativizável na forma que a própria ordem jurídica pré-instituída estabeleceu*” (PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania processual e relativização da coisa julgada*, cit., p. 31).

⁵⁸⁴ Humberto Ávila estabelece parâmetros para admissão da superação das regras. Requisitos materiais de superação de regras: deve-se aferir se uma decisão individualizada, ainda que incompatível com a hipótese da regra geral, prejudica ou não a promoção da finalidade subjacente à regra ou a segurança jurídica que suporta as regras (em virtude da probabilidade de reaparecimento frequente de situação similar) (p. 117). Assim, será mais fácil superar uma regra nos casos em que o alargamento ou a restrição da hipótese da regra em razão da sua finalidade não comprometer a realização do valor segurança jurídica. Isso porque as regras são instrumentos de justiça geral: o grau de resistência da regra deverá ser tanto maior quanto mais a tentativa de fazer justiça para um caso mediante superação de uma regra afetar a promoção da justiça para a maior parte dos casos (p. 118). Em outras palavras, a superação de uma regra não se circunscreve à solução de um caso, como ocorre na ponderação horizontal entre princípios (que origina regras concretas de colisão); essa decisão individualizante de superação deve levar em conta seu impacto para aplicação das regras em geral, para o equilíbrio entre justiça geral e justiça individual pretendido pelo sistema jurídico (p. 119).

Requisitos formais de superação de regras: (a) deve ter justificativa condizente (demonstrar a incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente e que o afastamento da regra não provocará expressiva insegurança jurídica); (b) deve ter uma fundamentação condizente (escrita, juridicamente fundamentada e logicamente estruturada, para que se exteriorizem as razões de superação de modo a poderem

Não é possível admitir decisões que, parca ou incorretamente fundamentadas, a pretexto de fazer justiça, desrespeitem direitos fundamentais do cidadão.⁵⁸⁵

Importante salientar, ademais, que a coisa julgada sempre pôde ser “relativizada” nos casos expressos em lei. Como observa Marinoni, a lei trata de hipóteses em que se admite a relativização da coisa julgada em virtude de certas circunstâncias que não são relativas apenas a um direito em especial, mas a situações que podem marcar qualquer direito. De fato, “*os casos de ação rescisória não abrem margem para a desconstituição da coisa julgada em razão da especial natureza de determinado direito, mas sim em virtude de motivos excepcionais capazes de macular a própria razão de ser da jurisdição*”.⁵⁸⁶

Tanto é assim que sequer é cabível, sob o fundamento da justiça da decisão, o ajuizamento de ação rescisória. De fato, a sentença injusta que não caiba em alguma das hipóteses dos artigos 485 e 486 do Código de Processo Civil é injusta, porém não rescindível.⁵⁸⁷

Como leciona Pontes de Miranda, é o direito objetivo, o direito *in thesi*, que não se pode violar, sob pena de rescindibilidade. Uma coisa é a sentença injusta contra o direito subjetivo invocado pela parte, já protegida pelos recursos. Outra é a sentença que fere o direito objetivo, cuja realização é finalidade do processo promover e assegurar.⁵⁸⁸

Acaso o direito violado, para servir de pressuposto ao ajuizamento de ação rescisória, fosse o direito *in hypothesi*, ter-se-ia de verificar a justiça ou injustiça da proposição do juiz sobre a matéria de fato, o que não é possível. Se a sentença apreciou bem ou mal a prova, a decisão não pode ser rescindida. “*A violação que se aprecia não é a do direito in hypothesi, e sim a do direito in thesi*”. Não se desce ao exame nem mesmo da injustiça manifesta. Também isso não significa que se deva apreciar o direito *in abstracto*: “*o direito violado há de ser o direito in thesi, mas concretamente considerado*”.⁵⁸⁹

Além disso, entende-se não ser cabível, em qualquer caso, o ajuizamento de ação

ser controladas); (c) deve ter uma comprovação condizente (a mera alegação não é suficiente à superação de uma regra – deve-se demonstrar, por via documental, pericial ou estatística, a ausência do aumento excessivo das controvérsias, da incerteza e da arbitrariedade, etc.) (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 117-120).

⁵⁸⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica, cit., p. 124.

⁵⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material), cit., p. 153.

⁵⁸⁷ No Código de Processo Civil de 1939, dizia o artigo 800 que “*a injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória*”. O atual diploma não reproduziu tal dispositivo. Contudo, como sustenta Pontes de Miranda, os enunciados permanecem verdadeiros (PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*, cit., p. 395).

⁵⁸⁸ PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*, cit., p. 395.

⁵⁸⁹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*, cit., p. 397.

rescisória sob o fundamento de que houve violação literal de dispositivo legal na hipótese de decisão superveniente de inconstitucionalidade de lei que serviu de fundamento à sentença transitada em julgado.

Certamente, não há dúvida de que, se a sentença se funda em norma já considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, caberá ação rescisória (ou mesmo os embargos, como veremos no capítulo subsequente). O mesmo ocorre quando a sentença confere à norma interpretação manifestamente inconstitucional, ainda que o STF não tenha assentado anterior posição sobre o assunto.⁵⁹⁰

Contudo, não se pode adotar a ação rescisória para atacar toda e qualquer decisão considerada ruim, sob pena de se transformar o remédio em novo recurso. A má interpretação deve ser de tal modo aberrante que equivalha a sua violação literal. Já decidiu o Supremo Tribunal Federal que a contrariedade deve ser estridente, não englobando a interpretação razoável do dispositivo, ainda que divergente.

Em se tratando de matéria constitucional, há orientação no sentido de que se deve admitir a ação rescisória, ainda que a interpretação do texto constitucional fosse controvertida à época da decisão rescindenda.⁵⁹¹ Parte da doutrina, nesse sentido, enxerga uma diferença qualitativa na violação da norma constitucional, quando comparada à violação da norma infraconstitucional, ou seja, uma diferença de natureza entre a interpretação das normas, como se a norma constitucional apenas admitisse uma única interpretação correta.⁵⁹²

Concordamos, contudo, com a lição de Marinoni, para quem não há dúvida de que a interpretação do Supremo Tribunal Federal deve prevalecer, submetendo os demais juízes, porquanto não há racionalidade em admitir que um juiz ordinário possa atribuir a uma questão

⁵⁹⁰ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 295.

⁵⁹¹ Assim entende Pontes de Miranda, para quem “as diferenças de exegese passam-se no sujeito, nos juízes, e não no ordenamento jurídico. São subjetivas. Seria bem frágil o ordenamento se ao simples fato do erro, da meia-ciência, ou da ignorância de aplicadores e intérpretes, as suas regras jurídicas pudessem empanar-se, encobrir-se, a ponto de não se poder corrigir a violação da lei”. Também no caso de a orientação divergente, oriunda do Supremo Tribunal Federal, ser posterior à sentença transitada em julgado, manifesta Pontes de Miranda que “não só é rescindível tal sentença, como o são quaisquer outras sentenças que tenham revelado erradamente o direito. A nova jurisprudência faz suscetíveis de rescisão a todas e só o biênio pode cobri-las contra o exame rescindente” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*, cit., p. 276).

⁵⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*, cit., p. 95. Assim, por exemplo, para José Maria Rosa Tesheiner, o qual sustenta que, embora seja natural que os textos legislativos admitam mais de uma interpretação, não se pode olvidar que a Constituição conferiu ao Supremo Tribunal Federal o poder e a função de determinar, “dentre as várias opções, a única considerada correta” (TESHEINER, José Maria Rosa. *Coisa julgada inconstitucional* (art. 741 e 475-L do CPC) – reflexões em torno de um texto de Marinoni, cit., p. 231).

constitucional interpretação diversa daquela dada pela corte superior.⁵⁹³

Contudo, isso não significa que a interpretação adotada pelo STF possa ou deva prevalecer sobre as demais interpretações judiciais pretéritas, atingindo decisões já transitadas em julgado. As decisões que transitaram em julgado expressam um juízo legítimo sobre a constitucionalidade, ainda que divergentes com a posterior decisão do Supremo Tribunal Federal. Atingi-las para adequá-las ao pronunciamento do STF significa a negação do sistema difuso de constitucionalidade. Coloca-se, em outras palavras, a coisa julgada em estado de provisoriedade, o que é absolutamente incompatível com a natureza do instituto e viola o princípio da segurança jurídica.⁵⁹⁴

Assim, diante de todos os inconvenientes que podem ser gerados pela pura e simples desconsideração da coisa julgada com base em abstratos conceitos de injustiça, temos de concordar com Baptista da Silva, que afirma ser indispensável a revisão do sistema de proteção à estabilidade dos julgados, como uma contingência determinada pela crise paradigmática, bem como conceber instrumentos capazes de atender a essa nova aspiração jurídica. Tais instrumentos, para o autor, devem ficar limitados à ação rescisória e a uma sistematização adequada da *querela nullitatis*.⁵⁹⁵

3.5 A Interpretação da Norma dos Artigos 475-L, § 1º, e 741, Parágrafo Único, do Código de Processo Civil Conforme à Constituição

O objetivo do presente tópico, uma vez delimitados os contornos da coisa julgada no direito brasileiro, é buscar no sistema os limites para aplicação da norma dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, apontando qual seja a sua interpretação conforme à Constituição. Isso porque, no sistema brasileiro, deve-se ter presente que o juiz tem o dever de interpretar e aplicar a legislação processual em conformidade com o direito fundamental ao processo justo.⁵⁹⁶

⁵⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*, cit., p. 100.

⁵⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*, cit., p. 102-105.

⁵⁹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Coisa julgada relativa?*, cit., p. 111-112. Sobre a sobrevivência da *querela nullitatis* nos sistemas jurídicos contemporâneos, consulte-se, do mesmo autor, *Sobrevivência da querela nullitatis*. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 81-92. E, ainda, sobre o mesmo tema, cf. CALAMANDREI, Piero. *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*. *Rivista di Diritto Processuale*, 1951, p. 112-128.

⁵⁹⁶ É dever do Estado Constitucional tutelar de forma efetiva os direitos. Se tal proteção depende do processo, ela

Trata-se, aqui, segundo leciona Jorge Miranda, de técnica que tende a considerar que cada disposição legal não tem somente de ser captada no conjunto das disposições da mesma lei e cada lei no conjunto da ordem legislativa; tem de ser considerada, também, no contexto da ordem constitucional. A interpretação conforme à Constituição não consiste em escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele mais consentâneo com a ordem constitucional. Cuida-se, na verdade, de discernir, no limite, isto é, na fronteira da inconstitucionalidade, um sentido que seja o necessário e o possível em virtude da força conformadora da Lei Fundamental.⁵⁹⁷ Trata-se de técnica de controle, pois tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação,⁵⁹⁸ convertendo a Constituição em critério hermenêutico guia para interpretar todas as restantes normas do ordenamento.⁵⁹⁹

O conceito sugere, ademais, a necessidade de se buscar uma interpretação que não seja aquela que decorre da leitura mais óbvia do dispositivo.⁶⁰⁰ Por isso, a interpretação conforme à Constituição, nada obstante possua natureza muito ativa e quase criadora, não deixa de estar sujeita a um requisito de razoabilidade, porquanto ela terá de se deter exatamente “*onde o preceito legal, interpretado conforme à Constituição, fique privado de função útil ou onde [...] seja incontestável que o legislador ordinário acolheu critérios e soluções opostos aos critérios e soluções do legislador constituinte*”.⁶⁰¹

Assim, no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve-se dar preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição.⁶⁰² Além disso, deve-se, sempre que possível, evitar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei sempre que ela possa ser interpretada em consonância com a Constituição, ou seja, deve-se esgotar as possibilidades de uma interpretação conforme à Constituição antes de se acolher eventual inconstitucionalidade da lei.⁶⁰³

só pode ocorrer mediante processo justo. Assim, no Estado Constitucional, o processo precisa ser compreendido como o meio pelo qual se tutelam direitos na dimensão da Constituição (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 617).

⁵⁹⁷ São várias as vias e diversos os resultados a que se pode chegar por tal método de interpretação, ressaltando Jorge Miranda que se pode ir “*desde a interpretação extensiva ou restritiva à redução (eliminando os elementos inconstitucionais do preceito ou do acto) e, porventura, à conversão (configurando o acto sob a veste de outro tipo constitucional)*” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., p. 232-233).

⁵⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 1226.

⁵⁹⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, cit., p. 285.

⁶⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, cit., p. 189.

⁶⁰¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., p. 233-234.

⁶⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 1226.

⁶⁰³ Isso porque a ideia de interpretação conforme a Constituição supõe uma dupla presunção: subjetiva, no sentido de que o legislador realizou sua função dentro dos limites constitucionais (*favor legislatoris*); e objetiva, presumindo que a lei se ajusta aos parâmetros estabelecidos pela Constituição (*favor legis*) (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, cit., p. 286).

Na esteira do debate sobre a relativização da coisa julgada, desenvolveu-se, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, considerável polêmica quanto à aplicação dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC. De um lado, há aqueles que consideram a norma inserta nos dispositivos inconstitucional por ofensa ao princípio da coisa julgada. De outro lado, posicionam-se aqueles que defendem a prevalência máxima do “princípio da supremacia da Constituição”, e, por isso, consideram insuscetível de execução qualquer sentença tida por inconstitucional, independentemente do modo pelo qual essa inconstitucionalidade se apresenta ou da existência de pronunciamento do STF a respeito, seja em controle difuso, seja em controle concentrado.

Nenhuma das duas correntes pode ser considerada correta, pois, como observa Teori Zavascki, se a primeira delas estivesse certa, seria necessário sustentar a inconstitucionalidade da própria ação rescisória, instituto que evidencia claramente que a coisa julgada não tem caráter absoluto, comportando limitações. Já se adotássemos a segunda teoria, restaria eliminado de modo completo, ao menos no plano constitucional, o instituto da coisa julgada, que, como vimos anteriormente, também possui assento na Constituição.⁶⁰⁴

Ainda que limitada a aplicação da doutrina nos lindes impostos pela norma dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único – ou seja, adotando como parâmetro a orientação emanada de decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a questão constitucional –, mostra-se frágil o argumento utilizado pelos defensores da relativização.⁶⁰⁵

Aliás, caso se admitisse a retroação prevista na norma dos artigos 475-L, § 1º, e 741,

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso, afirmando ser decorrência do princípio da presunção de constitucionalidade a observância, pelo intérprete, de que, havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, deve o aplicador optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor. No Brasil, de longa data, afirma o Supremo Tribunal Federal que a dúvida milita em favor da lei, que a violação da Constituição há de ser manifesta e que a inconstitucionalidade nunca se presume (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, cit., p. 178 e 183).

⁶⁰⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC, cit., p. 79-80.

⁶⁰⁵ Guilherme Rizzo Amaral, interpretando a norma a partir da aplicação do postulado normativo da proporcionalidade, de maneira a averiguar a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da desconsideração da coisa julgada material, chegou à seguinte conclusão: “*se o fim a ser obtido – lembrando que o único método para a solução dos conflitos entre efetividade e segurança será aquele que tiver este referencial à relação ‘meio e fim’ – é a plena realização dos direitos assegurados pela Constituição Federal, a solução prevista no § 1º do artigo 475-L não é sequer adequada, pois deixa de lado o valor segurança, assegurado no preâmbulo da Carta Magna no caput do seu artigo 5º, bem como a garantia do respeito à coisa julgada (art. 5º, XXXVI). Não se mostra necessária, pois o fato de existirem diferentes interpretações do Direito constitucional sob hipótese alguma significa afirmar que, em uma delas, ele não foi realizado ou concretizado. E, por fim, a solução não é proporcional em sentido estrito, pois lança os jurisdicionados em cenário de enorme insegurança jurídica, tudo em nome da defesa de uma interpretação supostamente mais correta da Constituição Federal, interpretação esta que pode mudar com o tempo, aumentando ainda mais a insegurança e reafirmando a inutilidade do § 1º do art. 475-L na defesa da ordem constitucional*” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo: um método e sua aplicação*, cit., p. 258).

parágrafo único, estaria caracterizada ofensa direta a dois dispositivos constitucionais: por um lado, o artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal (Estado Democrático de Direito, do qual a coisa julgada é manifestação); por outro lado, o artigo 5º, XXXVI (garantia individual ou coletiva da intangibilidade da coisa julgada). Desse modo, pode-se afirmar que a norma instituída pela Lei n.º 11.232/2005, se aplicada para situações em que o título executivo é anterior à decisão do Supremo Tribunal, apresenta-se materialmente inconstitucional.⁶⁰⁶

Criticando tal posicionamento, Humberto Theodoro Júnior afirma que a coisa julgada não pode, em tema de inconstitucionalidade, transformar-se em instituto mais importante e elevado que a lei. Pergunta-se o prestigiado processualista: *“se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada?”*⁶⁰⁷

Ora, a resposta a tal questionamento é evidente. À sentença transitada em julgado, que eventualmente tenha aplicado norma mais tarde declarada inconstitucional (ou fundada em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição), não pode ser dado o mesmo tratamento da lei inconstitucional. Esta última, como salienta Nelson Nery Júnior, é norma de caráter geral, editada de forma objetiva e no interesse geral, enquanto a sentença é norma de caráter privado, editada no interesse particular. Além disso, enquanto na lei concorre a vontade do legislativo, na sentença cuida-se de situação peculiar e particular das partes, sendo a decisão tomada depois das discussões e do exame de todos os argumentos que puderam e que poderiam ter sido utilizados no processo, de maneira que se consubstancia em norma particular especialíssima. Como afirma o autor, *“seu controle de constitucionalidade, por isso, não pode ser ilimitado no conteúdo e no tempo”*.⁶⁰⁸

A interpretação dos dispositivos conforme à Constituição, portanto, e à luz do sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil, exige que os mesmos somente possam ser invocados nos casos em que, antes da definição do litígio, o STF já houvesse declarado inconstitucional a lei, e, ainda assim, a sentença tenha aplicado referida lei, transitando em julgado. Nesse caso, há clara violação à decisão da Suprema Corte, já existente

⁶⁰⁶ Não se trata, além disso, de privilegiar o instituto da coisa julgada, sobrepondo-o ao “princípio da supremacia da Constituição”, já que a coisa julgada é a própria Constituição, manifestação, dentro do Poder Judiciário, do Estado Democrático de Direito, fundamento da República (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 1086).

⁶⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único), cit., p. 14.

⁶⁰⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*, cit., 2009, p. 63.

à época da decisão no caso particular, justificando o recurso ao argumento da inexecutabilidade do título judicial.⁶⁰⁹

Deve-se ressaltar que, diante de casos distintos, o juiz não precisa decidir de acordo com o tribunal que lhe é superior. Cabe-lhe, contudo, em tal situação, realizar o que no *common law* se conhece por *distinguishing*, ou seja, a diferenciação do caso que está sob julgamento, justificada e fundamentadamente,⁶¹⁰ de maneira que tal decisão fique infensa à alegação de inexecutabilidade.

Ainda assim, a aplicação da norma dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, apenas poderá ser feita, desde que observado o prazo legal, para que o devedor possa opor impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos à execução contra a Fazenda Pública, conforme o caso, pelo fundamento da inconstitucionalidade da norma legal que embasou o referido título. Passado esse prazo, restaria ao devedor, se cabível, o prazo de dois anos para que possa desconstituir o título por violação de literal disposição de lei, conforme autoriza o artigo 485, V do Código de Processo Civil.⁶¹¹

Passado também o prazo da ação rescisória, a coisa julgada inatacada, ainda que tenha se formado depois da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, não mais poderá ser contestada ou impugnada “*e o devedor terá de, inexoravelmente, submeter-se ao comando desse título executivo judicial transitado soberanamente em julgado*”.⁶¹²

Mostra-se necessário, igualmente, que o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal tenha se dado em sede de controle concentrado ou, em caso de controle difuso, que tenha sido expedida resolução pelo Senado Federal, o qual, nos termos de expressa previsão

⁶⁰⁹ Essa é a opinião de Marinoni e Mitidiero, os quais também aludem que as normas dos artigos 475-L, § 1º e 741, § único permitem apenas uma interpretação constitucional (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, cit., p. 471). Em idêntico sentido, manifesta-se Fredie Didier Júnior (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Impugnação do executado* (Lei Federal n.º 11.232/2005). *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 354, abr. 2007, p. 41).

Em sentido contrário, entendendo aplicável a norma ainda que a decisão do STF seja superveniente à formação do título, cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a fazenda pública* (ex vi art. 741, parágrafo único, do CPC), cit., p. 46. Também José Maria Rosa Tesheiner afirma que a decisão do Supremo Tribunal Federal tem efeitos *ex tunc* e, por isso, uma norma deve ser considerada inconstitucional desde quando editada, e não somente depois do reconhecimento da inconstitucionalidade pelo STF, de maneira que “*é rescindível por violação à Constituição, tal como por ele interpretada, tanto a sentença posterior quanto a anterior ao seu pronunciamento*” (TESHEINER, José Maria Rosa. *Coisa julgada inconstitucional* (art. 741 e 475-L do CPC) – reflexões em torno de um texto de Marinoni, cit., p. 231-232).

⁶¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 65-66.

⁶¹¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 1086.

⁶¹² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 1086.

constitucional, tem a competência para fazer cessar a eficácia da lei inconstitucional.⁶¹³ O que não se pode admitir é que uma declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade emitida pelo STF, por si só, venha a repercutir sobre as coisas julgadas anteriormente estabelecidas, de modo a derrubá-las.⁶¹⁴

Como bem observa Araken de Assis, a recente valoração desses precedentes, conferindo efeitos amplificados às decisões do Supremo Tribunal, excepcionando, por exemplo, a cláusula da reserva de plenário nos tribunais inferiores (artigo 481, CPC) e autorizando o julgamento singular pelo relator (artigo 557, CPC), visam tão somente à celeridade dos pronunciamentos nas instâncias ordinárias. Assim, “*precedentes uniformes e convergentes do STF, antes da resolução do Senado, não bastam à aplicação do art. 741, § único*”.⁶¹⁵

Nessa última hipótese, ademais, a resolução do Senado tem de ter sido expedida antes do trânsito em julgado da sentença que aparelha a execução, sob pena de ofensa à coisa

⁶¹³ Nesse sentido, também manifesta-se Hermes Zaneti Júnior e Rodrigo Mazzei, para os quais “*somente as matérias que venham a ser declaradas inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal e suspensas na sua aplicação pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da CF/88, é que poderão auferir o grau de estabilidade que autorize a aplicação dos embargos*” (ZANETI JÚNIOR, Hermes; MAZZEI, Rodrigo. Comentários ao artigo 741. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). *A nova execução: comentários à Lei nº 11.232, de 22 de setembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 250).

⁶¹⁴ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 458. No mesmo sentido, entendem Nelson Nery Júnior e Rosa Nery, sustentando que a aplicação da norma em comento dar-se-á apenas no caso de a declaração de inconstitucionalidade pelo STF ter sido proferida em sede de ADI, ADC ou de ADPF. Quando a declaração de inconstitucionalidade pelo STF é feita em controle concreto, o acórdão só tem eficácia entre as partes do processo, “*a menos que o Senado Federal, ao receber a comunicação do STF enviando cópia do acórdão, baixe resolução suspendendo a eficácia da lei ou ato normativo em todo o território nacional (CF 52 X), quando então aquela decisão inter partes passará a ter eficácia erga omnes*”. De acordo com os autores, “*se o Senado não concordar com o STF (o Senado exerce controle político do acórdão do STF) e não emitir a resolução, o acórdão que, no caso concreto, declarou a inconstitucionalidade só tem efeitos entre as partes daquele processo, efeitos que não se irradiam para outras pessoas, nem para beneficiar, nem para prejudicar*” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 1087).

Em sentido contrário, manifesta-se Paulo Henrique dos Santos Lucon, afirmando que a razão de ser da regra encontra-se na supremacia da Constituição, exposta na orientação emanada do Supremo Tribunal Federal, de maneira que restringir a aplicação aos casos antes mencionados tornaria o dispositivo “menos eficaz” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a fazenda pública (ex vi art. 741, parágrafo único, do CPC)*, cit., p. 45).

⁶¹⁵ ASSIS, Araken de. *Eficácia da coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 25. Não se ignora, obviamente, a doutrina que sustenta a mutação constitucional pela qual teria passado o artigo 52, X, da Constituição Federal, e de acordo com a qual o papel do Senado seria apenas o de dar publicidade ao fato de que determinada norma foi declarada inconstitucional. Nesse sentido, manifesta-se Gilmar Mendes, sustentando que a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional teve o seu significado normativo fortemente abalado com a ampliação do controle abstrato de normas na Constituição Federal de 1988, a qual reduziu o significado do controle incidental ou difuso, ao ampliar a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, permitindo que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1131-1134).

Não nos parece, todavia, que a alegada mutação possa ter o condão de alterar expressa regra constitucional de competência, motivo pelo qual nos posicionamos no sentido de exigir, para viabilização da aplicação da norma dos artigos 475-L, § 1º e 741, § único, a expedição de resolução pelo Senado Federal.

julgada material.⁶¹⁶

É importante destacar, ainda, o fato de que a obrigação reconhecida na sentença apenas será considerada inexecutível se a interpretação da norma objeto de controle pelo STF tenha sido determinante para a formação da decisão de procedência em que se consubstancia o título executivo. Se a questão desempenhou apenas papel circunstancial, não se mostrando imprescindível para a manutenção da condenação, a obrigação continuará apta a ensejar a execução.⁶¹⁷

Por fim, deve-se ressaltar que eventual adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, da técnica da modulação de efeitos, de maneira a não tornar nulo o ato inconstitucional desde sua origem, importa impossibilidade de aplicação da norma dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

⁶¹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 1087. Não se pode cogitar, outrossim, segundo nosso entendimento, de aplicação da hipótese defendida por Helenilson Cunha Pontes, o qual, tratando do tema da coisa julgada inconstitucional em matéria tributária defende que, no caso de declaração, em sede de controle concentrado, da inconstitucionalidade de norma tributária que havia sido considerada constitucional num caso concreto com decisão transitada em julgado, a existência da coisa julgada apenas “*impede a retroatividade da decisão do Supremo Tribunal Federal quando tal efeito for deletério à esfera jurídica individual, como ocorre na hipótese [...] de declaração de inconstitucionalidade de lei tributária mais benéfica ao contribuinte. No entanto, a irretroatividade que beneficiar o indivíduo deve ser reconhecida inclusive para atingir a coisa julgada individual, cujo núcleo seja a constitucionalidade de uma norma posteriormente pronunciada como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em decisão dotada de efeitos ex tunc*” (PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 176).

Não nos parece razoável a utilização de dois pesos e duas medidas, com o simples intuito de beneficiar o contribuinte, o que importaria na inversão do princípio da supremacia do interesse público, também sem fundamento jurídico suficiente.

⁶¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, cit., p. 471. Em idêntico sentido, cf. o trabalho de Araken de Assis, no qual o autor sustenta que a procedência dos embargos pressupõe a motivação do título executivo, exclusivamente, no preceito inconstitucional. Se, ao invés, “*a condenação se ampara em múltiplos fundamentos, porque o vencedor alegou várias causas de pedir no processo que a originou, o título resistirá à inconstitucionalidade originária ou superveniente de apenas um de seus fundamentos*” (ASSIS, Araken de. *Eficácia da coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 26).

PARTE IV: EXAME DE UM CASO ESPECIAL – A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Estabelecidos os limites constitucionais para aplicação da norma dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, o presente tópico propõe-se a discutir um caso especial de incidência da hipótese legal, analisando a “coisa julgada inconstitucional” em matéria tributária. A questão possui, indubitavelmente, contornos próprios e, portanto, demanda exame mais específico, o que também se justifica em face do tratamento equivocado que parte da doutrina vem conferindo ao tema, a nosso ver.

Trata-se, aqui, da aplicação do princípio da igualdade no tempo, caso que representa, sem sombra de dúvidas, um dos mais intrincados aspectos do princípio.⁶¹⁸ De fato, em algumas situações, o regime tributário, inicialmente tratando de forma equânime os contribuintes, é modificado por meio da introdução de novas regras que alteram aquele estado inicial de igualdade. A desigualdade, nesse caso, não advém da instituição do tributo no momento inicial, mas na introdução de novas regras que criam tratamentos diferentes em um momento posterior.⁶¹⁹

Isso pode acontecer, com efeito, por meio da instituição de regras gerais pelo Poder Legislativo, causando evidente desigualdade entre os contribuintes e, conseqüentemente, afrontando o princípio da livre concorrência. Outra situação em que tal problemática é observada diz respeito à superveniência de decisões conflitantes que conferem tratamento desigual a contribuintes concorrentes, caso do qual nos ocupamos no presente tópico.

Assim, o tratamento da coisa julgada no âmbito do direito tributário, e, em especial, o exame da chamada “relativização” da coisa julgada tributária, remete-nos, obrigatoriamente, ao estudo do princípio da livre concorrência, também alçado pela Constituição Federal, como veremos, à condição de objetivo fundamental da República.

Ademais, tratar sobre os efeitos da coisa julgada no âmbito do direito tributário e sobre a livre concorrência entre os contribuintes implica a retomada da discussão de dois princípios jurídicos: de um lado, o princípio da segurança jurídica, representado, no caso, pela coisa julgada, e, de outro, o princípio da isonomia, considerado primordial em um sistema de livre concorrência, próprio de um Estado Social e Democrático de Direito, e através do qual o Poder Público estabelece parâmetros para que os agentes econômicos possam concorrer em

⁶¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*, cit., p. 121.

⁶¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*, cit., p. 121.

igualdade de condições no mercado.⁶²⁰

Deve-se abordar, em última análise, as questões surgidas do possível desequilíbrio nas condições normais de concorrência, ocasionado por uma decisão judicial transitada em julgado sobre matéria tributária e que alcança apenas um contribuinte, ou um pequeno número deles, enquanto os demais, que atuam e concorrem no mesmo mercado econômico e em iguais condições jurídicas, obtiveram, quanto ao mesmo tributo, uma decisão judicial diversa.

Em outras palavras, trata-se daqueles casos em que dois contribuintes são submetidos a cargas tributárias diversas em razão de decisões judiciais que adotaram orientações distintas a respeito da mesma matéria, hipótese em que um deles, em sua prática comercial, poderá beneficiar-se de tal situação, ao ser desonerado do pagamento de tributo do qual o seu concorrente direto segue obrigado.

Tomemos como exemplo o caso de uma empresa que obtém, via ação judicial, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, deixando de ser obrigada ao pagamento de determinado tributo ao qual estava submetida. Suponha-se, ainda, que a decisão tenha transitado em julgado e que contra ela não mais seja possível o ingresso de ação rescisória. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, ao realizar o exame da constitucionalidade da mesma norma antes declarada inconstitucional em sede de controle difuso, considera, no exercício de controle concentrado, que a lei é constitucional, pelo que fica mantida a incidência daquele determinado tributo sobre todas as empresas que desenvolvem determinada atividade.

Admitindo-se a manutenção dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade obtida pela empresa, desobrigando-a do recolhimento do tributo, não será possível negar que terá ela um custo fiscal menor que o de suas concorrentes, uma vez que essas estão alcançadas pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado.

Por outro lado, podemos também exemplificar o problema aludindo ao caso em que apenas um contribuinte, ou um pequeno grupo de contribuintes, não conseguiu se beneficiar de decisão judicial exonerando-o do pagamento de certo tributo. Nesse caso, tal grupo, obviamente, ficará bastante onerado em face de seus concorrentes.

A pergunta que se faz, então, nos dois casos, é se é justa a manutenção dessa vantagem fiscal obtida. Considerando-se a desigualdade gerada pelas decisões conflitantes a respeito da constitucionalidade da cobrança de determinado tributo, é justo que se mantenha

⁶²⁰ SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da coisa julgada em matéria tributária e livre concorrência. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. v. 9. São Paulo: Dialética, 2005, p. 110.

inviolada a coisa julgada? Ou deverá o princípio da segurança jurídica ceder, de modo a se restaurar a isonomia entre os contribuintes atingidos por aquela decisão? E mais: trata-se, aqui, de verdadeira hipótese de descon sideração da coisa julgada, como defende parte da doutrina?

Uma das diversas formas de se colocar o problema, portanto, é examiná-lo do ponto de vista da colisão entre os princípios constitucionais da segurança jurídica e da isonomia, o que ora passamos a empreender.

4.1 O Princípio da Livre Concorrência e a Garantia de Segurança Jurídica

Antes de se verificar se existe tal colisão entre os princípios no âmbito do direito tributário e discutir as formas de solucioná-la diante de casos concretos em que venha a ser observada, cabe nos ocuparmos da definição do que seja a liberdade de iniciativa econômica e a livre concorrência. Para tanto, convém examinarmos o que estabelece o artigo 170 da Constituição, que trata dos Princípios Gerais da Atividade Econômica.⁶²¹

Da leitura de tal dispositivo, pode-se aferir que a liberdade de iniciativa econômica decorre de um primado de liberdade. De fato, trata-se do princípio constitucional que permite a qualquer agente econômico, seja público ou privado, pessoa física ou jurídica, exercer livremente, nos termos da lei, atividade econômica em sentido amplo.⁶²² Parte-se, aqui, de um conceito de liberdade de exercício de profissão, se considerados os trabalhadores, e de liberdade para o exercício de atividade econômica, no tocante às empresas.⁶²³

Já a livre concorrência funda-se, com maior força, na noção de isonomia, e não de liberdade, que, embora não lhe seja estranha, não lhe é primordial. Busca-se, aqui, criar as condições para que se realize um sistema de concorrência perfeita, dentro dos objetivos propostos pela Constituição Federal em seu artigo 3º.⁶²⁴ Cabe ao Estado, então, criar tais condições para o desenvolvimento da livre concorrência, não mediante sua inação, mas por

⁶²¹ Constituição Federal, artigo 170: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência”.

⁶²² SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da coisa julgada em matéria tributária e livre concorrência, cit., p. 114.

⁶²³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 181.

⁶²⁴ Constituição Federal, artigo 3º: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

meio de ações concretas, reprimindo o abuso de poder econômico e garantindo que haja isonomia entre os concorrentes no mercado.⁶²⁵

Um dos requisitos para o exercício da livre concorrência, portanto, é que os tributos sejam economicamente neutros, para que não venham a distorcer os preços praticados pelas empresas dentro de um mesmo mercado. Trata-se, como aponta a doutrina, do princípio da neutralidade econômica dos tributos, que pode ser encontrado em nosso sistema jurídico a partir do chamado princípio da isonomia fiscal, disposto no artigo 150, II, da Constituição Federal.⁶²⁶

Definido o sentido da expressão livre concorrência, voltamos ao questionamento: será isonômico manter uma distorção econômico-tributária acobertada pelo princípio da segurança jurídica, fruto da coisa julgada?

A resposta ao questionamento posto exige que retornemos à solução, que deve servir como regra geral, para a colisão entre os princípios da segurança jurídica e da igualdade.

Com efeito, a declaração de invalidade da regra de tributação pelo Poder Judiciário, para determinados contribuintes, pode fazer com que eles sejam onerados de forma diferente do que os outros. Trata-se, aqui, de saber se é lícito ao Judiciário criar um estado superveniente de desigualdade.

Conforme defende Humberto Ávila, *“a igualdade exige tratamento isonômico dos contribuintes, só podendo haver diferenciações baseadas em medidas de comparação que mantenham uma relação fundada e conjugada de pertinência com a finalidade que justifica sua utilização”*. As distinções entre contribuintes, portanto, apenas são válidas quando justificadas e não arbitrárias. Da mesma forma, há violação do princípio da igualdade toda vez que o próprio poder que, num dado momento, estabeleceu os pressupostos da relação de igualdade passe a se distanciar deles sem uma razão justificada.⁶²⁷

Situação especial verifica-se no caso em que a criação de desigualdades supervenientes decorre de decisões judiciais, porque aqui parece existir um conflito mais expressivo entre segurança jurídica e igualdade, podendo-se alegar que a primeira possa dar origem a uma decisão injusta.

Como se viu no capítulo anterior, contudo, é mais adequado falar em conexão entre

⁶²⁵ Para um maior desenvolvimento destas ideias, confira-se: SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da coisa julgada em matéria tributária e livre concorrência, cit., p. 110-135.

⁶²⁶ Constituição Federal, artigo 150: *“Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”*.

⁶²⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*, cit., p. 122.

os princípios da segurança jurídica e da justiça, do que propriamente em oposição.⁶²⁸

Isso porquanto, de fato, mais do que amparar um ideal de segurança sem predefinir o seu modo de realização, a coisa julgada representa um verdadeiro regramento do conflito entre a segurança e a igualdade particular, de maneira que não poderá ser afastada mediante um mero procedimento de ponderação através do qual se atribua um peso maior ou menor a ela.⁶²⁹

Assim, a coisa julgada, da forma como se encontra tratada no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, representa uma verdadeira regra, cujo conteúdo decisório atua como um instrumento de solução provisória de conflito entre princípios. Quando há uma regra, com efeito, o conflito moral que surgiria, caso não houvesse sido editada, deixa de surgir pelo efeito decisório da regra que foi editada.⁶³⁰

Dessa forma, pode-se afirmar que a regra da coisa julgada enquadra uma solução provisória para o conflito entre os princípios da igualdade e da segurança jurídica, privilegiando este último e evitando que a controvérsia entre os valores morais ressurgja no momento de aplicação.⁶³¹

Portanto, é assim que deve ser tratada a questão, também no âmbito do direito tributário.

4.2 A Eficácia da Coisa Julgada nas Relações Continuativas

Como já se demonstrou anteriormente, no direito brasileiro, entende-se que somente a parte dispositiva da sentença produz coisa julgada, mas as alegações deduzidas ou dedutíveis ficam acobertadas pela sua eficácia preclusiva, nos termos do que dispõe o artigo 474 do CPC. O objetivo da norma, então, é proteger a declaração contida na sentença transitada em julgado.⁶³²

Em razão disso, portanto, todos os argumentos relacionados com a primeira demanda ficam preclusos, o que afasta a possibilidade de que venham a ser, no futuro, objeto de alegação e apreciação. Assim, não apenas as alegações deduzidas, mas também as dedutíveis presumem-

⁶²⁸ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização do direito tributário*, cit., p. 657.

⁶²⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*, cit., p. 124.

⁶³⁰ ÁVILA, Humberto. *Princípios e regras e a segurança jurídica*, cit., p. 198.

⁶³¹ Como salienta Humberto Ávila, “*se não existisse a regra, o intérprete estaria liberado para decidir a questão levando em conta outras razões, mas como há uma regra posta, essas razões ficam excluídas pela razão imposta pela regra*” (ÁVILA, Humberto. *Princípios e regras e a segurança jurídica*, cit., p. 198).

⁶³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*, cit., p. 75.

se suscitadas pelas partes e repelidas pelo órgão jurisdicional.⁶³³

A eficácia preclusiva da coisa julgada não diz respeito, portanto, à imutabilidade dos fundamentos da decisão; a preocupação, na verdade, é impedir que se infrinja a coisa julgada mediante a propositura de demanda baseada em fundamento deduzido, ou que poderia ter sido deduzido, na demanda anterior.

Por outro lado, e isso é o que é importante no caso em exame, questões que não podiam ter sido, à época, submetidas à decisão não podem vir a ser implicitamente consideradas como examinadas na sentença, e, assim, como preclusas em decorrência do trânsito em julgado.⁶³⁴

Ou seja: a imutabilidade da coisa julgada protege a declaração judicial apenas enquanto as circunstâncias fáticas e jurídicas da causa permanecerem as mesmas. Assim, sempre que essas circunstâncias forem alteradas, de maneira a dar composição a uma nova causa de pedir, dar-se-á ensejo a uma nova demanda, totalmente diferente da anterior, e para a qual não importa a coisa julgada imposta pela primeira decisão.

É isso que o Código de Processo Civil pretende retratar quando estabelece, em seu artigo 471, 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.

Na verdade, havendo alteração no estado de fato ou de direito, está-se diante de nova demanda, abrindo ensejo à nova coisa julgada, que deverá conviver em harmonia com a coisa julgada referente às circunstâncias anteriores.⁶³⁵

Como leciona Pontes de Miranda, existem regras jurídicas que projetam no tempo os próprios pressupostos, admitindo variações dos elementos quantitativos e qualitativos, de modo que a incidência delas não é instantânea como no caso, por exemplo, da sucessão *causa mortis*. Assim, “a aplicação da lei que incidiu no momento da exigibilidade da pretensão, como se fosse

⁶³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*, cit., p. 75.

⁶³⁴ Como afirma Remo Caponi, “[...] la preclusione del dedotto e del deducibile si rivela cioè come il rovescio della medaglia della rilevanza dell’effetto giuridico sopravvenuto: la circostanza che il giudicato si riferisce ad un momento determinato del tempo giustifica infatti il prodursi di due conseguenze uguali e contrarie: la potenziale rilevanza degli effetti giuridici ‘nuovi’; la perdita di rilevanza degli effetti giuridici ‘vecchi’ non dedotti” (CAPONI, Remo. *L’efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 68-69).

⁶³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*, cit., p. 142.

de uma vez por todas, dentro do tempo, transformaria em regra de incidência instantânea, permanente e imutável, a regra que, de si mesma, atende à modificação futura das circunstâncias”, de modo que a imutabilidade feriria a regra ao invés de obedecê-la. Em conclusão, o jurista assevera que é o direito material que determina a qualidade das suas regras, razão pela qual essa mutabilidade, bem como a conseqüente alterabilidade dos termos da interpretação ou da versão executiva inicial da sentença não ofendem a coisa julgada formal ou material.⁶³⁶

Como noticia Eduardo Talamini, há quem defenda que o fundamento da norma prevista no artigo 471, I, do Código de Processo Civil encontra-se na “transcendência do valor humano” do mérito da causa, de maneira que trataria de assuntos tais como alimentos, guarda de filhos, etc. Contudo, como adverte o autor, não é esse o fundamento da regra em questão, a qual é igualmente aplicável a relações continuativas eminentemente patrimoniais e alheias à gama de valores mais intimamente ligados à noção de dignidade humana. Portanto, *“a norma em exame tem sua razão de ser na conformação estrutural e na dinâmica do tipo de relação sobre o qual incide. Está alheia, portanto, a qualquer consideração axiológica mais profunda”*.⁶³⁷

Na verdade, as sentenças relativas a relações jurídicas continuativas produzem, como qualquer outra, coisa julgada material.⁶³⁸ Entretanto, obviamente, a força da coisa julgada não pode impedir que fatos novos, supervenientes, e, por isso, não alcançados pelo julgamento anterior, produzam as conseqüências que lhes são próprias.

As condições pessoais do contribuinte, por exemplo, quando alteradas, configuram nova causa de pedir, ensejando outra demanda. Já a inconstitucionalidade de um tributo, quando afirmada sob outro argumento, constitui causa de pedir já invocada, estando coberta pelo dedutível e deduzido e, portanto, obstaculizada pela eficácia preclusiva da coisa julgada.

Feitas tais considerações, que já representam uma regra geral para a solução do conflito que se nos coloca, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro fez uma escolha pela prevalência da segurança jurídica, estampada, na maior parte das vezes, pela coisa julgada. Isso não significa, reiterar-se, que o ordenamento não se preocupe com a justiça da decisão, mas sim que a segurança, no mais das vezes, é elemento fundamental para que se alcance o resultado

⁶³⁶ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V, cit., p. 192-193.

⁶³⁷ TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada no tempo (os “limites temporais” da coisa julgada), cit., p. 19.

⁶³⁸ TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*, cit., p. 190. Como adverte Barbosa Moreira, ao contrário do que às vezes se afirma, as relações jurídicas continuativas nada têm de excepcionais. A situação disciplinada pela sentença pode sofrer variação e tal variação acarretará a incidência da norma de direito substantivo que rege a matéria, alterando a obrigação ou até mesmo fazendo-a cessar. Mas a regra concreta formulada pelo juiz para a situação que, antes, constituiu o objeto de sua atividade cognitiva, permanece, como tal, imutável (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada, cit., p. 15).

justo.

Muitos autores, contudo, ao tratar do tema da coisa julgada inconstitucional no âmbito do direito tributário, não atentam para a correta definição dos institutos e acabam por defender a “relativização” da coisa julgada em hipóteses em que tal procedimento é desnecessário. Assim, para se compreender melhor o assunto, faz-se necessário estabelecer a diferenciação das espécies de relações tributárias.

Deve-se esclarecer que a instantaneidade ou durabilidade das situações jurídicas não diz respeito ao seu desenvolvimento temporal (pois uma situação jurídica instantânea pode surgir em um momento determinado e extinguir-se em outro ou outros momentos, como no caso de parcelamento do preço), mas ao interesse que essas situações buscam realizar.⁶³⁹

A relação jurídica tributária, com efeito, pode ser instantânea, como acontece no caso de venda eventual de um imóvel, ou continuativa, como acontece com o contribuinte de ICMS.

No primeiro caso, o fato tributável é autônomo, isto é, nele residem todos os elementos de que se necessita para determinar o valor do tributo a ser pago, e o pagamento extingue não apenas o crédito tributário respectivo, mas a própria relação fisco-contribuinte. No segundo caso, das relações continuativas, o fato tributável não é autônomo, pois, embora produza, isoladamente, o efeito de criar uma obrigação tributária, ele se insere em um conjunto de outros fatos relevantes para a composição da relação jurídica fisco-contribuinte.⁶⁴⁰

A relação jurídica tributária instantânea é peculiar aos tributos relacionados com ocorrências eventuais. Já a relação continuativa é aquela peculiar aos tributos que se repetem, formando uma atividade, mais ou menos duradoura.⁶⁴¹

E é precisamente o reconhecimento da existência de uma relação tributária de natureza continuativa que impõe uma reflexão no que diz respeito aos limites objetivos da coisa julgada.

De fato, é possível que um contribuinte ingresse com ação declaratória ou mandado de

⁶³⁹ É a lição de Remo Caponi: “È importante segnalare fin d’ora che l’istantaneità o la durevolezza non afferiscono alla considerazione del fatto se le situazioni giuridiche hanno o meno un apprezzabile sviluppo temporale: tale sviluppo è proprio di regola anche delle situazioni giuridiche istantanee, che sorgono in un momento determinato (ad es. al momento della stipulazione del contratto di compravendita) e si estinguono in un altro momento (al momento dell’esecuzione dell’obbligo di pagamento del prezzo) che può essere anche distante nel tempo dal primo; la stessa esecuzione dell’obbligo istantaneo può poi avere un distinto sviluppo temporale: si pensi al pagamento a rate del prezzo. L’istantaneità o la durevolezza delle situazioni giuridiche rispecchiano invece l’istantaneità o la durevolezza dell’interesse che esse mirano a realizzare [...]” (CAPONI, Remo. *L’efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 9-10).

⁶⁴⁰ MACHADO, Hugo de Brito. Coisa julgada em matéria tributária. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 53, jul./set. 1990, p. 105.

⁶⁴¹ Por isso, como adverte Hugo de Brito Machado, nesses casos, “os contribuintes, sujeitos passivos dessa relação, inscrevem-se em cadastro específico, que se faz necessário precisamente em virtude da continuidade dos acontecimentos relevantes do ponto de vista tributário” (MACHADO, Hugo de Brito. Coisa julgada em matéria tributária, cit., p. 105).

segurança, questionando algum aspecto de determinado tributo de natureza continuativa. Daí surge a dúvida sobre a existência de coisa julgada no tocante às relações futuras.

Poder-se-ia sustentar que a sentença que afirma ser indevido o imposto não produz efeitos em relação às vendas futuras, já que essas, embora sejam fatos do mesmo gênero dos apreciados na decisão, não são os mesmos fatos.⁶⁴²

Se tal entendimento prevalecesse, teria o contribuinte de promover uma nova demanda a cada período, sob pena de sujeitar-se à incidência do tributo e à ação fiscal. Poderia ocorrer, até mesmo, de o contribuinte ver-se obrigado a promover uma demanda diariamente, ou até mais de uma por dia, o que aumentaria consideravelmente as oportunidades de decisões divergentes, ensejando violações irreparáveis ao princípio da isonomia, aumentaria a carga de trabalho do Judiciário, e, ainda, acarretaria um ônus exagerado para o contribuinte.⁶⁴³

Entende-se, por isso, que é possível materializar-se a coisa julgada nesses casos. Isso porque, quando um contribuinte impetra mandado de segurança questionando o modo de ser da relação jurídica tributária, não se pode dizer que a sentença está lhe concedendo um direito eventual, futuro ou em cogitação. Havendo relação continuativa entre o contribuinte e o fisco, é indubitosa a atualidade dessa relação, mesmo em referência a fatos que, embora sejam futuros, não são eventuais, pois integram a atividade do contribuinte.⁶⁴⁴

A sentença que define os termos da relação jurídica continuativa, portanto, faz coisa julgada, aplicando-se também a fatos futuros, desde que do mesmo gênero dos fatos considerados na decisão.⁶⁴⁵

Há que se distinguir, nas relações continuativas, entre os elementos temporários (circunstâncias que se alteram) e os elementos perenes ou estáveis (circunstâncias que se

⁶⁴² MACHADO, Hugo de Brito. Coisa julgada e relação jurídica continuativa tributária. *Revista dos Tribunais*, n. 642, abr. 1989, p. 33.

⁶⁴³ MACHADO, Hugo de Brito. Coisa julgada e relação jurídica continuativa tributária, cit., p. 33.

⁶⁴⁴ Hugo de Brito Machado salienta que, “*embora no futuro possam ocorrer modificações nos elementos formativos dessa relação (nos fatos ou nas normas) é indubitoso que, enquanto não ocorrer nenhuma modificação nos fatos, nem nas normas de cuja incidência a relação decorre, a relação jurídica há de continuar inalterada*” (MACHADO, Hugo de Brito. Coisa julgada e relação jurídica continuativa tributária, cit., p. 36).

⁶⁴⁵ Nesse sentido, é também a opinião de Ruy Barbosa Nogueira, que, em parecer que lhe foi encomendado, assim se manifestou: “*Tendo o Poder Judiciário julgado inexistente essa relação, a ordem é permanente enquanto não alterado o substractum nem superveniente lei criadora de tal relação jurídica [...]*” (NOGUEIRA, Ruy Barbosa. A coisa julgada em direito tributário. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 14, 1974, p. 22).

Assim é ainda que a decisão tenha sido proferida em sede de mandado de segurança, pois, embora evidentemente tenha natureza mandamental, abrange uma declaração quanto à existência ou inexistência do direito a ser tutelado. Assim, “*se o pedido veiculado em mandado de segurança for julgado improcedente, haverá coisa julgada, porquanto a sentença não se terá limitado a afirmar ser inadequada a via procedimental do mandado de segurança, mas que o próprio direito que se pretende tutelar não existe*” (ALVIM, Arruda. Mandado de segurança preventivo, efeitos (futuros) da sentença e relação tributária continuativa. In: CAMPOS, Marcelo (Coord.). *Direito processual tributário: a dinâmica da interpretação: estudos em homenagem ao professor Dejalma de Campos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 279).

mantêm). Um elemento permanente invocado em uma segunda demanda, em regra, apresenta-se como circunstância velha sob roupagem nova, enquanto que um elemento temporário, porque concernente a situações modificáveis a todo momento, em regra, representa uma circunstância nova.⁶⁴⁶

No primeiro caso não existe nova causa de pedir, e, portanto, trata-se da mesma demanda, estando obstaculizada pela coisa julgada material. Já na segunda hipótese, há nova causa de pedir, que produzirá uma nova demanda e outra coisa julgada, não se podendo cogitar de ofensa à coisa julgada anterior.⁶⁴⁷

A coisa julgada apenas não impedirá o reexame do julgado em face de modificação nos fatos ou na lei. Existe, nas palavras de Arruda Alvim, uma “*ilimitação temporal para o futuro*”,⁶⁴⁸ sempre que estejam em jogo relações continuativas. Somente cessará tal eficácia, como veremos em seguida, diante da hipótese do artigo 471, I, do Código de Processo Civil. Isso porque, como é cediço, “*fato do mesmo gênero, sob a regência da mesma norma, há de produzir o mesmo efeito jurídico*”.⁶⁴⁹

Em face desta constatação, foi editada a Súmula 239 do STF, de acordo com a qual “*decisão que declara indevida cobrança de imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores*”. Esse enunciado é oriundo de julgado datado de 1944 (Embargos no Agravo de Instrumento ou de Petição n.º 11.227), em que se discutia sobre execução fiscal, pretendendo a Fazenda cobrar tributo referente a determinado período.

Decidiu o STF, nesse caso, que “*não alcança os efeitos de coisa julgada, em matéria fiscal, o pronunciamento judicial sobre nulidade do lançamento do imposto ou da sua prescrição referente a um determinado exercício, que não obsta o procedimento fiscal nos exercícios subsequentes*”. Contudo, esclareceu o STF que o mesmo não sucede quando o que se questiona não é o lançamento, mas o imposto em si mesmo considerado, pois, tratando-se de imposto continuativo e de obrigação periódica, a decisão conserva sua eficácia mesmo nos períodos sucessivos, quando a controvérsia tenha abrangido aspectos não suscetíveis de revisão (a existência legal do imposto).⁶⁵⁰

Da leitura do precedente que culminou na edição da Súmula, verifica-se que essa

⁶⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*, cit., p. 145.

⁶⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*, cit., p. 145.

⁶⁴⁸ ALVIM, Arruda, *Mandado de segurança preventivo, efeitos (futuros) da sentença e relação tributária continuativa*, cit., p. 280.

⁶⁴⁹ MACHADO, Hugo de Brito. *Coisa julgada e relação jurídica continuativa tributária*, cit., p. 36.

⁶⁵⁰ Supremo Tribunal Federal. Embargos no Agravo de Instrumento ou de Petição n.º 11.227, Rel. Ministro Castro Nunes, DJ de 10.02.1945.

somente se aplica às hipóteses em que se discute tributo de um determinado exercício. Nesse caso, a decisão, ao declarar indevida a cobrança do tributo, não faz coisa julgada em relação aos exercícios seguintes.

Portanto, ao contrário do que muitas vezes é incorretamente propagado, a origem da Súmula 239 do STF decorre de um julgamento no qual se declarou nulo lançamento tributário referente a determinado período de apuração, não tendo relação com os casos em que há expressa declaração de inexigibilidade de tributo em virtude da declaração de inconstitucionalidade da lei que instituiu a exação.⁶⁵¹ Nessas últimas demandas, a coisa julgada não fica restrita a determinado período ou exercício, projetando-se para o futuro, de forma que não há como a Fazenda pretender renovar a cobrança em exercício posterior.⁶⁵²

Em parecer sobre a matéria, Celso Neves esclareceu que a coisa julgada somente poderia ser objeto de restrição se a lide anterior tivesse tratado estritamente da validade ou invalidade dos lançamentos, em função de elementos próprios desses atos jurídicos, em sua estrutura autônoma, porque concernentes a determinados exercícios fiscais. A Súmula 239, para o autor, deixa claro que só nesses casos é que não há coisa julgada em relação aos exercícios posteriores, ou seja, quando expressamente se refere à cobrança indevida em determinado exercício. Assim, *“circunscrita a lide ao indébito referente a determinado exercício, a coisa julgada não o transcende, por força do próprio princípio da congruência entre o pedido e a decisão”*.⁶⁵³

Verifica-se, então, que, em se tratando de relação tributária continuativa, se a decisão tratou da relação de direito material, isto é, se o contribuinte questionou o tributo em si, a coisa julgada subsiste para exercícios posteriores. Portanto, pode-se sustentar que a decisão que afasta a incidência de determinada relação tributária continuativa não se submete aos limites temporais da Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal, já que não se fundou num elemento temporário da relação, mas reconheceu e declarou a própria inexistência da relação jurídico-tributária.

⁶⁵¹ CHIAVASSA, Tércio. A nociva “relativização” da coisa julgada no direito tributário brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, n. 84, dez. 2005, p. 227.

⁶⁵² Nesse sentido, Marinoni leciona que, se o contribuinte obteve decisão – em ação declaratória, ação mandamental ou mandado de segurança – *“declarando a inexigibilidade de um tributo, não há como a Fazenda pretender cobrar em exercício posterior ou com base em alegação marginal à declaração revestida pela coisa julgada. Nem o contribuinte precisa propor ação para impedir tal cobrança”* (MARINONI, Luiz Guilherme, *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*, cit., p. 150).

⁶⁵³ NEVES, Celso. *Coisa julgada no direito tributário*, cit., p. 242. Nesse mesmo sentido, pode-se citar o Recurso Especial n.º 731.250/PE, no qual se assentou o seguinte: *“a Súmula 239 do STF [...] aplica-se tão somente no plano do direito tributário formal, porque são independentes os lançamentos em cada exercício financeiro. Não se aplica, entretanto, se a decisão tratou da relação de direito material, declarando a inexistência de relação jurídico-tributária”*.

4.3 Efeitos da Declaração de (In)Constitucionalidade nas Relações Continuativas

Passa-se a tratar, neste ponto, especificamente sobre os efeitos da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em face da coisa julgada referente a relações tributárias de natureza continuativa.⁶⁵⁴

Inicialmente, mostra-se fundamental, no estudo dos efeitos da declaração de constitucionalidade proferida pelo STF, examinar se o estado superveniente de desigualdade entre os contribuintes decorre de uma decisão dotada de eficácia geral ou de eficácia particular. Em outras palavras, deve-se atentar se a decisão do STF foi emanada de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, e, nesse último caso, se houve a expedição de resolução do Senado Federal suspendendo a eficácia da lei declarada inconstitucional.

Desde logo, é mister salientar que apenas tendo havido um pronunciamento do Judiciário com eficácia geral é que ele prevalecerá sobre a coisa julgada particular, e, ainda assim, apenas a partir daquele momento, pois não se pode conceber eficácia para os fatos passados.

Conforme sustenta Humberto Ávila, do ponto de vista da proteção do contribuinte, a coisa julgada irá garantir a manutenção dos efeitos da decisão particular, sem que eles possam ser prejudicados pela decisão geral posteriormente proferida pelo Poder Judiciário. E isso porque a segurança jurídica deverá proteger, de um lado, a boa-fé do contribuinte que confiou na eficácia da decisão do Poder Judiciário e, de outro, a irretroatividade da decisão geral, proferida após a solução do conflito particular já atingido pela coisa julgada.⁶⁵⁵

Nessa hipótese, ainda que a manutenção da decisão judicial particular crie uma situação de desigualdade na livre concorrência relativamente a tributos anteriores, porque um contribuinte, em situação equivalente a de outro, pagou mais ou menos do que este, há mais razões para manter a decisão do que para afastá-la, pois “*os princípios do Estado de Direito e da segurança jurídica contrapõem-se mais fortemente ao princípio da igualdade, em seu sentido particular*”.⁶⁵⁶

De fato, o efeito negativo da desigualdade de um contribuinte para fatos já passados

⁶⁵⁴ A esse respeito, destaca-se a afirmação de Remo Caponi: “*La distinzione tra situazioni giuridiche istantanee e durevoli ha un rilievo centrale per la teoria dell’efficacia del giudicato nel tempo, giacché esse, se accertate in giudizio, si comportano diversamente nei confronti della sopravvenienza: le situazioni giuridiche istantanee ricevono una disciplina tendenzialmente integrale ad opera della sentenza; il problema delle situazioni durevoli è invece che esse proseguono ad esistere dopo il momento a cui si riferisce il giudicato*” (CAPONI, Remo. *L’efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 25).

⁶⁵⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*, cit., p. 124.

⁶⁵⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*, cit., p. 124.

seria menor do que o resultado restritivo da insegurança de todos os contribuintes, acaso se admitisse a “relativização” da coisa julgada para os efeitos pretéritos.

Como já salientado anteriormente, o ideal da segurança jurídica seria melhor atendido se se atribuísse efeito à anulação de uma norma geral e regular apenas *pro futuro*, isto é, a partir da anulação.⁶⁵⁷ Com maior razão, então, nada obstante prevalecer, no direito brasileiro, a tese da nulidade do ato inconstitucional, nos casos em que há uma decisão particular transitada em julgado em sentido contrário, não se pode fazer retroagir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, “relativizando a coisa julgada” naquele determinado caso concreto.

Nem se diga, por outro lado, que a sentença fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional torna-se inexistente, como defende boa parte da doutrina adepta da denominada “teoria da relativização”. O simples fato de uma lei utilizada como fundamento de uma sentença ser considerada contrária à Constituição não tem o condão de fazer desaparecer do mundo jurídico a decisão que nela se fundou. Isso porque a sentença, por conter uma norma jurídica concreta que regula uma determinada situação, é dotada de autonomia em relação à norma abstrata que lhe serviu de suporte, de modo que eventuais problemas concernentes a esta última (ainda que se trate de vício de inconstitucionalidade) não afetam sua existência.⁶⁵⁸

Com efeito, a lei inconstitucional existe, mas padece de invalidade desde o início. Existindo, porém, está a lei inserida no sistema, sendo dele retirada apenas quando o Supremo Tribunal Federal desempenhar o controle direto e abstrato ou quando, fazendo-se esse controle pela via incidental, o Senado vier a editar a resolução prevista no artigo 52, X, da Constituição.⁶⁵⁹

Mas na medida em que a norma inconstitucional existia e, além disso, estava revestida da presunção de legitimidade, pode ter conduzido à prática de atos durante o período em que esteve inserida no sistema, dentre os quais muitos deverão ser mantidos. Como refere Eduardo Talamini, “o suporte para tal manutenção não está na norma inconstitucional em si, mas em outras normas (no mais das vezes, normas-princípios): boa-fé, segurança jurídica, irrepetibilidade dos alimentos, vedação ao enriquecimento sem causa, etc”.⁶⁶⁰

A mudança de qualificação normativa, então, ocorre no plano da eficácia e não no plano da validade, de modo que a norma jurídica individual continua válida no tocante aos atos jurídicos praticados sob a sua égide.

⁶⁵⁷ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 145.

⁶⁵⁸ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 384, mar./abr. 2006, p. 230-231.

⁶⁵⁹ TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade, cit., p. 50-51.

⁶⁶⁰ TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade, cit., p. 50-51.

Já do ponto de vista da igualdade geral da tributação, porém, a coisa julgada não deverá prevalecer sobre fatos futuros àqueles versados na ação cuja decisão transitou em julgado. Esse é o posicionamento de boa parte da doutrina,⁶⁶¹ baseado no fato de que a eficácia geral da decisão irá proteger especificamente a igualdade geral da tributação, por meio do afastamento de desigualdades específicas, pela existência de maiores razões para afastar a decisão individual *para o futuro* do que para mantê-la.

A proteção da coisa julgada, portanto, não quer dizer que não ocorram situações em que um estado grave de desigualdade possa surgir no tocante a relações continuativas, na hipótese de uma dada decisão beneficiar ou prejudicar um contribuinte em detrimento de outros. Nesse caso, haverá de se verificar os contornos da coisa julgada em face de uma decisão posterior do Supremo Tribunal Federal, sendo que a validade, conquanto mantida, poderá ter seus efeitos futuros limitados.⁶⁶²

Nesse ponto, contudo, não estamos diante de hipótese de relativização da coisa julgada, como quer boa parte da doutrina que trata sobre o tema. O que acontece, na realidade, é que a declaração de inconstitucionalidade superveniente à coisa julgada haverá de ser considerada como uma circunstância nova, tal como uma nova norma.⁶⁶³

Tal solução decorre, segundo Humberto Ávila, da conjugação de dois fatores.

De um lado, há a compreensão do disposto no artigo 471 do Código de Processo Civil, segundo o qual nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito. Nessa hipótese, poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença.

De outra parte, tal entendimento decorre também da conciliação do princípio da segurança jurídica, por meio da coisa julgada, com o princípio da igualdade, que devem ser harmonizados. Como leciona o autor, essa compatibilização afasta a solução extremada de manutenção dos efeitos futuros da coisa julgada (permanecendo, portanto, o estado de desigualdade criado entre contribuintes) assim como a solução de anular uma decisão passada em julgado (na qual confiou a parte por ela beneficiada).⁶⁶⁴

Assim, a manutenção da validade da coisa julgada, mediante a mera limitação dos

⁶⁶¹ Por todos, cf. PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005.

⁶⁶² ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização do direito tributário*, cit., p. 353.

⁶⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*, cit., p. 154 e ss.

⁶⁶⁴ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização do direito tributário*, cit., p. 353-354.

efeitos para o futuro, preserva os dois valores, sem comprometer a estabilidade da decisão judicial.

A norma do artigo 471, I, do Código de Processo Civil, com efeito, não constitui exceção à coisa julgada, tampouco versa sobre “coisa julgada submetida à cláusula *rebus sic stantibus*”. Isso porque a parte poderá pleitear nova sentença precisamente porque houve alteração no estado de fato ou de direito, que veio a estabelecer uma nova causa de pedir, diversa daquela sobre a qual havia se formado a coisa julgada. A peculiaridade, pois, não reside na coisa julgada,⁶⁶⁵ mas sim na relação jurídica continuativa que, em vista de seu caráter dinâmico e sua duração prolongada no tempo, dá ensejo à formação de nova causa de pedir.⁶⁶⁶

Não se trataria, portanto, de fazer a declaração de inconstitucionalidade retroagir sobre a coisa julgada, mas de obter um efeito jurídico posterior à formação da coisa julgada. A coisa julgada anteriormente formada, com base na realidade fática e jurídica interpretada pelo juiz, permanece válida e intacta. O que ocorre, então, é uma limitação de sua eficácia no tempo, porquanto não deverá prevalecer para fatos futuros, em face da circunstância superveniente, decorrente da declaração de inconstitucionalidade da norma que institui o tributo.⁶⁶⁷

Já quando há uma declaração de constitucionalidade em controle concentrado, não se pode dizer que haja uma inovação no ordenamento, pois, na verdade, o pronunciamento do STF

⁶⁶⁵ Como salienta Pontes de Miranda, “é preciso não se confundir com a falta de coisa julgada formal a modificabilidade do que foi decidido, se proposta ação de modificação. A ação de modificação supõe que a sentença mesma, que formalmente transitou em julgado, pode ser alterada no que dispusera para o futuro: a eficácia no futuro é que está sujeita, devido à natureza da sentença, a mudança, se o juízo a reconhecer” (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V, cit., p. 81).

⁶⁶⁶ O exemplo fornecido por Talamini é bastante esclarecedor: “se a sentença, reconhecendo a relação de filiação, condena o réu ao pagamento de alimentos, será possível uma posterior ação para a revisão da condenação em alimentos (para aumentá-la, diminuí-la ou extingui-la), em vista de fatos ou normas jurídicas supervenientes; todavia, o art. 471, I, não dá amparo a uma pura e simples nova ação em que se pretenda reexaminar a existência da relação de filiação. Para isso, em princípio, o caminho é o da ação rescisória” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada no tempo (os “limites temporais” da coisa julgada)*, cit., p. 20-21).

⁶⁶⁷ Nesse mesmo sentido, é a posição de Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo, os quais, em muito bem fundamentado parecer a respeito da contribuição social sobre o lucro líquido, defendem que se deve considerar a decisão do STF a respeito da constitucionalidade como direito novo. “Trata-se de alteração no contexto fático-jurídico à luz do qual o acórdão foi proferido, e que impõe a revisão de seus efeitos quanto a fatos posteriores que ocorrem no âmbito das relações continuativas” (MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Coisa julgada. Decisão superveniente do STF. Relação continuativa tributária. Questões de procedimento administrativo. Multa desproporcional e irrazoável. Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 123, dez. 2005, p. 95-121).

Em sentido contrário, Helenilson Cunha Pontes defende que, no caso de declaração, em sede de controle concentrado, da inconstitucionalidade de norma tributária considerada constitucional num caso concreto com decisão transitada em julgado, a existência da coisa julgada apenas “impede a retroatividade da decisão do Supremo Tribunal Federal quando tal efeito for deletério à esfera jurídica individual, como ocorre na hipótese, já retratada neste trabalho, de declaração de inconstitucionalidade de lei tributária mais benéfica ao contribuinte. No entanto, a irretroatividade que beneficiar o indivíduo deve ser reconhecida inclusive para atingir a coisa julgada individual, cujo núcleo seja a constitucionalidade de uma norma posteriormente pronunciada como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em decisão dotada de efeitos *ex tunc*” (PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*, cit., p. 176).

apenas afirma a validade de norma já existente. Os planos da validade e da eficácia da norma, com efeito, permanecem os mesmos.⁶⁶⁸

Por outro lado, há que se ter em conta que a declaração de constitucionalidade de uma norma, por produzir efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, produz, obviamente, um efeito jurídico relevante. Cabe indagar, então, se esse efeito jurídico projeta-se sobre as relações continuativas, de modo que poderia ser compreendida também como uma circunstância superveniente, operando para o futuro.

Entende-se que sim. Em primeiro lugar, deve-se atentar para a supremacia da Constituição,⁶⁶⁹ de modo que as decisões do Supremo Tribunal Federal devem aplicar-se a todos, garantindo-se a sua máxima efetividade.

É de se aplicar tal solução, sobretudo considerando-se que, em se tratando de relação continuativa, não se está diante de hipótese de ofensa à coisa julgada, que continua plenamente em vigor para o passado.

Além disso, nesses casos, a permanência ilimitada da desigualdade afetaria, obviamente, a igualdade de tributação, criando vantagens ou desvantagens excessivas em favor ou contra parte dos contribuintes, relativamente à maioria deles.

Há autores que sustentam que, ainda que haja uma suposta desigualdade, não se trata de desigualdade jurídica, mas meramente econômica, e, portanto, legítima. Não haveria, portanto, qualquer afronta ao princípio da livre concorrência, visto que seria o resultado de maior eficiência de uma empresa em face da outra, que teria obtido, por seu próprio mérito, melhor resultado ao buscar o Judiciário.⁶⁷⁰

Contudo o direito à segurança jurídica, estampado, no caso, na proteção à coisa julgada, conquanto possua especial tratamento em nosso ordenamento e atue como regra na maioria dos casos, é, como todo direito fundamental, relativo. E, por essa razão, tal direito, quando colocado em situação de excepcional gravidade, encontra limite em outros direitos fundamentais, com os quais deve ser ponderado e conciliado. Nesse sentido, o prestígio à coisa julgada mesmo em relação a fatos futuros, em uma relação jurídica continuativa, geraria uma situação de profunda e

⁶⁶⁸ Helenilson Cunha Pontes aduz, ainda, que “*as normas jurídicas não necessitam de decisões judiciais para firmarem-se como válidas perante, em última instância, o que estabelece a Constituição; a compatibilidade das normas com a Constituição é um pressuposto da própria existência delas, como comandos componentes do repertório que é o ordenamento*” (PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*, cit., p. 157).

⁶⁶⁹ Tal noção, refere Cunha Pontes, “*é o alicerce do Estado Democrático de Direito, garantia e condição para o exercício das liberdades individuais e fórmula de vedação do arbítrio do poder estatal*” (PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*, cit., p. 156).

⁶⁷⁰ CHIAVASSA, Tércio. A nociva “relativização” da coisa julgada no direito tributário brasileiro, cit., p. 226.

permanente desigualdade entre os contribuintes.⁶⁷¹

A bem da verdade, o argumento de que a desigualdade seria somente econômica e decorrente do próprio mérito do contribuinte encerra uma contradição, pois, ao buscar um fundamento para proteção da coisa julgada como um elemento da segurança jurídica, acaba admitindo que a decisão transitada em julgado pode ter nascido da astúcia do advogado do contribuinte, ou de uma justiça lotérica, situações que, obviamente, de nada servem à segurança jurídica almejada pela Constituição. Deve-se atentar, portanto, à eventual desigualdade criada pela declaração de constitucionalidade.

Em razão da declaração de constitucionalidade, não se pode rescindir a sentença que declarou a inconstitucionalidade de um tributo, bem como não se pode pretender cobrar os valores que o contribuinte deixou de pagar com base na sentença transitada em julgado. Isso equivaleria a dar efeito retroativo à declaração de constitucionalidade, violando-se, assim, os princípios da segurança e da proteção à confiança.⁶⁷²

Entretanto, sem ofensa à coisa julgada, pode-se limitar a sua eficácia no tempo, em face da declaração superveniente de constitucionalidade da lei. Ademais, mantendo-se intacta a situação que se formou até a declaração de constitucionalidade, resta preservado o princípio da proteção à confiança.

Para que isso ocorra, contudo, deverá o exame da constitucionalidade ter-se dado com eficácia geral. Se a decisão for de caráter particular, tal como o controle difuso realizado pelo STF, com eficácia apenas entre as partes que compõem a demanda, somente uma atuação positiva do Poder Público poderá alterar uma eventual desigualdade criada pela coisa julgada de decisão anterior. Tal atuação pode se dar por meio da suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional pelo STF, ou pela edição de nova lei que substitua aquela declarada inconstitucional.

Em conclusão, pode-se afirmar que não é possível que o contribuinte ou o Poder Público afastem decisões transitadas em julgado quanto aos seus efeitos passados. O que podem fazer, relativamente ao futuro, é afastar efeitos supervenientes excessivos e irrazoáveis, não implicando tal conclusão relativização da coisa julgada, mas apenas limitação da sua eficácia para o futuro, em razão da alteração das circunstâncias de direito, conforme previsto no artigo 471, I, do CPC, para o caso de relações continuativas.

⁶⁷¹ MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Coisa julgada. Decisão superveniente do STF. Relação continuativa tributária. Questões de procedimento administrativo. Multa desproporcional e irrazoável, cit., p. 104-105.

⁶⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*, cit., p. 158.

Assim, se a decisão disser respeito a uma relação pontual, cujo fato gerador for classificado como espontâneo, não há falar em alterações dos efeitos futuros de decisão passada em julgado. Diferentemente, se a decisão for pertinente a uma relação jurídica continuativa, abrangendo tributos classificados como periódicos, os efeitos futuros da decisão serão limitados no tempo pela interferência da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que será enquadrada como uma espécie de modificação no estado de direito.

Esse é, com efeito, o entendimento subjacente à Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal.⁶⁷³

⁶⁷³ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização do direito tributário*, cit., p. 353.

PARTE V: EXAME CRÍTICO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES QUANTO AO SENTIDO E AO ALCANCE DOS DISPOSITIVOS

Estabelecidos, no capítulo anterior, os contornos e limites impostos pelo ordenamento à aplicação dos dispositivos, cabe-nos agora examinar a orientação que vem sendo adotada, quanto à questão, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, fazendo uma leitura crítica da jurisprudência dessas Cortes.

5.1 A Jurisprudência do STF e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.418-3

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, deve-se registrar, de início, que pende de julgamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.418-3/DF, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, na qual se sustenta a inconstitucionalidade do artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

A referida ADI não trata do artigo 475-L, § 1º, porque foi ajuizada quando ainda encontrava-se vigente a Medida Provisória n.º 2.180-35/2001, ou seja, antes da edição da Lei n.º 11.232. Por essa razão, o primeiro argumento sustentado na peça inicial da ADI diz respeito à inconstitucionalidade formal da norma, em razão de ter sido essa introduzida via medida provisória, sem que fosse o caso dotado de urgência e relevância que justificassem o uso de tal expediente. No tocante ao mérito, a ADI sustenta a inconstitucionalidade da norma por violação ao princípio da coisa julgada.⁶⁷⁴

Posteriormente à edição da Lei n.º 11.232, o Conselho Federal da OAB ajuizou nova ADI, autuada sob o n.º 3.740/DF, desta vez tratando da norma constante nos dois dispositivos, 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil.⁶⁷⁵

Embora as referidas ADIs ainda aguardem julgamento pelo STF, em sede de controle difuso, já houve o reconhecimento da existência de repercussão geral pela Corte, em feito relacionado à matéria ora em discussão. Tal reconhecimento deu-se nos autos do Recurso

⁶⁷⁴ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.418-3/DF, Rel. Ministro Cezar Peluso. Aguarda julgamento. Frise-se que o parecer do Procurador-Geral da República foi pela procedência da ação no tocante à norma do artigo 10 da Medida Provisória, que trata do artigo 741, parágrafo único, do CPC.

⁶⁷⁵ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.740-4/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes. Aguarda julgamento. Nessa ADI, o Procurador-Geral da República opinou pela parcial procedência, para que seja dada interpretação conforme à Constituição ao artigo 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC, autorizando-se os instrumentos processuais de contrariedade à coisa julgada apenas nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade decorrente de controle abstrato de constitucionalidade das leis.

Extraordinário n.º 586.068-0/PR, relatado pela Ministra Ellen Gracie Nothfleet, cujo objeto diz respeito à possibilidade de aplicação do artigo 741, parágrafo único, aos feitos em trâmite perante os Juizados Especiais Federais, o que foi considerado pelos Ministros como questão de relevância do ponto de vista econômico, político, social e jurídico.⁶⁷⁶ Não obstante o reconhecimento da repercussão geral tenha se dado em agosto de 2008, o feito ainda aguarda julgamento pelo Tribunal.

Ainda em sede de controle difuso, todavia, existe pronunciamento do Supremo Tribunal a respeito do artigo 741, parágrafo único, nos autos do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 553.669-1/SP, julgado pela 2ª Turma.⁶⁷⁷ Trata-se, nesse caso, de execução contra a Fazenda Pública para a cobrança de reajuste concedido a servidores públicos que recebiam antecipadamente seus vencimentos. Sobre a matéria de mérito, o STF já havia firmado entendimento – por meio de decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, no julgamento da ADI n.º 2.323/2001 – de que tal reajuste não se aplicava à remuneração dos agentes públicos, em razão de uma errônea conversão dos seus estípidios em URV.

Por essa razão, os Ministros que participaram do julgamento (Eros Grau, Celso de Mello e Gilmar Mendes) entenderam, de forma unânime, que a decisão de mérito proferida em ação direta de inconstitucionalidade tem efeito vinculante e *erga omnes*. Em decorrência desse julgamento na ADI, restou assentado que ao juízo da execução cumpriria, no ponto, considerar inexigível o título judicial, nos termos do artigo 741, parágrafo único.

Mais recentemente, contudo, em meados de 2010, em julgamento monocrático proferido nos autos do Recurso Extraordinário n.º 594.350/RS, o Ministro Celso de Mello parece ter modificado seu entendimento quanto à matéria.⁶⁷⁸

Com efeito, restou consignado pelo Ministro na ocasião que a sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei. Como registrou Celso de Mello em sua decisão, a partir do exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, mesmo que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que tenha sido, posteriormente, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal

⁶⁷⁶ STF, Recurso Extraordinário n.º 586.068-0/PR, Rel. Ministra Ellen Gracie Nothfleet. Aguarda julgamento.

⁶⁷⁷ STF, Primeira Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 553.669-1/SP, Rel. Ministro Eros Grau, DJ de 12.05.2006.

⁶⁷⁸ STF, Recurso Extraordinário n.º 594.350/RS, Rel. Ministro Celso de Mello, DJE de 11.06.2010.

Federal, seja em sede de controle abstrato, seja no âmbito de fiscalização concreta.

Considerou o Ministro, ainda, acertadamente a nosso ver, que a decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apoie o título judicial, ainda que dotado de eficácia *ex tunc*, como sucede, normalmente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização abstrata, “*detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, ‘in abstracto’, da Suprema Corte*”.

Celso de Mello, em suas razões, rememorou o alto significado de que se reveste, em nosso sistema jurídico, o instituto da *res iudicata*, que, em sua opinião, constitui atributo específico da jurisdição.

A decisão ora em comento ainda afastou, expressamente, a tese da relativização da autoridade da coisa julgada, sustentando que “*essa postulação, se admitida, antagonizar-se-ia com a proteção jurídica que a ordem constitucional dispensa, em caráter tutelar, à ‘res judicata’*”. A pretendida “relativização” da coisa julgada, como bem pontuou o Ministro, “*provocaria conseqüências altamente lesivas à estabilidade das relações intersubjetivas, à exigência de certeza e de segurança jurídicas e à preservação do equilíbrio social*”.

Por fim, Celso de Mello fez referência à própria jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, aduzindo que a mesma vem proclamando, já há quatro décadas, “*em tom de grave advertência, que sentenças transitadas em julgado, ainda que inconstitucionais, somente poderão ser invalidadas mediante utilização de meio instrumental adequado, que é, no domínio processual civil, a ação rescisória*”.

Concluiu, então, que “*não se revela processualmente ortodoxo nem juridicamente adequado, muito menos constitucionalmente lícito*” pretender-se o reconhecimento da inexigibilidade de título judicial, sob o argumento de que o mesmo fundamentou-se em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Contra a decisão monocrática de lavra do Ministro Celso de Mello, pende julgamento de agravo regimental manejado pela União.

Assim, do exame das decisões acima referidas, impõe-se a conclusão de que a questão ainda se encontra aberta perante o Supremo Tribunal Federal, cuja resposta, tão aguardada pela sociedade, espera-se que seja no sentido da proteção à segurança dos jurisdicionados, a ser adotada por ocasião do exame e julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade referidas no início deste capítulo.

5.2 O Entendimento Predominante no Âmbito do STJ

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, ao contrário, a discussão quanto ao sentido e ao alcance dos dispositivos já foi travada em diversos precedentes, parecendo predominar na jurisprudência daquele Tribunal o entendimento esposado pelo Ministro Teori Albino Zavascki.

Quanto a tal orientação, dois aspectos merecem ser destacados: o primeiro é o entendimento de que a regra não tem aplicação universal sobre todas as sentenças inconstitucionais, restringindo-se às fundadas num vício específico de inconstitucionalidade; o segundo aspecto é que esse vício de inconstitucionalidade deve ter sido reconhecido em precedente do STF.⁶⁷⁹

Como defende Teori Zavascki, a norma dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, não tem a força nem a pretensão de solucionar todos os possíveis conflitos entre os “princípios” da supremacia da Constituição e da coisa julgada. Isso porque a sentença pode ofender a Constituição em variadas situações, que vão além daquelas que resultam do controle de constitucionalidade de norma. Ou seja, a sentença é inconstitucional não apenas quando aplica uma norma inconstitucional, mas também quando deixa de aplicar uma norma declarada constitucional, ou aplica um dispositivo da Constituição considerado não auto-aplicável ou quando deixa de aplicar dispositivo auto-aplicável, e assim por diante.⁶⁸⁰

Já nesse ponto, entendemos criticável o pressuposto eleito por Zavascki para sustentar o cabimento da norma dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único. Com efeito, alude o Ministro à existência de conflito entre o “princípio” da supremacia da Constituição e o “princípio” da coisa julgada, justificando, a partir daí, a prevalência do primeiro deles nos casos enquadrados pela norma.

Não nos parece possível, todavia, a ponderação nos termos propostos na decisão de lavra do Ministro. Isso porque, em primeiro lugar, é evidente que a noção de supremacia da Constituição encontra-se em grau mais elevado, sendo, aliás, um pressuposto de validade das demais normas constitucionais. Por isso, se houvesse, de fato, uma colisão entre a supremacia da Constituição e a garantia da coisa julgada, não haveria sequer condições de se cogitar de ponderação entre elas, já que não se encontram na mesma hierarquia.

⁶⁷⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC, cit., p. 82.

⁶⁸⁰ STJ, Primeira Turma, Recurso Especial n.º 720.953/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 22.08.2005.

Na realidade, não se pode sequer considerar a supremacia da Constituição como um princípio, já que não é correto dizer que essa possa ser aplicada em graus ou que deva ceder em face de eventual ponderação com outro princípio. Ela é, portanto, norma estrutural do sistema constitucional e, se assim não fosse, haveria uma ruptura de todo o sistema, situação não tolerada pela lógica do Estado Democrático de Direito.⁶⁸¹

Ademais, como defendemos anteriormente, a coisa julgada, da forma como se encontra positivada em nossa Constituição, deve ser tratada como regra, pois enquadra uma solução provisória de conflito entre princípios. No caso, encontram-se em conflito os princípios da igualdade e da segurança jurídica, sendo que a coisa julgada privilegia este último, evitando que a controvérsia entre os valores morais ressurgja no momento de sua aplicação.

Assim, conquanto não se sustente, obviamente, o seu caráter absoluto, é defendendo a coisa julgada que restará protegida a supremacia da Constituição,⁶⁸² sendo inviável falar-se em conflito entre elas.

O Ministro Teori Zavascki prossegue afirmando que a solução oferecida pela norma restringe-se, conforme exposto nos dispositivos, a três hipóteses: (a) a aplicação de lei inconstitucional; (b) a aplicação de lei a uma situação considerada inconstitucional; e (c) a aplicação da lei com um sentido ou uma interpretação tida por inconstitucional.⁶⁸³

O elemento comum entre as três hipóteses, como refere o Ministro, é o da inconstitucionalidade da norma aplicada pela sentença. O que as diferencia é apenas a técnica utilizada para o reconhecimento dessa inconstitucionalidade. No primeiro caso (aplicação de lei ou ato normativo declarados inconstitucionais), supõe-se a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto. No segundo caso (aplicação da lei ou ato normativo em situação tida por inconstitucional), supõe-se a técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. E na terceira hipótese (aplicação de lei ou ato normativo com um sentido inconstitucional), supõe-se a técnica da interpretação conforme à Constituição.⁶⁸⁴

A redução de texto é o efeito mais natural e comum da declaração de

⁶⁸¹ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*, cit., p. 66.

⁶⁸² NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*, cit., p. 65.

⁶⁸³ STJ, Primeira Turma, Recurso Especial nº 720.953/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 22.08.2005. Cf., ainda, ZAVASCKI, Teori Albino. *Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC*, cit., p. 83.

⁶⁸⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC*, cit., p. 83.

inconstitucionalidade: se o preceito é nulo, nada mais natural que seja retirado do ordenamento jurídico, o que leva à conseqüente redução do direito positivo.

Há situações, contudo, em que a pura e simples redução de texto não se mostra adequada ao princípio da preservação da Constituição e de sua força normativa. A técnica da declaração da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, conforme ensina Lúcio Bittencourt, é utilizada justamente em situações dessa natureza, em que a norma é válida (constitucional) quando aplicada a determinadas situações, mas inválida (inconstitucional) quando aplicada a outras.⁶⁸⁵ O controle de constitucionalidade, nesse caso, deverá se dar sem a eliminação do texto, a fim de que fique preservada a aplicação da norma às situações tidas por constitucionais.

Da mesma forma deve-se dar o emprego da técnica da interpretação conforme à Constituição, que, segundo Gilmar Mendes, consiste em declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição.⁶⁸⁶

Também aqui ocorre, em maior ou menor medida, uma declaração de inconstitucionalidade: ao afirmar que a norma somente é constitucional quando interpretada em determinado sentido, o que se diz, na verdade, é que a norma é inconstitucional quando interpretada em sentido diverso. Nesses casos, aliás, o STF julga parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, pois não declara a completa inconstitucionalidade, nem a completa constitucionalidade.⁶⁸⁷

As três hipóteses compreendidas nos artigos 475-L e 741, portanto, supõem a aplicação de norma inconstitucional: ou na sua integralidade, ou para a situação em que foi aplicada, ou com o sentido adotado em sua aplicação.⁶⁸⁸

⁶⁸⁵ Assim manifesta-se o autor: “*Ainda no que tange à constitucionalidade parcial, vale considerar a situação paralela em que uma lei pode ser válida em relação a certo número de casos ou pessoas e inválida em relação a outros. É a hipótese, verbi gratia, de certos diplomas redigidos em linguagem ampla e que se consideram inaplicáveis a fatos pretéritos, embora perfeitamente válidos em relação às situações futuras. Da mesma forma, a lei estabelece, entre nós, sem qualquer distinção, a obrigatoriedade do pagamento do imposto de renda, incluindo na incidência deste os proventos de qualquer natureza, seria inconstitucional no que tange à remuneração dos jornalistas e professores*” (BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 128).

⁶⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1303.

⁶⁸⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC, cit., p. 83.

⁶⁸⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC, cit., p. 83. O mesmo entendimento encontra-se no Agravo Regimental no Agravo 948.812/SC, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, onde restou assentado que “*o art. 741, parágrafo único, do CPC não se aplica aos casos de sentenças que tenham contrariado o entendimento firmado pelo Pretório Excelso no julgamento do RE 226.855-7, sob o fundamento de que o STF, no referido precedente, não declarou a inconstitucionalidade de qualquer norma, tendo resolvido tão-somente questão de direito intertemporal*” (STJ, Segunda Turma, Agravo Regimental no Agravo n.º 948.812/SC, Rel. Ministro Mauro

Outro aspecto importante presente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é que o parâmetro escolhido para avaliar a inconstitucionalidade da sentença é um pronunciamento obrigatoriamente oriundo do Supremo Tribunal Federal. Teori Zavascki sustenta que a mediação entre os “princípios” da coisa julgada e da supremacia da Constituição é realizada por um terceiro princípio, que é o “princípio” da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal. Além de inconstitucional, portanto, para que seja cabível a impugnação prevista nos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, é necessário que a sentença seja contrária a precedente da Suprema Corte.⁶⁸⁹

Conquanto nosso entendimento seja pela impossibilidade de uma ponderação entre a supremacia da Constituição e a garantia da coisa julgada, tal como sugerido pelo Ministro, não se discorda quanto ao pressuposto de cabimento da norma, consubstanciado na existência de pronunciamento do STF sobre a questão constitucional.

A existência de precedente do STF, de fato, representa um diferencial indispensável, já que é este o tribunal competente para apreciar, com eficácia geral, a possível inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Há, contudo, quem discorde de tal orientação. Humberto Theodoro Júnior, por exemplo, sustenta que não se pode limitar o cabimento da medida às hipóteses em que haja decisão do STF nesse sentido, pois muitas vezes cometem-se ofensas à Constituição sem que a matéria pertinente chegue a ser examinada pelo Supremo Tribunal Federal.

Entende o autor, em sua defesa da ampla relativização da coisa julgada, que a inconstitucionalidade não é fruto da declaração direta em ação constitutiva especial. Tal situação, de fato, decorreria da simples desconformidade do ato estatal (sentença) com a Constituição Federal. O Supremo Tribunal apenas, eventualmente, reconhece a inconstitucionalidade abstratamente e com efeito *erga omnes*. Sem essa declaração, contudo, na opinião do autor, “*a invalidade do ato já existe e impõe-se o reconhecimento do judiciário a qualquer tempo e em qualquer processo onde se pretenda extrair-lhe os efeitos incompatíveis com a CF*”.⁶⁹⁰

Destarte, para Humberto Theodoro Júnior, nos autos dos embargos à execução, o

Campbell Marques, DJ de 13.05.2009).

⁶⁸⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC, cit., p. 85.

⁶⁹⁰ Mantendo-se a restrição proposta nos dispositivos, segundo o autor, a coisa julgada, quando não for manejável a ação direta, estará posta em plano superior ao da própria Constituição, de sorte que “*a sentença dispendo contra o preceito magno afastará a soberania da Constituição e submeterá o litigante a um ato de autoridade cujo respaldo único é a res iudicata, mesmo que em desacordo com o preceito constitucional pertinente*” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único), cit., p. 25-26).

juiz, mesmo sem prévio pronunciamento do STF, estaria credenciado a recusar execução à sentença que contrariasse preceito constitucional, ainda que o trânsito em julgado já se tenha verificado. Por esse motivo, o autor critica a redação do artigo, que, na sua opinião, não deveria referir a jurisprudência do STF como parâmetro.⁶⁹¹

Obviamente, não se pode concordar com tal orientação, merecendo crédito o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o ponto.

Contudo, no âmbito do STJ, prepondera o entendimento segundo o qual, para os fins previstos nos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, pouco importa em que época foi editado o precedente do Supremo Tribunal, se antes ou depois do trânsito em julgado da sentença objeto de execução.

Há de se reconhecer que a lei é omissa nesse ponto, não fazendo qualquer distinção entre as sentenças que aplicaram norma já declarada inconstitucional e as sentenças que, depois de transitadas em julgado, tiveram a norma que lhes serviu de fundamento considerada em confronto com a Constituição.

Nada obstante essa omissão, é patente que a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade fere a garantia da coisa julgada, uma vez que a matéria constitucional encontra-se coberta pela sua eficácia preclusiva, já que todo juiz, no sistema brasileiro, possui o poder-dever de se manifestar sobre a questão constitucional, nos termos expostos na segunda parte deste trabalho.

Por essa razão, a aplicação indiscriminada da regra, sem a ressalva dos casos julgados anteriormente à declaração de inconstitucionalidade pelo STF, tal como vem sendo praticada pelo Superior Tribunal de Justiça, importa inconstitucionalidade material dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC.

Outro ponto manifestado na jurisprudência do STJ, e que merece crítica, diz respeito à possibilidade de ser utilizado, na aplicação da norma, precedente que tenha sido tomado em controle difuso de constitucionalidade, sem que o Senado Federal tenha expedido a competente resolução suspendendo a execução da norma. Também essa distinção, segundo Zavascki, não está presente no texto normativo, mesmo porque sequer seria cabível cogitar-se de resolução do Senado nos casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e na que decorre de interpretação conforme à Constituição.⁶⁹²

⁶⁹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único), cit., p. 26.

⁶⁹² ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC, cit., p. 88.

A verdade, contudo, é que não se pode admitir que uma declaração de inconstitucionalidade emitida pelo STF em sede de controle difuso, com eficácia *inter partes*, venha a repercutir sobre as coisas julgadas anteriormente estabelecidas. Também não se pode cogitar da alegada mutação constitucional quanto à expressa regra de competência prevista na Carta Magna.

Tampouco se pode argumentar que a exigência de resolução do Senado seria incompatível com a intenção do legislador de valorizar a autoridade dos precedentes do Supremo, pois, como visto anteriormente, tal iniciativa visa tão somente à celeridade dos pronunciamentos nas instâncias ordinárias, não sendo dispensável, para aplicação da norma em comento, a atuação do Senado.⁶⁹³

Por fim, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a norma processual em comento, conquanto tenha aplicação imediata, alcançando os processos em curso, não pode ser aplicada retroativamente. Em respeito à proteção da coisa julgada, portanto, entende o STJ que não se pode admitir a inexecutibilidade dos títulos cujo trânsito em julgado seja anterior à Medida Provisória n.º 2.180 de 24.08.2001.⁶⁹⁴

Ainda no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, merece destaque o Recurso Especial n.º 233.662, de relatoria do Ministro José Delgado,⁶⁹⁵ no qual se discutia o direito do contribuinte em obter certidão negativa de tributo, sob a alegação de que estava protegido por decisão transitada em julgado, na qual havia sido declarada indevida a cobrança da contribuição social instituída pela Lei n.º 7.689/1988.

Ocorre, todavia, que, no caso, após o trânsito em julgado da decisão, houve pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a constitucionalidade da lei, com exceção do seu artigo 8º.

A questão que se colocou, então, era saber se o trânsito em julgado da decisão exonerava a empresa de recolher a contribuição em qualquer exercício, mesmo após a declaração de constitucionalidade da lei.

Ocorre, todavia, que os argumentos usados pelo Ministro Relator são aqueles segundo os quais os valores da certeza do Direito e da segurança jurídica são inferiores ao princípio da igualdade, moralidade, legalidade e dos direitos da cidadania, tendo sido no caso, de fato,

⁶⁹³ ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional, cit., p. 25.

⁶⁹⁴ Nesse sentido, cf. os seguintes precedentes: STJ, Quinta Turma, Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.004.701/PE, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ de 08.06.2009; STJ, Segunda Turma, Recurso Especial n.º 934.649/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ de 25.05.2009; e STJ, Primeira Turma, Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.031.092/AL, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ de 31.08.2009.

⁶⁹⁵ STJ, Primeira Turma, Recurso Especial n.º 233.662, Rel. Min. José Delgado, DJ de 08.03.2000.

relativizada a coisa julgada, uma vez que a decisão superveniente que declarou a constitucionalidade da lei não possuía eficácia *erga omnes*, pois proferida em sede de controle difuso.

Nesse sentido, merece crítica a decisão, pois não se pode admitir o cabimento da desconsideração da coisa julgada, uma vez que, tendo sido a declaração de constitucionalidade da lei proferida em processo com eficácia apenas entre as partes, não se pode cogitar de vinculação da decisão sobre os demais órgãos do Judiciário.

Note-se, ainda, que na decisão se recorreu ao argumento de ofensa à livre concorrência. Não se pode ver tal situação, contudo, isoladamente, como motivo para a alegação da necessidade de “relativização” da coisa julgada, porquanto é possível alcançar um resultado prático equivalente, e que mitiga a ofensa a tal princípio, tratando-se a decisão do STF como uma circunstância nova, a proporcionar a revisão do caso para o futuro, nos termos do artigo 471, I, do CPC.

O que é certo, porém, é que, em se tratando de relação tributária continuativa, se a decisão tratou da relação de direito material, isto é, se o contribuinte questionou o tributo em si mesmo, a coisa julgada subsiste para exercícios posteriores.

Por outro lado, deve-se considerar que o simples conflito da coisa julgada com o valor justiça ou com o princípio da livre concorrência não constitui razão, isoladamente considerada, para relativização da coisa julgada, salvo quando se estiver diante de situação absolutamente irrazoável.

Contudo, no caso de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade proferida supervenientemente, poderão ser revistas, para o futuro, as relações tributárias de natureza continuativa, desde que a decisão do STF seja dotada de eficácia geral, seja por ter sido proferida em sede de controle concentrado, seja em razão da emissão de resolução pelo Congresso suspendendo a eficácia do ato reputado inconstitucional.

Importante salientar, por fim, que em nenhuma hipótese pode-se admitir a tão propugnada relativização da coisa julgada no tocante aos fatos anteriores à declaração de (in)constitucionalidade, podendo-se tão somente limitar a sua eficácia no tempo, relativamente às relações futuras.

PARTE VI: TRATAMENTO DA QUESTÃO NO ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Como é sabido, tramita no Congresso Nacional Projeto de Lei destinado à reforma do Código de Processo Civil brasileiro. Faz-se necessário, portanto, verificar em que medida o tema explorado no presente estudo poderá sofrer alguma alteração, em face das possíveis inovações que serão implementadas no sistema processual.

O Anteprojeto que serviu de base à discussão em andamento no Congresso, concluído em meados de 2010, foi elaborado por uma Comissão de Juristas, capitaneada pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, tendo como membros, ainda, Teresa Arruda Alvim Wambier (como relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque Almeida, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Elpídio Donizetti Nunes.

O texto apresentado pela Comissão tramitou, inicialmente, perante o Senado Federal, tendo sido objeto de inúmeras alterações e dando origem ao Projeto de Lei Substituto n.º 166/2010. O novo texto já foi encaminhado à Câmara dos Deputados e, atualmente, encontra-se em trâmite junto àquela casa legislativa (Projeto de Lei n.º 8.046/2010), onde já recebeu 900 proposições de emenda.

6.1 A Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil

Da leitura da Exposição de Motivos que acompanhou o Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas, resta evidente a preocupação por ela manifestada com relação a inúmeras das questões sobre as quais nos ocupamos nos capítulos anteriores. Nesse sentido, observa-se, em diversas passagens do texto, a intenção, ao menos retórica, de instituir mecanismos que reforcem a segurança jurídica do jurisdicionado.

Em primeiro lugar, a Comissão demonstra, logo no início da Exposição de Motivos, a sua preocupação com a função paradigmática a ser exercida pelos tribunais superiores, de maneira que venham a, efetivamente, moldar o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. Assim, asseveram os juristas, por exemplo, que “*a jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do*

país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia".⁶⁹⁶

Para tanto, entendeu a Comissão ser necessário que os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário mantenham jurisprudência razoavelmente estável, pois *"a segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito"*.⁶⁹⁷

Encampou-se, por isso, expressamente, o princípio de que, firmada jurisprudência em certo sentido, essa deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, como afirmou a Comissão, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável.

Por essa razão, o Anteprojeto prevê que *"a mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas"*.⁶⁹⁸

Também se previu, no interesse da segurança jurídica, a possibilidade de modulação dos efeitos em decisões que alterem jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e demais tribunais superiores.⁶⁹⁹

Esse princípio, como restou reconhecido pela Comissão, tem relevantes consequências práticas, visto que provocará a não-rescindibilidade de sentenças transitadas em julgado, que estejam baseadas na orientação abandonada pelo Tribunal.

Também em nome da segurança jurídica, manifesta a Comissão ter sugerido a redução para um ano, como regra geral, do prazo decadencial dentro do qual pode ser proposta a ação rescisória.

A Comissão ainda invocou ensinamentos de Canotilho para afirmar que o Anteprojeto foi construído com respeito à ideia de que o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida, motivo pelo qual entendem que as alterações mais expressivas do sistema processual estão ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sobretudo com as regras que dizem respeito à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência.

Como salienta a Exposição de Motivos do Anteprojeto, *"o novo Código prestigia o*

⁶⁹⁶ Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal n.º 379, de 2009.

⁶⁹⁷ Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal n.º 379, de 2009.

⁶⁹⁸ Artigo 882, § 1º, do Substitutivo.

⁶⁹⁹ Artigo 882, V, do Substitutivo.

princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas".⁷⁰⁰ Daí a Comissão concluir que todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, "*tornando 'segura' a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de 'surpresas', podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta*".⁷⁰¹

Esse é o espírito que, segundo consta na Exposição de Motivos, guiou a Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil.

Vejamos, então, a partir da leitura do texto proposto, se a Comissão logrou dar efetividade aos ideais que pretendia concretizar.

6.2 A Proposta de Texto Legal em Discussão no Congresso Nacional

No que interessa ao tema discutido no presente trabalho, a proposta de texto legal apresentada pela Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto traz algumas inovações positivas. Quanto à definição de coisa julgada, por exemplo, o Código atualmente vigente estabelece-a como sendo "*a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença*" (artigo 467).

Ocorre que, segundo abalizada doutrina, a qual tivemos oportunidade de referenciar em capítulo próprio deste estudo, eficácia e autoridade da sentença representam conceitos distintos, sendo certo que a coisa julgada não se confunde com a eficácia da sentença.⁷⁰²

Assim, o Projeto corrige tal impropriedade conceitual, afirmando que "*denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso*" (artigo 483 do Anteprojeto, tendo sido mantida a mesma redação no artigo 489 do Projeto de Lei Substitutivo n.º 166/2010).

No que diz respeito aos limites objetivos da coisa julgada, há também importantes inovações no texto apresentado pela Comissão de Juristas.

⁷⁰⁰ Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal n.º 379, de 2009.

⁷⁰¹ Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal n.º 379, de 2009.

⁷⁰² Aliás, como leciona Ovídio Baptista da Silva, pretendendo o legislador brasileiro afeiçoar-se à doutrina de Liebman sobre a coisa julgada, acabou por considerá-la, no artigo 467 do Código de Processo Civil, como uma "eficácia da sentença", quando o próprio autor se propunha a rechaçar tal ideia e demonstrar que a coisa julgada não era um efeito da sentença, mas uma qualidade inerente aos seus efeitos, aos quais se incorpora, a partir de um dado momento (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, cit., p. 457).

O artigo 484 do Projeto estabelece que “*a sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites dos pedidos e das questões prejudiciais expressamente decididas*”.⁷⁰³

Em primeiro lugar, convém que o Projeto suprima a referência ao julgamento total ou parcial da lide, tendo em vista que a alusão a lides totais e parciais somente tem sentido se partirmos de um conceito de lide social, necessariamente anterior ao processo. A consequência dessa opção legislativa encontra-se na possibilidade de, eventualmente, a eficácia preclusiva da coisa julgada abranger a porção da lide parcial que não foi ao processo. De fato, o Projeto parte, de um lado, de um conceito de lide processual, no qual se entende que toda lide é total, e, por outro lado, deixa absolutamente claro que a força preclusiva não impede de atuarem causas de pedir conexas àquela deduzida em juízo e que nele não foram efetivamente deduzidas. Por isso, a alusão a lides totais e parciais fica “*fora de esquadro*”.⁷⁰⁴

No mais, a inovação fica por conta do fato de o Projeto, buscando o máximo aproveitamento do processo, colocar dentro dos limites objetivos da coisa julgada também as questões prejudiciais expressamente decididas, afastando-se, portanto, da solução adotada pelo sistema vigente, em que a questão prejudicial não faz coisa julgada, exceto em caso de ser proposta a ação declaratória incidental.

Pode-se dizer, no que aqui mais nos interessa, que a questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que venha a ser expressamente decidida em um caso concreto, ainda que em sede de controle difuso e, portanto, incidental, passará em julgado.

Assim, acaso aprovada a nova redação, perderá sentido o argumento dos adeptos da teoria da relativização de que a matéria constitucional discutida *in concreto* não faz coisa julgada, podendo ser revista a qualquer tempo.

Ainda quanto ao citado artigo, reproduziríamos, aqui, a crítica já dirigida por Pontes de Miranda contra a redação utilizada pelo Código atualmente em vigor, no tocante à utilização da expressão “força de lei”. Com efeito, o jurista atribui tal erro de terminologia à influência exercida pelo Projeto Italiano de Lodovico Mortara, datado de 1926, que empregava a expressão “*forza di legge*”, reproduzida no nosso ordenamento pelos Códigos de 1939 e 1973. Na verdade, “*a coisa julgada, como a lei, tem de ser reconhecida pelo juiz; porém não de ser conhecida*”, porquanto o *iura novit curia* nunca seria aplicável a sentenças.

⁷⁰³ Redação mantida no artigo 490 do Projeto de Lei Substitutivo n.º 166/2010.

⁷⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 133.

Além disso, se a coisa julgada tem de ser levada em conta pelo juiz, precisa, antes, ser objeto de prova pela parte que, aliás, pode renunciar às suas consequências ou mesmo transacionar sobre ela.⁷⁰⁵

Tal expressão, contudo, segue sendo utilizada pelo Projeto ora em debate no Congresso, tendo sido, em nossa opinião, mais coerente que tivesse preferido a expressão “força de coisa julgada”.

Na sequência, não há maiores alterações no que diz respeito à coisa julgada sobre os motivos e sobre a verdade dos fatos (artigo 485),⁷⁰⁶ tendo o Anteprojeto praticamente reproduzido o texto do Código vigente (artigo 469), com a ressalva da questão prejudicial que, como visto, passou, uma vez expressamente decidida, a ser abrangida pelos limites objetivos da coisa julgada.

Mostra-se pertinente, então, no ponto, a mesma crítica que Barbosa Moreira dirigiu à redação atualmente vigente da norma, de que o texto é redundante, porquanto, a rigor, bastaria a alusão aos “motivos”, em que tudo mais já está compreendido. Com efeito, por “motivos” deve-se entender também as razões de decidir, os fundamentos da sentença.⁷⁰⁷

Não se pode deixar de notar, por isso, que o segundo inciso se limita a explicitar o conteúdo do primeiro.⁷⁰⁸

Também quanto às relações jurídicas continuativas, o Anteprojeto (artigo 486)⁷⁰⁹ nada inova no que se refere à possibilidade de o juiz decidir novamente as questões, na hipótese em que sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, tal como já estatui o artigo 471 do Código vigente.

Permanecem válidas, portanto, as conclusões apontadas, a esse respeito, no capítulo em que se tratou dos efeitos da sentença de reconhecimento de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada em direito tributário.

⁷⁰⁵ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V, cit., p. 1.

⁷⁰⁶ “Art. 485. 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”. Redação mantida no artigo 491 do Projeto de Lei Substitutivo n.º 166/2010.

⁷⁰⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil, cit., p. 92.

⁷⁰⁸ O exemplo fornecido por Barbosa Moreira é ilustrativo: “quando, por exemplo, o juiz apura a existência (ou inexistência) do alegado vício oculto da coisa vendida, está naturalmente assentando uma das razões pelas quais há de julgar procedente (ou improcedente) o pedido de redibição. O enunciado em que se traduza a convicção formada pelo órgão judicial acerca dessa *quaestio facti* (‘era ou não defeituosa a coisa?’) vai integrar a motivação ou fundamentação da sentença” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil, cit., p. 92).

⁷⁰⁹ “Art. 486. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobrevier 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”. Redação mantida no artigo 492 do Projeto de Lei Substitutivo n.º 166/2010.

Quanto à eficácia preclusiva da coisa julgada, o Anteprojeto adota a orientação predominante na doutrina, explicitando a abrangência da eficácia preclusiva da coisa julgada, de maneira a não abranger causas de pedir conexas àquela deduzida em juízo.

De fato, estabelece o artigo 489 do Projeto que *“transitada em julgado a sentença de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido, ressalvada a hipótese de ação fundada em causa de pedir diversa”*.⁷¹⁰

Nada obstante, a fim de aperfeiçoar a redação do dispositivo, sugerem Marinoni e Mitidiero que o texto passe a estabelecer que, quanto às alegações e defesas, fiquem *“ressalvadas aquelas fundadas em fatos jurídicos essenciais não levados a juízo e que por si sós podem configurar novas causas de pedir e novas defesas”*.⁷¹¹

A redação encerrada no Projeto, como observou Barbosa Moreira em comentário dirigido ao texto legal atualmente em vigor, demonstra que o texto legal se mantém preso à inútil ficção do “julgamento implícito”. Trata-se menos de considerar “deduzidas e repelidas” as “alegações e defesas” capazes de influir no resultado do julgamento, do que *“proibir que tais ‘alegações e defesas’, deduzidas ou não, se venham a usar como instrumentos de ataque àquele resultado”*.⁷¹²

Note-se que o artigo 1.001 do Projeto de Lei Substitutivo faz expressa referência ao fato de que *“a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais somente se dará em causas ajuizadas depois do início da vigência do presente Código, aplicando-se às anteriores o disposto nos arts. 5º, 325 e 470 do Código revogado”*.

Por fim, o Anteprojeto mantém dispositivo que encerra norma correspondente àquela presente nos artigos 475-J, § 1º, e 741, parágrafo único, tratando da inexigibilidade do título executivo judicial. O assunto veio tratado nos artigos 496 e 501 do Anteprojeto, parcialmente modificados pelo Projeto de Lei Substitutivo n.º 166/2010.

Com efeito, a redação original do Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas assim dispunha:

Artigo 496: Não incidirá a multa a que se refere o caput do art. 495 se o devedor, no prazo de que dispõe para pagar:

[...]

III – demonstrar a inexigibilidade da sentença ou a existência de causas

⁷¹⁰ Redação mantida no artigo 495 do Projeto de Lei Substitutivo n.º 166/2010.

⁷¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*, cit., p. 134.

⁷¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, cit., p. 102.

impeditivas, modificativas ou extintivas da obrigação, supervenientes à sentença;

[...]

§ 4º Para efeito do disposto no inciso III 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 da República.

§ 5º No caso do § 4º, a decisão poderá conter modulação dos efeitos temporais da decisão em atenção à segurança jurídica e, se for contrária ao interesse da Fazenda Pública, sujeitar-se-á à remessa necessária.

O Substitutivo, por sua vez, tratou da matéria no artigo 511, a nosso ver, de maneira mais técnica, estabelecendo o seguinte:

Artigo 511: No prazo para o pagamento voluntário, independentemente de penhora, o executado poderá apresentar impugnação nos próprios autos, cabendo nela arguir:

[...]

III – inexigibilidade do título;

[...]

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III 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 da República em controle concentrado de constitucionalidade ou quando a norma tiver sua execução suspensa pelo Senado Federal.

§ 6º No caso do § 5º, a decisão poderá conter modulação dos efeitos temporais da decisão em atenção à segurança jurídica.

Em primeiro lugar, há que se notar que a norma, tanto do Anteprojeto quanto do Substitutivo, mantém a mesma impropriedade da redação atualmente vigente, ao confundir inexigibilidade com inexecuibilidade do título, tal como foi explicado na nota de rodapé 6 *supra*.

A inovação pontual realizada pelo Anteprojeto, e reproduzida, com pequena alteração, no Substitutivo, encontra-se na referência à necessidade de se observar eventual modulação dos efeitos pelo Supremo Tribunal Federal.

Conquanto seja louvável a previsão legal contida no aludido dispositivo, não nos parece que o texto tenha redação suficientemente clara.

Ao fazer referência ao termo “decisão” (duas vezes, aliás), entendemos que poderá ensejar dúvidas quanto ao real sentido e alcance da norma, não estando inequívoco o propósito do dispositivo.

Contudo, o que é evidente é que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão

tomada pelo Supremo Tribunal Federal já se encontra prevista, como acima referimos, no artigo 27 da Lei n.º 9.868/1999.

Bastaria ao § 6º, portanto, acaso mantida a redação do restante do artigo, fazer referência à necessidade de que, em havendo modulação de efeitos pelo STF, a decisão objeto do cumprimento de sentença permanece exequível. Desse modo, não restariam dúvidas de que, havendo a modulação dos efeitos temporais da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, o reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma que serviu de fundamento não obstará a execução do julgado.

Aliás, não se trataria, aqui, de possibilidade, por parte do juízo da execução, de reconhecer a ausência de óbice para a execução do julgado. Na realidade, tendo havido a modulação de efeitos referida no dispositivo, não se pode negar execução ao título executivo, ao menos não por esse fundamento.

Quanto à execução em face da Fazenda Pública, o Anteprojeto tratou do assunto no artigo 501, com a seguinte redação:

Artigo 501: Na ação de cumprimento de obrigação de pagar quantia devida pela Fazenda Pública, transitada em julgado a sentença ou a decisão que julgar a liquidação, o autor apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito. Intimada a Fazenda Pública, esta poderá, no prazo de um mês, demonstrar:

[...]

II – a inexigibilidade da sentença ou a existência de causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação superveniente à sentença.

[...]

§ 5º No procedimento previsto neste artigo serão observadas, no que couber, as disposições previstas neste Capítulo.

O Substitutivo encerra redação distinta:

Artigo 520: A Fazenda Pública será intimada para, querendo, no prazo de trinta dias e nos próprios autos, impugnar a execução, cabendo nela arguir:

[...]

III – a inexigibilidade do título;

[...]

§ 4º Para efeito do disposto no inciso III 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 da República em controle concentrado de constitucionalidade ou quando a norma tiver sua execução suspensa pelo Senado Federal.

Assim, acaso sejam mantidas e aprovadas as redações dos dispositivos do

Substitutivo acima citados, quer nos parecer que a norma de que tratamos no presente estudo sobreviverá à reforma do Código de Processo Civil, nada obstante a limitação traçada nos dispositivos, no tocante ao fato de que a decisão paradigma do STF deva ser tomada em sede de controle concentrado ou em caso de suspensão da execução da norma pelo Senado Federal, orientações com as quais concordamos, nos termos do manifestado anteriormente, em crítica à redação atualmente vigente da norma.

É igualmente salutar, nada obstante a imprecisão técnica acima apontada, a previsão do § 6º do artigo 511 do Substitutivo, sem paralelo no sistema atualmente vigente, no sentido de se observar a modulação dos efeitos temporais da decisão, em atenção à segurança jurídica.

Não é possível entender, porém, a razão pela qual igual disposição não foi inserida no artigo 520, que trata da execução em face da Fazenda Pública.

Ainda assim, permanece pertinente parte das críticas que sustentamos nos capítulos anteriores, sendo mais assente ao nosso sistema constitucional que a norma tivesse sua aplicação limitada, isto é, viesse a ensejar a inexecuibilidade somente nos casos em que, no momento em que proferida a decisão objeto de execução, já houvesse o Supremo Tribunal Federal se manifestado sobre a questão constitucional envolvida, decidindo em sentido contrário.

Não basta, portanto, a modulação dos efeitos. Mesmo quando não utilizada tal técnica, a inexecuibilidade somente deveria atingir as sentenças que aplicaram lei ou ato normativo que, ao tempo em que foram proferidas, já haviam tido sua inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Do contrário, a aplicação da norma fulmina a garantia da coisa julgada.

CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que a força normativa da Constituição exige tutela, razão pela qual o legislador infraconstitucional inseriu em nosso sistema, por meio dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC, mecanismo processual de oposição à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade, a fim de prestigiar as decisões do Supremo Tribunal Federal, tomadas em controle incidental ou em controle concentrado de constitucionalidade.

De igual modo, considera-se louvável a iniciativa do legislador na medida em que, ao instituir mecanismos que possibilitam a valorização dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, em muito podem contribuir para a concretização de outros direitos fundamentais, tais como o direito à razoável duração do processo.

Nada obstante tais considerações, não nos parece adequado que se possam alcançar esses objetivos em detrimento da proteção à coisa julgada, que, a prevalecer o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça na aplicação dos dispositivos, passará de regra a exceção, instituindo a chamada sentença sob condição,⁷¹³ minando a segurança jurídica necessária a qualquer ordenamento.⁷¹⁴

As reformas operadas no campo do processo civil têm o nítido intuito de simplificar procedimentos e, com isso, tornar o processo mais célere. Contudo, não se pode admitir que tal desiderato seja alcançado às custas de uma garantia de direito intertemporal, alçada a *status* constitucional, tal como é a coisa julgada. O formalismo, nesse ponto, possui um fim justificável, indicando a fronteira final do processo, a partir da qual, já exercitadas pelas partes todas as faculdades que lhe competem, faz-se necessária a estabilização.

⁷¹³ A expressão é de Araken de Assis: “*Pode-se dizer, então, que toda sentença assumirá uma transparência eventual, sempre passível de ataque via embargos. E a coisa julgada, em qualquer processo, adquiriu a comum e a insólita característica de surgir e subsistir sub conditione. A qualquer momento, pronunciada a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em que se baseou o pronunciamento judicial, desaparecerá a eficácia do art. 467. E isto se verificará ainda que a Corte Constitucional se manifeste após o prazo de dois anos da rescisória (art. 495)*” (ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional, cit., p. 22).

⁷¹⁴ O exame do tema, levado às suas últimas consequências, remete-nos ao romance 1984, de George Orwell, em que o personagem principal, Winston Smith, a serviço do “Ministério da Verdade”, tinha como função retificar notícias já publicadas, substituindo-as por versões retroativas, de maneira a justificar atitudes e opiniões do partido. Fora da literatura, contudo, a tentativa de enfraquecimento da coisa julgada material não constitui novidade na história do processo civil. Como bem observa Alvaro de Oliveira, durante o período da Alemanha nazista, a Lei de Cooperação do Ministério Público em Matéria Civil (*Gesetz über die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürgerlichen Rechtssachen*), de 15 de julho de 1941, outorgava ao Procurador-Geral do Reich (*Oberreichsanwalt*) a faculdade de requerer a revisão do procedimento, dentro do prazo de um ano, em relação a todas as decisões transitadas em julgado, “*se existirem graves dúvidas fáticas ou jurídicas contra a correção da decisão e considerada necessária a renovação do processo em razão do seu significado especial para a comunidade popular*” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 222).

A solução legislativa, se aplicada de forma a possibilitar a desconsideração da coisa julgada formada anteriormente ao reconhecimento de inconstitucionalidade pelo STF, ignora que a questão da constitucionalidade encontra-se abrangida pela eficácia preclusiva da coisa julgada, assim como não atenta para o fato de que, no direito brasileiro, todo juiz tem o dever de examinar, mesmo de ofício, a compatibilidade da norma que fundamenta o pedido em face da Constituição.

Ademais, a possibilidade de, a qualquer tempo, regressar à discussão da causa decidida pela sentença, alimentando o egoísmo do perdedor, faz com que o processo se transforme em um fim em si mesmo, um fim oco e vazio.

Outrossim, tendo-se presente que o processo é sempre movido por fatores de ordem ideológica,⁷¹⁵ não se pode olvidar que a norma ora comentada se insere no âmbito do chamado micromodelo processual do Estado, que se caracteriza pela quebra da isonomia processual, com o conseqüente enfraquecimento das garantias do cidadão.⁷¹⁶ Certamente, a norma surgiu e terá mais utilidade em face do litígio do Poder Público com o cidadão,⁷¹⁷ e, por ser estatuída em ofensa a direitos fundamentais, deverá ser interpretada restritivamente.⁷¹⁸

⁷¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994, p. 27.

⁷¹⁶ De fato, enquanto as recentes alterações legislativas seguem uma nova diretriz de prestígio à aceleração processual, voltando-se mais para a celeridade do que para a cognição, a manutenção dos embargos à execução para a aplicação restrita ao Direito Processual Público, no artigo 741 do Código de Processo Civil, implica a leitura do dispositivo com olhos para a relação jurídica peculiar, situação esta que, na ótica do legislador, “merece apego maior à cognição e amplificação dos meios de defesa (em detrimento do encurtamento temporal)”, o que está justificado sob o discurso da necessidade de proteção do patrimônio e do interesse público do Estado (ZANETI JÚNIOR, Hermes; MAZZEI, Rodrigo. Comentários ao artigo 741, cit., p. 240-241).

⁷¹⁷ Como afirma Eduardo Talamini, é óbvio que a norma em comento não se aplica apenas em favor da Fazenda, nem somente nos processos que a envolvam. A relevância da regra nos conflitos de direito público, contudo, é evidente: “é nesse terreno que mais comumente uma mesma questão de constitucionalidade tende a repercutir sobre grande quantidade de casos concretos. Aliás, tanto o processo ‘público’ é especialmente sensível a esse tipo de problema que, não por acaso, a inovação em exame veio a ser instituída através de medidas provisórias (sucessivamente reeditadas até a EC 32) que tiveram por principal finalidade disciplinar o tratamento diferenciado do Poder Público em juízo” (TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, parágrafo único), cit., p. 39).

⁷¹⁸ Nota-se, aliás, que a norma estabelece posição privilegiada da Administração frente aos particulares; trata-se, portanto, de manifestação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Ocorre, todavia, que tal princípio, da forma como vem sendo descrito pela doutrina, não se identifica com o bem comum, que corresponde à própria composição harmônica do bem de cada um com o de todos, e não o direcionamento dessa composição em favor do “interesse público”. Além disso, como observa Humberto Ávila, esse princípio possui um conteúdo não só indeterminável, como, caso descrito como princípio geral, inconciliável com os interesses privados. É, por isso, questionável se o interesse público pode ser descrito objetivamente. Não se trata, como afirma o autor, de negar a importância do interesse público, uma vez que há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, “mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular” (ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 24, 1998, p. 167-178).

Como afirma Eduardo Talamini, o interesse público, em seu núcleo essencial, é indisponível. A questão

Diante do exposto, entendemos que o cabimento da regra da inexecutabilidade do título, por uma questão de racionalidade, deve ficar limitado às hipóteses em que, no momento da constituição do título executivo judicial, já havia decisão do Supremo Tribunal Federal declarando inconstitucional a norma que lhe servia de fundamento, ou considerando que a interpretação adotada no caso apresenta-se incompatível com a Constituição.

Entretanto, para que isso ocorra, deverá o exame da constitucionalidade ter-se dado com eficácia geral. Se a decisão for de caráter particular, tal como o controle difuso realizado pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia apenas entre as partes que compõem a ação, somente uma atuação positiva do Poder Público poderá alterar uma eventual desigualdade criada pela coisa julgada de decisão anterior.

Tal atuação do Poder Público pode se dar por meio da suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional pelo STF, ou pela edição de nova lei que substitua aquela declarada inconstitucional.⁷¹⁹

Isso porque, não se deve esquecer que a proteção da coisa julgada tem o precípuo objetivo de evitar a reabertura eterna da discussão quanto às decisões, impedindo que uma decisão anterior seja afastada por uma segunda decisão sob o argumento de que a primeira era injusta, porque, se isso for aceito, nada impede uma terceira decisão de afastar a segunda sob o mesmo argumento, e assim *ad eternum*.⁷²⁰ Tal situação poderia ocorrer caso se atribuísse a

crucial, contudo, reside em identificar quando há interesse público no caso concreto, ou mesmo, muitas vezes, de que lado está o interesse público. Com efeito, “*o interesse público não coincide necessariamente com as posições concretas defendidas por aqueles que ocupam os cargos públicos. A noção de interesse público não pode ser utilizada como um escudo, um pretexto para a Administração não cumprir os valores fundamentais do ordenamento. Deve-se combater essa invocação vazia, meramente retórica, do ‘interesse público’ – tão mais pernicioso porque sempre se quer fazer acompanhar dos atributos da ‘supremacia’ e ‘indisponibilidade’, ínsitos ao verdadeiro interesse público*” (TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 128, out. 2005, p. 76).

⁷¹⁹ Nesse sentido, o Projeto de Lei Substitutivo n.º 166/2010, acolhendo alterações à redação original proposta pela Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto de novo Código de Processo Civil, resolveu parte desses problemas. Como visto, a ser mantida a atual redação dos dispositivos, a decisão paradigma do Supremo Tribunal Federal deverá, para ensejar a inexecutabilidade do título, ter sido tomada em sede de controle concentrado, ou, em caso de ter sido proferida em controle difuso, que a execução da lei tenha sido suspensão por ato do Senado Federal. Por outro lado, também a observação quanto à possibilidade de modulação dos efeitos é medida presente no Substitutivo digna de encômios.

⁷²⁰ Assim adverte o autor: “*Suponhamos que um juiz esteja convencido da incompatibilidade entre certa sentença e a Constituição, ou da existência, naquela, de injustiça intolerável, se considere autorizado a decidir em sentido contrário. Fatalmente sua própria sentença ficará sujeita à crítica da parte agora vencida, a qual não deixará de considerá-la, por sua vez, inconstitucional ou intoleravelmente injusta. Pergunta-se: que impedirá esse litigante de impugnar em juízo a segunda sentença, e outro juiz achar possível submetê-la ao crivo de seu próprio entendimento? O óbice concebível seria o da coisa julgada; mas, se ele pode ser afastado em relação à primeira sentença, por que não poderá sê-lo em relação à segunda? É claro que a indagação não se porá uma única vez: a questão poderá repetir-se, em princípio, ad infinitum, enquanto a imaginação dos advogados for capaz de descobrir inconstitucionalidades ou injustiças intoleráveis nas sucessivas sentenças*” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material,

decisões sem eficácia geral o poder de limitar a eficácia da coisa julgada individual.⁷²¹

Deve-se atentar, nesse sentido, à própria finalidade do instituto da coisa julgada. Como sustenta Pontes de Miranda, “*o Estado, na coisa julgada material, fica preso aos julgamentos, que o juiz formulou, nas conclusões da sentença. Não poderia, depois de tantos cuidados, inclusive reexames em diferentes graus da justiça, desmentir-se sempre*”.⁷²²

Com efeito, o propósito de um processo judicial não se restringe à realização da justiça material, mas visa também à pacificação, de modo que é imprescindível que os julgamentos sejam dotados de estabilidade e certeza.⁷²³ Dessa forma, “*o que é preciso é que se acabem as controvérsias, a insegurança, o pisar e o repisar das questões; a isso serve a coisa julgada material*”.⁷²⁴

Tal segurança constitui uma das mais profundas aspirações do homem, que busca a certeza possível daquilo que o cerca, de modo que possa assentar-se sobre algo relativamente estável e vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro. Dita previsibilidade é o que enseja o projetar e iniciar comportamentos, sendo, portanto, o que condiciona a ação humana.⁷²⁵

De fato, não há, no direito, uma verdade absoluta na interpretação, não se podendo afirmar que determinada decisão judicial seja absolutamente certa ou errada. Contudo, é

cit., p. 108-109).

No mesmo sentido, é o entendimento de Tércio Chiavassa: “*Alimentar tal esperança ao vencido no processo é medida temerária. O inconformismo deve ser evitado, sob pena de o vencido arcar, inclusive duplamente, com outra sucumbência no segundo processo, além de eventualmente sua aventura ser tida como manifestação de má-fé, o que poderá lançar penas ainda mais severas*” (CHIAVASSA, Tércio. A nociva “relativização” da coisa julgada no direito tributário brasileiro, cit., p. 228).

⁷²¹ Idêntica é a opinião de Pontes de Miranda, que se pode extrair da seguinte passagem: “*Adolf Merkl (Die Lehre von der Rechtskraft, 17) pretendeu, como disse, livrar o conceito de res iudicata dos seus postulados ético-políticos e de bases de direito natural: para ele a expressão res iudicata, força de lei, é contradição in adjecto, ‘monstruosidade terminológica’, porque aí apenas se cai na tautologia de se dizer direito o que é direito. Sem razão: a atribuição de coisa julgada põe acima da ordem jurídica, das regras jurídicas, o interesse social de paz, de fim à discussão, mesmo se foi injusta a decisão. Por isso não podemos acolher o raciocínio de Adolf Merkl. Temos de reconhecer que o acolhimento de coisa julgada formal e o da coisa julgada material foram acertadíssimos. Seria fonte de perturbações lamentáveis que se pudesse, sem prazo preclusivo, volver a discutir o que foi julgado sem mais haver recurso, mesmo em outro processo*” (PONTES DE MIRANDA. Comentários ao Código de Processo Civil. t. V, cit., p. 127).

⁷²² PONTES DE MIRANDA. Comentários ao Código de Processo Civil. t. V, cit., p. 81.

⁷²³ MARINONI, Luiz Guilherme, *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*, cit., p. 106.

⁷²⁴ “*O que se decidiu e chegou a ser coisa julgada impõe-se ao futuro, pela firmeza, estabilidade (necessária à ordem extrínseca), que se fazem indispensáveis para se pôr termo à vacilação, à dúvida, ou ao distúrbio, oriundos da instabilidade quanto à verdade intrínseca [...]. O que ficou sacrificado pela apreciação errada dos fatos, ou pela má aplicação da lei, permanece, com o único corretivo, excepcionalíssimo, da ação rescisória, tendente a dar válvula ao amontoado de aplicações de leis que não incidiram ou de não-aplicações de leis que incidiram, ou de casos graves quanto ao órgão do Estado, que entregou a prestação jurisdicional, ou de ofensas exatamente à coisa julgada. O que é preciso é que se acabem as controvérsias, a insegurança, o pisar e repisar das questões; a isso serve a coisa julgada material. A psicobiologia explica-a como necessidade de que as descargas aos estímulos combativos tenham fim. Por outro lado, a força julgada material impede as decisões contraditórias*” (PONTES DE MIRANDA. Comentários ao Código de Processo Civil. t. V, cit., p. 152).

⁷²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 124.

justamente para evitar a possível recursividade, que provocaria substancial insegurança para as partes, que a coisa julgada merece ser preservada.⁷²⁶

Tal como se defendeu no presente estudo, a necessidade de estabilidade das relações jurídicas e da certeza dos atos estatais são elementos do princípio da segurança jurídica tutelados pelo nosso ordenamento constitucional, o qual apenas procura dar um ponto-final às discussões, ainda que a pretensão de reabertura do debate esteja amparada em argumentos de justiça.⁷²⁷

Evidentemente, o direito está longe de ser estático. Sendo cambiante a realidade social sobre a qual ele incide, é natural que ele se ajuste às mudanças observadas no mundo fenomênico, fruto dos avanços tecnológicos e sociais. Contudo, esse inexorável evoluir deve ser conjugado com a necessária proteção das pessoas que, confiando nas normas jurídicas então em vigor, tomaram decisões, adotaram condutas, enfim, pautaram nelas seu comportamento. Não pode o direito, portanto, tal como estruturado em nossa Constituição, frustrar os que confiaram nas normas jurídicas em vigor.⁷²⁸

Pensar diferentemente é o mesmo que admitir, para além de qualquer dose de razoabilidade, que o direito só serve para ordenar o presente, ainda que, ao fazê-lo, ignore ou mesmo desconstrua por completo as relações que se teceram no passado.⁷²⁹

Há de se seguir, aqui, o conselho de Pe. Antônio Vieira. Para ver o presente, deve-se voltar os olhos para o passado e para o futuro. Assim, a proteção conferida pelo ordenamento deve permitir que as pessoas possam confiar no passado, naquilo que foi discutido e decidido, e projetar suas vidas para o futuro. *“No passado e no futuro se vê o presente, porque o presente é o futuro do passado, e o mesmo presente é o passado do futuro”*.

⁷²⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*, cit., p. 125.

⁷²⁷ Como afirma Humberto Ávila, *“a justificativa da coisa julgada é precisamente a interrupção de uma cadeia de julgados que poderia eternizar os litígios, podendo ser o último revisto por um outro, e assim sucessivamente. Para afastar essa recursividade, a coisa julgada funciona como limite objetivo à reabertura da discussão, mesmo que argumentos relacionados à justiça da decisão possam ser trazidos”* (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização do direito tributário*, cit., p. 352-353).

⁷²⁸ CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas, cit., p. 62-63.

⁷²⁹ CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas, cit., p. 63.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 41-54.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito social. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 55-69.

ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milano: Giuffrè, 1992.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 22, 2002, p. 31-42.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 26, 2006, p. 59-88.

_____. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 21, nov./dez. 2007, p. 109-124.

_____. Execução de título judicial e defeito ou ineficácia da sentença. In: _____.; ASSIS, Araken de. *O processo de execução. Estudos em homenagem ao professor Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 79-94.

_____. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, v. XXII, n. 1, jul. 2009, p. 185-201.

_____. Efetividade e tutela jurisdicional. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 4, jan./fev. 2005, p. 5-32.

_____. Sentença arbitrária. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 123, set. 2011, p. 13-31.

_____.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v. I. São Paulo: Atlas, 2010.

ALVIM, Arruda. Mandado de segurança preventivo, efeitos (futuros) da sentença e relação tributária continuativa. In: CAMPOS, Marcelo (Coord.). *Direito processual tributário: a dinâmica da interpretação: estudos em homenagem ao professor Dejalma de Campos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 278-289.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo: um método e sua aplicação*. Porto Alegre: UFRGS, 2006. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

_____. *Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 301, 2002, p. 7-29.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo, n. 163, set. 2008, p. 50-59.

_____. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 24, 1998, p. 159-180.

_____. Princípios e regras e a segurança jurídica. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 1, jan./mar. 2006, p. 189-206.

_____. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização do direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 158, mar./abr. 1955, p. 59-66.

_____. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 1, n. 4, abr. 1968, p. 34-43.

BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântida, 1893.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: _____. *Temas de direito processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 97-109.

_____. Coisa julgada e declaração. In: _____. *Temas de direito processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 81-89.

_____. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. *In: _____*. *Temas de direito processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 90-96.

_____. Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 22, jan. 2005, p. 91-111.

_____. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 416, 1970, p. 9-17.

_____. Conteúdo e efeitos da sentença. Variações sobre o tema. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 35, nov. 1985, p. 204-212.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In: SARMENTO, Daniel (Org.)*. *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, n. 240, abr./jun. 2005, p. 1-42.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. v. 3. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973.

_____. La corte costituzionale e il processo civile. *In: Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*. v. 1. Milano: Giuffrè, 1951, p. 195-204.

_____. Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente. *Rivista di Diritto Processuale*, 1951, p. 112-128.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Lisboa: Almedina, 2001.

CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

_____. A expansão e o significado do controle judiciário das leis no mundo contemporâneo. Trad. Rubem Nogueira. *Bahia Forense*, Salvador, v. 29, 1988, p. 20-29.

_____. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais. Trad. Emílio Clerici. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, 1961, p. 37-73.

_____. Constitucionalismo moderno e o papel do poder judiciário na sociedade contemporânea. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n. 60, out. 1990, p. 110-117.

_____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994, p. 9-30.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 384, mar./abr. 2006, p. 229-241.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

_____. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009, p. 35-74.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v. I. Coimbra: Coimbra, 1995.

CHASE, Oscar G. American “exceptionalism” and comparative procedure. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, New York University School of Law, Research Paper, n. 39, 2002. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=306759>. Acesso em: 10 dez. 2011.

CHIAVASSA, Tércio. A nociva “relativização” da coisa julgada no direito tributário brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, n. 84, dez. 2005, p. 219-231.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. Sobre la cosa juzgada. Trad. Santiago Sentís Melendo. In: _____. *Ensayos de derecho procesal civil*. v. 3. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1949, p. 193-206.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 385-393.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da

segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Cadernos de Direito Público, Porto Alegre, n. 57, 2003, p. 13-31.

_____. Prefácio. In: ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Prefácio. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DELGADO, José Augusto. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 103, jul./set. 2001, p. 9-36.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Impugnação do executado (Lei Federal n.º 11.232/2005). *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 354, abr. 2007, p. 27-52.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Relativizar a coisa julgada material. In: _____. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 217-270.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9. ed. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ENTERRÍA, Eduardo García de. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. *Revista de Direito Público*, n. 92, out./dez. 1989, p. 5-16.

FAVOREU, Louis. Informe general introductorio. In: _____ et al. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

_____. *As cortes constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996.

_____. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1986, vol. 35, p. 819-836.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n. 7.689/88). *Revista*

Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 125, fev. 2006, p. 72-91.

_____. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: _____; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009, p. 1-34.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 76, jun. 2004, p. 59-71.

_____. O poder judiciário na Constituição de 1988. Judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 198, out./dez. 1994, p. 1-17.

FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Processo e realização constitucional: a construção do 'devido processo'. *Revista Processo e Constituição*, Porto Alegre, n. 2, 2005, p. 59-81.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Buenos Aires: Labor, 1936.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O federalista. In: *Os Pensadores*. Seleção de textos de Francisco C. Weffort. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho *et al.* 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LACERDA, Galeno Vellinho. Processo e cultura. *Caderno de Doutrina. Tribuna da Magistratura*. São Paulo: APAMAGIS, abr. 1999, p. 57-65.

_____. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

_____. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. 1. ed. Madrid: Civitas, 1985.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Effetti della sentenza e cosa giudicata. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 34, n. 1, gen./mar. 1979, p. 1-10.

_____. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública (*ex vi* art. 741, parágrafo único, do CPC). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 141, nov. 2006, p. 20-52.

_____. Nova execução de títulos judiciais e sua impugnação. *In*: WAMBIER, Teresa A. Alvim. *Aspectos polêmicos da nova execução*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Coisa julgada. Decisão superveniente do STF. Relação continuativa tributária. Questões de procedimento administrativo. Multa desproporcional e irrazoável. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 123, dez. 2005, p. 95-121.

_____. Coisa julgada em matéria tributária. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 53, jul./set. 1990, p. 99-111.

_____. Coisa julgada e relação jurídica continuativa tributária. *Revista dos Tribunais*, n. 642, abr. 1989, p. 33-37.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a questão da relativização da coisa julgada*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 31, jan./mar. 2004, p. 142-162.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; _____. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; _____. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MAURER, Hartmut. Garantia de continuidade e proteção à confiança. In: _____. *Contributos para o direito do Estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 59-145.

_____. Jurisdição constitucional. In: _____. *Contributos para o direito do Estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 217-280.

_____. A revisão jurídico-constitucional das leis pelo Tribunal Constitucional Federal. In: _____. *Contributos para o direito do Estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 281-304.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. v. 2. Lisboa: Coimbra, 1983.

_____. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. v. 2. Lisboa: Coimbra, 2003.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Processo civil e Estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. In: _____; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução do estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 181-230.

_____. Abrangência da coisa julgada no plano objetivo – segurança jurídica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 184, jun. 2010, p. 309-328.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*. Rio de

Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____.; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. Coisa julgada no direito tributário. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 29, 1974, p. 237-244.

_____. *Estrutura fundamental do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. A coisa julgada em direito tributário. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 14, 1974, p. 11-22.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PICARDI, Nicola. Verbetes: Processo civile: c)diritto moderno. In: *Enciclopédia del Diritto*, Milano, Giuffrè, v. XXXVI, 1987, p. 101-118.

PISANI, Andrea Proto. Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, apr./giug. 1990, p. 386-419.

PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. I, V e VI. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. t. IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

_____. *Tratado de direito privado*. 4. ed. t. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

_____. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1998.

_____. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 112, out./dez. 2003, p. 23-32.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Trad. M. C. de las Cuevas. Buenos Aires: Heliasta, 1978.

PRAKASH, Saikrishna B.; YOO, John C. The origins of judicial review. *University of Chicago Law Review*, v. 69, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=426860>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

PUGLIESE, Giovanni. Verbete: giudicato civile. In: *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, v. XVIII, 1969, p. 727-893.

RAZ, Joseph. *Razón práctica y normas*. Trad. Juan Ruiz Manero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCCO, Ugo. *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*. Roma: Athenaeum, 1917.

RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. J. Mesia e M. Poley. 2. ed. t. V. Madrid: Centro Editorial de Góngora, s/d.

SCAFF, Fernando Facury. Novas dimensões do controle de constitucionalidade no Brasil: prevalência do concentrado e o caso do difuso. *Revista Dialética de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 50, mai. 2007, p. 20-41.

_____. Efeitos da coisa julgada em matéria tributária e livre concorrência. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. v. 9. São Paulo: Dialética, 2005, p. 110-135.

SEGADO, Francisco Fernández. Del control político al control jurisdiccional: evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Justiça constitucional e democracia na América Latina*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 17-97.

_____. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2, jul./dez. 2003, p. 211-278.

_____. “Fetichisme de la loi, separation des pouvoirs et gouvernement des juges”. Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en

Francia (1789-1958). *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 2, n. 2, jan./mar. 2008, p. 22-47.

_____. Los cambios de la jurisprudencia constitucional. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, v. 9, n. 42, mar./abr. 2007, p. 161-218.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. 6. ed. México: Porrúa, 1981.

SILVA, Maria Teresa Marfán. *La cosa juzgada administrativa: (en la administración no contencioso)*. Santiago: Andres Bello, 1972.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Coisa julgada relativa? *Revista Dialética de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 13, abr. 2004, p. 102-112.

_____. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____. *Curso de processo civil*. v. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no Estado Democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre: 2002.

STEIN, Torsten. A segurança jurídica na ordem legal da República Federal da Alemanha. Trad. Maria Cláudia Fittipaldi. In: *Acesso à justiça e cidadania*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 93-118.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, parágrafo único). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 106, abr./jun. 2002, p. 38-83.

_____. A coisa julgada no tempo (os “limites temporais” da coisa julgada). *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 354, abr. 2007, p. 17-26.

_____. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 128, out. 2005, p. 59-77.

_____. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objetivo do controle direto*. São Paulo: USP, 2008. 332 f. Tese (Livre-Docência) – Departamento de Direito Processual, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Coisa julgada inconstitucional (art. 741 e 475-L do CPC) – reflexões em torno de um texto de Marinoni. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 113, mar. 2009, p. 229-232.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único). *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 29, mai./jun. 2004, p. 5-27.

_____; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 72-126.

_____. Coisa julgada e segurança jurídica: alguns temas atuais de relevante importância no âmbito das obrigações tributárias. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 389, mar. 2010, p. 11-51.

_____. Coisa julgada: pluralidade e unicidade (Súmula nº 401 do STJ). *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 35, 2010, p. 75-92.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. In: *Os Pensadores*. Seleção de textos de Francisco C. Weffort. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho *et al.* 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.

YMAZ, Esteban. *La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos*. Buenos Aires: Arayú, 1954.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____; MAZZEI, Rodrigo. Comentários ao artigo 741. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). *A nova execução: comentários à Lei nº 11.232, de 22 de setembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 240-272.

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

_____. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 125, jul. 2005, p. 79-91.

Legislação e Jurisprudência Consultadas:

BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal n.º 379, de 2009.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei Substitutivo n.º 166/2010: Código de Processo Civil. Encaminhado à Câmara dos Deputados.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 8.046/2010: Código de Processo Civil. Em tramitação.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.418-3/DF, Rel. Ministro Cezar Peluso. Aguarda julgamento.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.740/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes. Aguarda julgamento.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 594.350/RS, Rel. Ministro Celso de Mello. DJE de 11.06.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 586.068-0/PR, Rel. Ministra Ellen Gracie Nothfleet. Aguarda julgamento.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 553.669-1/SP, Rel. Ministro Eros Grau, DJ de 12.05.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, Recurso Extraordinário n.º 79.343/BA, Rel. Ministro Leitão de Abreu, DJ de 02.09.1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos no Agravo de Instrumento ou de Petição n.º 11.227, Rel. Ministro Castro Nunes, DJ de 10.02.1945.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma, Recurso Especial n.º 720.953/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 22.08.2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma, Agravo Regimental no Agravo n.º 948.812/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJ de 13.05.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma, Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.031.092/AL, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ de 31.08.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma, Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.004.701/PE, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ de 08.06.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma, Recurso Especial n.º 934.649/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ de 25.05.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma, Recurso Especial n.º 731.250/PE, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 30.04.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma, Recurso Especial n.º 233.662, Rel. Min. José Delgado, DJ de 08.03.2000.

FRANÇA. Constituição, de 4 de outubro de 1958. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5074.html>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

FRANÇA. Lei Constitucional n.º 2008-724, de 23 de julho de 2008. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019237256>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

FRANÇA. Lei Orgânica n.º 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021446446&categorieLien=id>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

FRANÇA. Ordenança n.º 58-1067, de 7 de novembro de 1958. Lei orgânica sobre o Conselho Constitucional. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000705065>>. Acesso em: 12 jan. 2012.