



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU
DIREITO PÚBLICO

MARIA HELENA SALES PINTO DA SILVA

**A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL –
RELATIVIZAÇÃO DE SEUS EFEITOS PELA PONDERAÇÃO
DE PRINCÍPIOS**

SALVADOR
2017

MARIA HELENA SALES PINTO DA SILVA

**A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL -
RELATIVIZAÇÃO DE SEUS EFEITOS PELA PONDERAÇÃO
DE PRINCÍPIOS**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana
de Direito e Gestão como requisito parcial
para a obtenção de grau de Especialista em
Direito Público.

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIA HELENA SALES PINTO DA SILVA

A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL - RELATIVIZAÇÃO DE SEUS EFEITOS PELA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito Público, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2017

"Ninguém é tão grande que não possa aprender, nem tão pequeno que não possa ensinar".

Escopo

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao criador Deus por permitir esta conquista e iluminar meus caminhos.

Agradeço ao professor e orientador Dirley da Cunha, pelos conhecimentos transmitidos, pela atenção e disponibilidade.

Aos demais Mestres da casa pelo apoio institucional e pelas facilidades oferecidas

Agradeço á Francisco Leal Salles Neto, pela oportunidade.

Agradeço á minha mãe, pelo amor incondicional e por simplesmente existir.

Agradeço ao meu esposo e ao meu filho amado, pelo incentivo, dedicação e apoio.

Agradeço ao meu amigo Daniel Souza de Oliveira, pelo companheirismo e determinação.

SUMÁRIO

CAPÍTULO II – DO PODER ABSOLUTO AO ESTADO CONSTITUCIONAL	10
a) Origem Lógica.....	14
b) Constitucionalismo.....	16
c) A Legitimação Democrática do Poder	18
d) Supremacia Constitucional.....	18
CAPÍTULO III – O CONTROLE DOS ATOS POLÍTICOS	22
a) A tripartição das funções estatais. De volta a tripartição do poder.	22
b) Os atos políticos administrativos e legislativos	24
b.1) Controle do Poder Legislativo	25
b.2) Controle do Poder Executivo	26
b.3) Conclusão parcial	27
c) Os atos judiciais.....	28
c.1) A atividade judiciária como serviço público.	28
CAPÍTULO IV – SEGURANÇA JURÍDICA.....	30
a) Segurança jurídica e atos normativos	33
b) Segurança jurídica e atos administrativos	34
c) Segurança jurídica e atos jurisdicionais	35
CAPÍTULO V – A COISA JULGADA	44
a) Noções	44
b) Coisa julgada no Direito Comparado	47
c) Coisa julgada como instrumento de realização da segurança jurídica	49
CAPÍTULO VI – COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	51
a) Estado de Direito e o controle dos atos do Poder Judiciário	51
b) A coisa julgada inconstitucional	59
c) Coisa julgada inconstitucional não é sentença inexistente	60
d) Tipologia do caso julgado inconstitucional.....	62
CAPÍTULO VII – COISA JULGADA INTANGÍVEL E SUA RELATIVIDADE	65
a) A intangibilidade da coisa julgada.	65
b) A relativização da coisa julgada: busca pela justiça	67
1) A doutrina americana	69
2) A doutrina portuguesa	70
3) O pensamento brasileiro favorável à tese da flexibilidade.....	72
4) Efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade da coisa julgada	88
CAPÍTULO VIII - RELAÇÃO DIALÉTICA ENTRE SEGURANÇA E JUSTIÇA.....	89
a) Antinomias jurídicas.....	93
b) A ponderação de princípios.....	96
c) Ponderação e princípio da dignidade da pessoa humana	101
d) A Relativização da coisa julgada e a ponderação de princípios.....	107
e) Interpretação conforme a constituição (arts. 535, §5º do NCPC e 884 da CLT).	113

CONCLUSÕES.....	115
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	118

CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO

O estudo que se segue tem a pretensão de melhor compreender aspectos do direito que possui a marca suprema da provocação das inteligências porque faz o homem reperguntar-se aquilo que já se pensara consolidado. Cultiva-se o vigor e a força de um povo na medida em que se põe em cheque suas convicções porque, somente aí, se pode tê-las por híidas.

O tema da presente monografia aborda a recentíssima questão da relativização da coisa julgada inconstitucional, propondo a utilização da ponderação de princípios e interesses como uma técnica capaz de solucionar a tensão entre os postulados da justiça e da segurança.

Com efeito, no Brasil, a importância do tema é recente e deve preocupar o jurista, que não pode compadecer com a formulação de critérios legalistas que desconsideram a sutileza do Direito.

Não basta afirmar que o título judicial assentado em lei havida por inconstitucional é inexigível, como fez a recente alteração legislativa operada nos artigos 741 do Código de Processo Civil ou no artigo 884 da Consolidação das Leis do Trabalho. O constitucionalismo democrático deve ir além para, partindo da compreensão que as constituições foram criadas como instrumentos eficazes da luta pela realização dos direitos fundamentais da pessoa humana, manejar os instrumentos jurídicos de que dispõe. O direito deve realizar um valor.

O grande desafio que existe está em reconhecer quando uma coisa julgada é inconstitucional e o que fazer com ela, conciliando a segurança jurídica, fundamental ao Estado de Direito, com o primado da Justiça. Nenhuma fórmula. Somente uma técnica com fluidez, plasticidade e o subjetivismo na composição de conflitos jurídicos e normativos pode resolver o problema.

Deve-se logo esclarecer que não é objetivo do presente estudo analisar a adequação de remédios jurídicos processuais cogitados no ordenamento brasileiro para cingir a coisa julgada, mas tão somente identificar um critério seguro para nortear a aplicação da tese da relativização da coisa julgada. O trabalho não pode ser classificado como um texto direcionado ao estudo do processo civil.

O estudo está dividido em oito capítulos, seguido de conclusão e referências bibliográficas.

Após esta sumária introdução, abre-se o segundo capítulo com um breve esboço histórico, onde se renovou a importância da supremacia constitucional para, no capítulo seguinte, o terceiro, tratar do controle dos atos praticados pelo Poder Público, neles incluindo os atos praticados pelo Poder Judiciário.

Dedicou-se todo o quarto capítulo à compreensão do princípio da segurança jurídica, sem deixar de analisar a segurança como valor e como direito fundamental. Procurou-se, nesta parte do estudo, demonstrar sua presença no ordenamento jurídico constitucional do Brasil, especialmente porquanto da leitura do Texto Maior sobressaem expressões tais como "assegurar", "amparar" (amparo ao direito subjetivo), "garantir" (todas as garantias dadas pela Lei ou pela Justiça), "proteger" (proteção aos direitos individuais, coletivos ou difusos), além de diversas referências a "instituir" e "constituir".

Nos capítulos seguintes, o quinto e sexto, procurou o trabalho abordar o instituto da coisa julgada. No quinto se fará uma rápida referência ao direito comparado, e ao instituto como um instrumento de concreção da segurança jurídica, sua definição do direito nacional. No sexto, aprofundará o estudo na abordagem das teorias modernas acerca do que vem sendo qualificado como *caso julgado inconstitucional* ou como *coisa julgada inconstitucional*, trazendo a lume a clássica obra do jurista português PAULO OTERO, bem como os excelentes desenvolvimentos da teoria feitos no Brasil por HUMBERTO THEODORO JUNIOR, JULIANA CORDEIRO DE FARIA, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, CARLOS VALDER NASCIMENTO, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, IVO DANTAS e JOSÉ AUGUSTO DELGADO, dentre tantos.

A seguir, o sétimo capítulo tratou de sintetizar o pensamento acerca da intangibilidade e da relatividade do caso julgado, para, no oitavo capítulo, discorrer-se sobre a ponderação de princípios constitucionais como um instrumento necessário a ensejar a conclusão pela cisão ou manutenção da coisa julgada. Como base nisso, buscou-se interpretar as recentes inovações aos artigos 741 do CPC e 884 da CLT, na conformidade com a Constituição.

Já nas considerações finais, são sintetizadas as proposições centrais defendidas neste estudo e tecidas observações sobre a matéria, jamais com a intenção de exaurir este complexo tema, mas sempre com a intenção de trazê-lo para discussão.

CAPÍTULO II – DO PODER ABSOLUTO AO ESTADO CONSTITUCIONAL

Constituição escrita e poder constituinte são idéias que emergiram na cultura ocidental no Século XVIII, associadas entre si, no bojo da ideologia revolucionária decorrente do movimento denominado de liberalismo. Evidente, neste instante, a forte oposição ao absolutismo real, porquanto visava estabelecer e defender a liberdade individual¹.

KARL LOEWENSTEIN, deixa evidente o sentido ontológico do constitucionalismo quando considera como *telos* de toda constituição a criação de instituições para limitar e controlar o poder político², procurando identificar já entre os hebreus, o nascimento do constitucionalismo³.

A teoria dos antigos já diferenciava as leis de organização política das normas comuns, como registra Aristóteles.

Na prática dos gregos, havia até uma ação jurídico-política – a *graphé paranomon* – para impugnar a legislação que afrontasse as normas fundamentais da *pólis*.

Também no pensamento medieval identifica-se a compreensão de serem fundamentais as normas estruturais da organização política. Foi com essa fundamentalidade que a ideologia medieval, para explicar a sociedade política, concebeu dois pactos tácitos: um de sujeição (*pactum subjectionis*), pelo qual todos se sujeitavam a um senhor e, antecedendo, um que resultasse do estabelecimento da vida em sociedade: o pacto de união (*pactum unionis*).

Na Idade Moderna sobreveio a doutrina das “*lois de royaume*” ou leis fundamentais do reino cuja natureza se distinguiu das chamadas “*lois du roi*” ou leis do rei. Como esclarece

¹ A principal motivação do movimento constitucionalista e do aparecimento das constituições escritas não foi dar racionalidade ao Estado, aprimorando-lhe a organização e o funcionamento, mas sim garantir os direitos individuais, sobretudo a liberdade individual, contra o arbítrio das monarquias absolutas muito freqüentes na Europa, àquela época.

² In *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed. Barcelona: Ed. Ariel, 1970, p. 150-1

³ O autor identifica que a chamada “lei do senhor” procurava representar, de algum modo, uma limitação ao poder político. In *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed. Barcelona: Ed. Ariel, 1970, p. 154

CANOTILHO⁴, “estas últimas são feitas pelo rei e, por conseguinte, a ele competia modifica-las ou revogá-las; as primeiras eram leis fundamentais da sociedade, uma espécie de *lex terrae* e de direito natural que o rei deveria respeitar”.

Até então, nesse sentido é que se deve entender o princípio do absolutismo: *rex a legibus solutus*. O poder do rei era absoluto, porque não era relativizado pelas leis que impunha aos súditos.

A fim de justificar ideologicamente o poder do rei, considerado verdadeira encarnação de entidades divinas, mas também evitar o desvio da monarquia para o despotismo, a doutrina política da Idade Moderna consolidou o princípio do direito divino, consistente em sustentar que, como todo poder vem de Deus (*omnis potestas a Deo*), o rei não governa por direito próprio, mas por um direito conferido por Deus. Por isso, fica sujeito às leis divinas. É a teoria do *direito divino dos reis*, que se espalhou por quase todos os reinos europeus na era pós-medieval.

Com o desenvolvimento da doutrina que distinguia as *leis fundamentais do reino*, originária da França, se procurava sujeitar o rei, não lhe sendo dado alterá-las.

Essa doutrina já trazia, em si, a concepção de que certas normas jurídicas, relativas à estruturação política, eram superiores às demais, e, mais que isso, superiores ao próprio monarca e demais órgãos da organização política, de tal forma que os atos praticados em contradição a essas normas fundamentais não teriam valor.⁵

Verifica-se, desse modo, muitas manifestações que houve na prática e na teoria do direito político, desde a antiguidade, colocando as leis fundamentais da organização política em um plano superior ao das leis ordinárias. Mas, em nenhum momento histórico, até a Idade Moderna, cogitou-se de serem tais normas superiores produzidas por um poder especialmente

⁴ In *Direito Constitucional*, p. 61-2.

⁵ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, In *O poder constituinte*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 4 et seq, acentua: “A doutrina das leis fundamentais do Reino tem um outro aspecto interessante, que já nos leva relativamente próximos da doutrina do Poder Constituinte. É que, embora os legistas franceses, na sua maioria, ensinassem que aquelas leis fundamentais eram imutáveis, houve entre eles quem ensinasse que tais leis eram mutáveis, mas só poderiam ser modificadas por um processo especial; isto é, o monarca não poderia alterar as leis fundamentais do Reino, que seriam sempre superiores a ele, mas a reunião dos Estados Gerais – os três Estados: Clero, Nobreza e Povo – poderia, ela sim, modificá-las”.

destinado a constituir a sociedade política, mesmo porque, eram normas naturalmente costumeiras ou ideologicamente tidas como de origem sobrenatural.

Somente no despontar de uma nova era, do constitucionalismo moderno, veio a surgir a idéia de poder constituinte, porque só então se teve necessidade histórica de concebê-la, com o propósito de viabilizar a atuação da ideologia que vinha para regenerar o Estado, superando a velha ideologia absolutista.

À toda vista, o contratualismo favorece sistematização da idéia de poder constituinte. Dominando o pensamento político nos séculos XVII e XVIII, o contratualismo partiu da hipótese de um contrato social⁶ para explicar e justificar com certas características a constituição da sociedade política geral.

Verificando de perto, observa-se que a doutrina do contrato social de ROUSSEAU⁷ implicava a condenação das instituições vigentes na França, que reclamavam revisão. Essa necessidade ficou evidente nos *cadernos de queixas* que acompanharam os representantes do clero, da nobreza e do *terceiro estado*, para instruir a sua atuação, quando eles se reuniram em Versailles, na Assembléia dos Estados Gerais, convocada pelo rei Luís XVI⁸.

Os antecedentes da Revolução Francesa demonstram que até mesmo o próprio Rei sentiu essa necessidade histórica, pois em numa carta datada de 28 de maio de 1789 teria se referido aos Estados Gerais como a assembléia que teria convocado para se ocupar, consigo, da regeneração de reino.

Era, pois, consenso essa necessidade de regenerar a França. Identificando a necessidade de escrever uma constituição, SIEYÈS teria, exigentemente, iniciado sua defesa de uma necessária constituição.

Clero, nobreza e terceiro estado eram os estamentos sociais em que se dividiu a sociedade nos países da Europa na era pós-medieval. Na Inglaterra, o estamento popular era chamado *the*

⁶ Pela concepção de Rousseau de todos os indivíduos com todos os indivíduos.

⁷ André Ramos Tavares lembra que neste momento, o contrato social de Rousseau “*deixava a condição de ficção de teoria política para tornar-se o diploma jurídico de maior relevância dentro dos ordenamentos estatais*”. In op. Cit., página 10.

⁸ Bem expressivos são os *cadernos de Clermont-en-Beauvoisis*.

commons: os comuns; na Europa continental era dito simplesmente "*o terceiro estado*"; e, na França, abreviadamente, "o terceiro": *le tiers*.

Liderado pela burguesia, incluía os trabalhadores do campo e da cidade, mas admitia entre seus representantes alguns membros do clero e da nobreza, como o abade SIEYÈS e o conde de MIRABEAU. Na França e países vizinhos, a Assembléia dos Estados Gerais era a reunião desses três estamentos sociais, que não ocorria senão quando convocada pelo rei.

Os reis franceses não convocaram os Estados Gerais durante quase duzentos anos. Mas, pressionado ao extremo, LUÍS XVI enfim os convocou para se reunirem no Palácio de Versailles. A Assembléia dos Estados Gerais, assim convocada, transformou-se em Assembléia Nacional Constituinte, quando os representantes do *terceiro estado* – protestando contra a decisão do Rei de adiar as reuniões para melhor preparar as salas – passaram a reunir-se no salão do jogo da péla.

Foram acompanhados dos rebeldes do clero e da nobreza. Todos se declararam representantes não mais de estamentos, mas de toda a nação francesa, movidos pelo propósito – e proclamando-se investidos do poder – de constituir uma nova França. São palavras de SIEYÈS no seu *Proêmio à Constituição*: “Os representantes da Nação francesa, reunidos em Assembléia nacional, se reconhecem em posse, por razão de seus mandatos, da encomenda especial de regenerar a Constituição do Estado. Em conseqüência e a tal título exercerão o Poder Constituinte”.

A constituição escrita seria o instrumento dessa regeneração, renovando o pacto social. Coube a SIEYÈS a primazia de teorizar o poder constituinte, para explicar e justificar o poder que escreveria uma constituição.

SIEYÈS foi o iniciador da doutrina do poder constituinte. Ele a expôs em opúsculos, panfletos e discursos, dos quais o principal recebeu por título uma pergunta: *O que é o terceiro estado?*

Nesta clássica obra, respondendo a essa pergunta, ele explicou e acabou por concluir que o terceiro estado era o povo, ou melhor, a nação francesa, composta da união de todos os povos nela integrados, do passado ao presente e no futuro, embora situados em regiões várias. Por decorrência, seus representantes exerciam um poder que correspondia a um direito natural da

nação: o direito de constituir um Estado nacional íntegro, sem as divisões e as restrições herdadas da ordem política feudal, repleta de privilégios estamentais – os abomináveis restos do feudalismo – que cumpria à nação banir.

A nação não estava condicionada pela ordem anterior. Em torno dessa idéia-força de um poder constituinte incondicionado, não limitado senão pelo direito natural em que tinha raízes, o abade elaborou uma ideologia irresistível, opondo o poder ilimitado da nação ao poder absoluto do rei. Ou seja: um absoluto legítimo contra um absoluto ilegítimo. Ainda hoje essa ideologia é registrada pela doutrina juspositivista nas características que marcam o poder constituinte, em sua manifestação originária, como inicial de uma nova ordem jurídica, ilimitado perante a ordem anterior e incondicionado em sua manifestação⁹.

a) Origem Lógica

Essa origem histórica ocasionou a origem lógica do poder constituinte. A necessidade lógica atendeu à necessidade histórica. No momento revolucionário em que foi necessário teorizar um poder que aparelhasse e justificasse a ação dos representantes do terceiro estado contra o absolutismo do rei, o poder constituinte teve sua existência deduzida racionalmente dos poderes constituídos.

A existência de um poder constituinte anterior e superior aos poderes constituídos é exigência lógica. Se existe um fato constituído, antes dele existe um fator constituinte, que é superior a ele, porque é causa dele. O abade SIEYÈS, no seu *Proêmio à Constituição*, bem o disse que uma constituição pressupõe antes de tudo um Poder Constituinte. Também o disse em seu opúsculo-mor que essas leis são ditas fundamentais, não no sentido de que elas possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os órgãos que existem e agem por elas não podem nelas tocar.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 29 ed. S. Paulo: Saraiva, 2002. p. 28.

Isso porque, em todas as suas partes, a constituição não é a obra de um poder constituído, mas do poder constituinte. Decorre então a evidente constatação de que o poder constituinte originário é a expressão maior da soberania do Estado.

Para MICHEL TEMER, o Poder Constituinte “é a manifestação soberana de vontade de um ou alguns indivíduos capaz de fazer nascer um núcleo social”.

O Estado é sociedade política, de fins políticos. Os “sócios” decidem a estrutura da sociedade, seja ela comercial, literária, ou política. No caso da sociedade política, os “sócios” são todas as pessoas que compõem o Estado, formando o povo.

FRIEDRICH MILLER¹⁰ lembra que o poder constituinte do povo é tentado no modelo de estado de Rousseau; “e em todos os lugares onde os atingidos pelas decisões são simultaneamente os autores das decisões: na *pólis* ateniense de Péricles, na democracia dos conselhos”.

Bom registrar que não se confunde o Poder Constituinte com a sistematização do estudo da sua teoria. Conforme lembra PAULO BONAVIDES¹¹, o primeiro sempre existiu em qualquer sociedade política. A sua teorização, no entanto, foi que melhor apareceu no final do século XVIII quando o abade SIEYÈS explicitou o Poder Constituinte como fonte da Constituição em 1788, no panfleto “*QU'EST-CE QUE LE TIERS ETÁT?*” (“Que é o terceiro Estado?”), onde o pensador e revolucionário francês faz distinção entre poder constituinte, que reside sempre no povo, e poderes constituídos, os quais derivam do primeiro.

O Poder Constituinte nacional pode ser definido como

“a soberania a serviço do sistema representativo, ou a caracterização diferente que a soberania toma ao fazer-se dinâmica e criadora de instituições, ou ainda, por outro aspecto, a soberania mesma, quando ela se institucionaliza num princípio impessoal, apto a transcender a vontade governativa do monarca do príncipe com poderes absolutos”¹².

¹⁰ In *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Tradução de Peter Naumann, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004., página 26.

¹¹ In “Curso de Direito Constitucional”, Malheiros Editores, 7ª. edição, 1997, pág. 120 e ss.

¹² Idem, pág. 121.

b) Constitucionalismo

Mais recentemente, especialmente com a exigência mais acentuada de uma definição do papel do Estado, verifica-se uma melhor compreensão da concepção constitucionalista, especialmente no aspecto da contenção do poder.

Aparece com mais nitidez “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”¹³.

O Constitucionalismo representa, nas palavras de CANOTILHO, “uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”¹⁴.

Como registra NICOLA MATTEUCCI¹⁵, a compreensão de que todo poder político tem de ser legalmente limitado é a maior contribuição da Idade Média para a história do Constitucionalismo. A descoberta e aplicação desses limites é própria do Constitucionalismo moderno.

Radica a compreensão da constituição no sentido moderno em duas idéias básicas. A primeira, de racionalizar o Poder Político, ordenando-o, fundando-o e limitando-o. E a segunda, no reconhecimento e garantia dos direitos e liberdades do indivíduo.

Com base neste postulado CANOTILHO¹⁶ lembra que o movimento constitucional do início do século XIX firmou o *conceito ideal de constituição*, para o qual a mesma deve conter, indistintamente três características: a) consagrar um sistema de garantias da liberdade (direitos individuais e participação popular no Parlamento); b) adotar o princípio da divisão dos poderes, garantindo-se inclusive proteção contra abusos dos poderes estaduais; e, c) assumir a forma escrita¹⁷.

¹³ J.J. Gomes Canotilho, In op. Cit. Página 47.

¹⁴ In op. Cit. Página 47.

¹⁵ BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Incola & PASQUINO, Gioanfranco. *Dicionário de Política*. 2ª Edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

¹⁶ Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

¹⁷ ANDRÉ RAMOS TAVARES, analisando o tema, afirma que a forma escrita tem três características: a) a publicidade que permite um amplo conhecimento da estrutura do poder e das garantias de direitos; b) a clareza e

A história¹⁸ revela traços marcantes do desenvolvimento do constitucionalismo. De qualquer forma, é com a eclosão da Revolução Francesa, no particular inspirada na experiência americana¹⁹, que o movimento ganha evidência e se espalha pelo Velho Continente. Em 26 de agosto de 1.789, é editada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão²⁰, e em 1.791 a primeira Constituição formal europeia que tem a declaração como preâmbulo. A partir deste marco começam a surgir constituições por toda a Europa e, em decorrência, por outros países.

A idéia de formação de um texto constitucional pode ser atribuída, inicialmente, às chamadas teorias contratualistas ou convencionistas de HOBBS, em seu *Leviatã*, LOCKE, em seu *Tratado do Governo Civil* e ROUSSEAU, no clássico *Contrato Social*.

Todavia, com o amadurecimento da compreensão do constitucionalismo, assiste razão a ANDRÉ RAMOS TAVARES²¹ quando afirma que

“não mais se justificam, contudo, aquelas teorias, à luz do constitucionalismo atual, que atingiu um grau de maturidade e independência suficiente para se ‘legitimar a si mesmo’, sem a necessidade de socorrer-se daquelas ficções contratuais anteriormente elaboradas. O constitucionalismo, pois, exala uma energia, uma firmeza e uma estabilidade que o têm sustentado até os dias de hoje.”

De tudo isto, nota-se que o ponto mais antigo, e, ao mesmo tempo, mais atual do constitucionalismo, reside na assimilação das limitações constitucionais, dirigidas que são a todos os integrantes da sociedade politicamente organizada.

O traço marcante, desde o início do desenvolvimento do conteúdo constitucional, é a inteligência teórica dirigida à limitação do poder/governo pelo Direito.

a unificação que afasta as incertezas e dúvidas sobre os direitos e os limites do poder; e, c) a segurança, por proporcionar clareza à compreensão do poder. In *Curso de Direito Constitucional*, página 10.

¹⁸ Esta autoria reconhece a importância do desenvolvimento histórico do constitucionalismo, mas, com o único propósito de não se desviar do tema central, resume-se a registrar apenas estas singelas observações.

¹⁹ Costuma-se indicar o *Agreement of the People* (1647-1649) como a primeira tentativa de constituição escrita e o *Instrument of Government* como a primeira efetiva constituição escrita.

²⁰ O Artigo 16 deste histórico documento deixa registrado que “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a repartição dos poderes determinada, não tem constituição”.

²¹ In *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, página 13.

c) A Legitimação Democrática do Poder

Ainda que um processo gradual e inacabado, com linhas não bem traçadas, vêm-se tentando definir o *Estado Constitucional*. Mesmo hoje, as relações entre a constituição e o Estado não são claras.

Todavia, o desenvolvimento do tema central tem como pressuposto a vinculação do Estado ao Direito, reconhecendo os direitos e garantias fundamentais, informada pelo princípio da separação de poderes.

Bom registrar que, para se apresentar como Estado Constitucional, não é suficiente a submissão ao direito, mas também ao princípio democrático, porquanto o estado tem de estruturar-se como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. O poder deve ser organizado e exercido com base na soberania popular, posto que o poder político deriva do poder dos cidadãos.

A idéia central de Estado de Direito Democrático acrescenta aos postulados “governo de leis e não de homens”, e do “Estado submetido ao direito – *rule of law*”, a legitimação democrática do poder.

d) Supremacia Constitucional

A distinção entre Poder Constituinte e Poderes Constituídos (estes últimos, modernamente, podem ser representados pelas instituições do executivo, do legislativo e do judiciário), só se reveste de importância nas constituições rígidas, pois só aí há supremacia. São conceitos interdependentes entre si: rigidez constitucional, supremacia constitucional e controle de constitucionalidade.

Da rigidez, decorre a supremacia constitucional, que coloca a constituição no vértice do sistema jurídico. Assim, em princípio, todos os atos políticos só serão válidos se não contrariarem a Lei Maior.

Assim, de acordo com o brocardo latino, *salus populi suprema lex esto*²².

É o princípio da compatibilidade vertical, pelo qual as normas inferiores só valem se compatíveis com as superiores. A supremacia constitucional, sob o ângulo político-jurídico, compreende dois aspectos diferentes: a supralegalidade de suas regras e a imutabilidade relativa de seus preceitos. Só é possível falar em rigidez e supremacia se houver a previsão de mecanismos de controle de constitucionalidade.

Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação ou compatibilidade de um ato estatal com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais. GUILHEME PEÑA DE MORAES (2003, p. 145) vale-se de uma figura de linguagem para evidenciar que

“o controle de constitucionalidade é o sistema de imunização da Constituição, dado que a atividade preventiva ou repressiva, desempenhada por órgãos de natureza política ou judicial, pode importar na avaliação de normas infraconstitucionais que contravenham à forma e/ou matéria das normas constitucional em virtude da supremacia e rigidez da Constituição”.

A exata verificação desta característica reclama a existência de um escalonamento normativo, onde a constituição reside no ponto superior que legitima os atos decorrentes e inferiores, exigindo, portanto, compatibilidade vertical.

A constituição, desta forma, está no vértice da pirâmide jurídica, que não pode ser visto como um simples sistema coordenado de normas, colocadas uma ao lado das outras, mas, como explica HANS KELSEN²³,

“uma série escalonada de diferentes zonas normativas, que, em esquema, podemos apresentar da forma seguinte: o grau supremo de uma ordem jurídica estatal é formada pela Constituição cuja função essencial consiste em determinar os órgãos e o processo da criação das normas jurídicas gerais, quer dizer a legislação. O grau imediato é constituído pelas normas gerais

²² A salvação do povo deve ser a lei suprema.

²³ Keelsen, Hans, *Teoria pura do Direito*. 2ª Ed. Revista da Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais, páginas 104/105.

criadas pelo processo legislativo, cuja função consiste não só em determinar os órgãos e o processo, **mas também, em essência, o conteúdo das normas individuais, criadas ordinariamente pelos tribunais e autoridades administrativas**".

CELSE RIBEIRO BASTOS²⁴ registra esta subordinação das normas inferiores, lembrando que a norma "superior demanda obediência da subordinada, de tal sorte que esta lhe deverá sempre inteiro cumprimento sob pena de vir a ser viciada".

ALEXANDRE DE MORAES²⁵ realça que a verificação de compatibilidade dos atos com a constituição se configura

"numa garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito".

A constituição, como se verifica, tem características especiais. O Ministro CARLOS AYRES BRITTO²⁶ discorrendo sobre o tema lembra que "a constituição cria o Ordenamento, mas não o libera para crescer inteiramente à solta. Mantém o ordenamento sob tutela, como se o Ordenamento fosse uma pessoa incapaz de sair da menoridade".

Para CLÉMERSON MÉRLIN CLÉVE (2003, p. 387) a constituição ocupa a posição de centro no ordenamento, sendo muito mais que um conjunto normativo hierarquicamente preeminente, para ele, a constituição "não é a ordem, mas é razão ordenante, razão esta que impõe que uma ordem seja feita pelo operador jurídico".

Apreender este conteúdo enseja a compreensão da convergência constitucional, bem colocada no Direito Italiano, por GUSTAVO ZAGREBELSKY (página 14):

"... ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir".

²⁴ In *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Ed. Celso Bastos, página 64.

²⁵ In *Direito Constitucional*, 13ª Edição, página 578.

²⁶ In *Teoria da Constituição*, São Paulo: Forense, 2003, página 126.

Da primazia normativa deriva a lição de que a constituição tem dignidade hierárquica superior, donde se extrai o princípio da conformidade de todos os atos do poder político com as normas e princípios constitucionais.

O princípio da constitucionalidade impõe a estrita obediência à constituição, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia do ato desconforme.

Sendo fonte primária da produção jurídica, as normas primárias constituem fundamento de validade das normas e atos inferiores ao mesmo tempo em que determinam²⁷ o conteúdo material destes últimos.

Segundo lição de JORGE MIRANDA, “constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre um coisa – a Constituição – e outra coisa – uma norma ou um ato – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível”²⁸.

A Constituição expressa a vontade soberana de uma Nação e, por isso a conformidade de uma norma ou ato com a Constituição é condição necessária para sua validade e eficácia, como bem afirma o jurista português:

“A concordância, a relação positiva da norma ou do acto com a Constituição envolve validade, o contraste, a relação negativa implica invalidade. Se a norma vigente ou o acto é conforme a Constituição reveste-se de eficácia; se não é, torna-se ineficaz”²⁹.

A supremacia da Constituição, alicerçada na doutrina bem posta, conduz ao problema de sua defesa, que tem despertado inquietações na doutrina, especialmente na busca de técnicas adequadas a eliminar a contradição à constituição.

²⁷ Oportunas as lições de Canotilho para quem não há norma constitucional de valor meramente moral ou de conselhos, avisos ou lições, mesmo as chamadas normas de eficácia limitada, na classificação de José Afonso da Silva, são dotadas de eficácia jurídica, pois possuem o efeito de impedir que o legislador comum edite normas em sentido oposto ao direito assegurado pelo constituinte, bem como possuem o condão de afastar as pré-existentes que disponham em sentido contrário.

²⁸ MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Reimp., Coimbra: Coimbra Ed., 1996, p. 11.

²⁹ Idem, *ibidem*.

A supremacia é assegurada por processos próprios que vêm negar aplicação e executoriedade de atos praticados contra seus comandos.

CAPÍTULO III – O CONTROLE DOS ATOS POLÍTICOS

a) A tripartição das funções estatais. De volta a tripartição do poder.

Tecnicamente, dentro de um sistema republicano, democrático de direito, o poder político é uno e pertence ao povo. Todo o poder instituído – executivo, legislativo e judiciário – deriva da constituição, porquanto tenha sido constituído por ela, com base num grau de especialização e fundamentado numa independência orgânica, mas prevendo a essencial harmonia entre cada um dos poderes.

Em decorrência do desenvolvimento da doutrina francesa, para que o Estado atue legitimamente, tem se aceitado a famosa teoria da tripartição do poder. Portanto, ele exerce funções que podem ser divididas em três tipos, a legislativa, a executiva e a judiciária. ARISTÓTELES já tinha esta noção³⁰, mas foi MONTESQUIEU, no “*O Espírito das Leis*”, quem primeiro afirmou que às três funções devem corresponder órgãos distintos e autônomos.

A repartição do poder foi concebida para evitar o abuso de quem o detém, porquanto a experiência histórica tem revelado que o poder vai até onde encontra os limites impostos a si. Para que os seus exercentes não possam abusar dele, é preciso que, pela disposição sistemática das coisas, o poder freie e controle a si mesmo³¹.

³⁰ Vide o seu *A Política*, obra em que o capítulo X é nominado “*Dos três poderes existentes em todo governo*”, e há menção ao poder deliberativo, ao poder executivo e ao poder judiciário.

³¹ Com o intuito, pois, de evitar abusos no exercício do poder político é que nossa Ordem Constitucional incorporou a consagrada doutrina que os norte-americanos denominaram “checks and balances”, muito bem sistematizada por Carlos Mário da Silva Velloso, In *Controle Externo do Poder Judiciário e controle de qualidade do Judiciário e da Magistratura: uma proposta*. Porto Alegre: AJURIS, nº 63, 1995, pp. 205/206;

Esse foi o ensinamento de MONTESQUIEU³² para sustentar que a liberdade política só pode ser encontrada nos governos moderados. Embora só existam em Estados moderados quando nestes não se abusa do poder.

Para que um poder controle – “sistemas de freios e contrapesos” - o outro, o grande clássico francês sustentou a doutrina da divisão dos poderes, assinalando que "estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de príncipes ou nobres, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou demandas dos particulares"³³.

Foi nessa linha de entendimento, que a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26.08.1789, obra da Revolução Francesa e que resume a sua ideologia político-jurídica, proclamou, no seu art. 16, que "*toda sociedade que não assegure a garantia dos direitos nem estabeleça a separação dos poderes, não tem constituição*".

Assim, à divisão funcional deveria corresponder uma divisão orgânica, que, na função legislativa (Poder Legislativo), inova a ordem jurídica, editando regras gerais, abstratas e impessoais; na função executiva (Poder Executivo), resolve as situações concretas de acordo com a Lei, chefiando o estado, o governo e a administração pública; e, na função judiciária (Poder Judiciário), aplica o direito aos casos concretos, resolvendo os conflitos de interesse, definitivamente.

A doutrina francesa, bem verificada pela teoria americana que melhor deu aplicação prática e rígida ao conceito europeu, conforme se observa da Constituição Americana de 17.09.1787, foi expressamente acolhida na atual Constituição Brasileira de 1988³⁴, cujo artigo 2º³⁵ ganhou destaque de cláusula pétrea.

³² *O Espírito das Leis*. Saraiva, 1996, tradução de Cristina Muracho.

³³ *Idem ibidem*.

³⁴ Esclarece PINTO FERREIRA, In *Teoria Geral do Estado*, 2º vol., 3. ed., Saraiva, 1995, p. 743, que o sistema político brasileiro, desde a Constituição do Império, de 25.03.1824, recebeu a influência decisiva do pensamento teórico da distinção de poderes. Consignava a existência dos poderes clássicos, aos quais ainda agregava o poder moderador, nas mãos do Imperador, com o papel essencial de equilíbrio e solução dos conflitos constitucionais. Trata-se de importante herança do direito português. Com a queda do Império, foi promulgada, em 24.02.1891, a primeira Constituição republicana, estabelecendo, na consonância dos ensinamentos de Montesquieu, o sistema de três poderes, cuja estrutura básica, no tópico, permaneceu a mesma nas Constituições subseqüentes, com os hiatos decorrentes do regime político corporificado na Carta outorgada em 10 de novembro de 1937 e durante o período de excepcionalidade da Revolução de 1964.

³⁵ Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Atualmente, a doutrina tem, embora ainda em vozes isoladas, elaborado críticas à tripartição do poder, sugerindo formatações diferenciadas, com especializações em mais de três funções, especialmente para diferenciar conceitualmente as chefias de Estado e do Governo.

No particular deve-se registrar a respeitosa opinião do professor PAULO NAPOLEÃO NOGUEIRA DA SILVA³⁶, para quem manter a chefia de governo e de estado concentradas no Poder Executivo

“foi a que encontraram para preservar os ensinamentos de sua formação quanto à existência de três Poderes, como pregado por Montesquieu faz cerca de trezentos anos; recusando-se, em suma, a abrirem mão da aludida reserva cultural, bom como a refletirem sobre a evolução das instituições. E enfim, como se aquela doutrina fosse a única no mundo, recusando-se a abrirem as janelas do conhecimento para novas – mas, já datando de cerca de cento e cinquenta anos – realidades diversas daquelas segundo as quais foram formados”.

O certo é que o Estado tem atuado praticando atos políticos das espécies administrativas, legislativas e judiciárias, colocando-os na ordem jurídica e reclamando aferição de compatibilidade constitucional.

b) Os atos políticos administrativos e legislativos

O Brasil, assim como o fazem diversas outras ordens jurídicas, adota o controle dos atos administrativos e do legislativo pelo Poder Judiciário. Aqui esse tipo de controle se dá nas formas difusa e concentrada, sendo a primeira estendida a todos os Juízes de qualquer grau e jurisdição, enquanto a segunda ocorre através de mecanismos processuais oferecidos diretamente à jurisdição do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Dentre as funções constitucionalmente conferidas ao Poder Judiciário, destaca-se aquela destinada ao cumprimento do seu papel de órgão controlador dos poderes políticos, que, em

³⁶ In *Princípio Democrático e Estado Legal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 30/31.

verdade, nada mais é que o reflexo do exercício do monopólio da função jurisdicional, preconizado pelo artigo 5º, inciso XXXV da Carta de 1988³⁷.

Deste monopólio de jurisdição decorre que quaisquer excessos que sejam verificados nos atos praticados pelo Poder Executivo ou Legislativo, por força de mandamento constitucional, não escaparão da apreciação do Poder Judiciário. É sua função característica a manifestação acerca da lesão ou ameaça a direitos e a guarda da Constituição Federal.

b.1) Controle do Poder Legislativo

Em relação aos atos típicos emanados do Poder Legislativo, o Judiciário exerce seu controle por meio do exame da constitucionalidade das leis. Este *judicial control* ou *judicial review* - doutrina célebre de origem norte-americana, especialmente verificada em 1803, no clássico caso *Marbury versus Madison*, através de decisão proferida pelo juiz MARSHALL da Suprema Corte Americana - foi incorporado ao ordenamento jurídico pátrio e recebeu adaptações e inovações do sistema de controle de constitucionalidade português, e, nos últimos tempos, do Direito Alemão e Austríaco.

Enquanto é dado ao Poder Político, legitimado pelo voto, criar as normas que vão ordenar a sociedade e organizar o Estado Democrático, é tarefa do Poder Judiciário reconhecer como válidas e impositivas a todas essas normas, verificando a sua respectiva adequação à Constituição³⁸.

Verificada qualquer contrariedade entre a lei resultante da atividade legislativa e os preceitos da Lei Maior, há de se fazer valer a supremacia das normas constitucionais, como já pregava JOHN MARSHALL (1803).

³⁷ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

³⁸ 5 Seguindo as lições do mestre luso MARCELLO CAETANO, In *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 6ª Edição, Tomo I, Editora Almedina. Coimbra (Portugal), 1996, pp. 344-45, “a verificação do respeito aos preceitos constitucionais pode ser material (ofensa ao próprio conteúdo da Carta), formal (inobservância ao processo) ou orgânica (vício da incompetência)”.

Com esta linha de pensamento, JOSÉ AFONSO DA SILVA³⁹ tem proclamado que é a Constituição Federal que outorga fundamento de validade à ordem jurídica, organiza a estrutura do Estado com o Poder tripartido, atribui competências e elenca um rol de direitos, garantias e liberdades.

Deste modo, imprescindível o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos para a harmonização e equilíbrio do Estado de Direito. Todavia, precisar o momento em que se pode ou em que se deve realizar esse ajuste à Constituição é que provoca algumas dissensões na Doutrina⁴⁰.

b.2) Controle do Poder Executivo

De outra parte, no que respeita aos atos praticados pelo Poder Executivo, seja no exercício da sua competência típica ou anômala, também estes não escaparão do crivo jurisdicional, especialmente com vistas a tutelar os direitos e garantias individuais - ou coletivos - assegurados na Carta Constitucional ou nos textos infraconstitucionais.

Aliás, dispõe a Constituição Federal de 1988 que é função precípua do Poder Judiciário apreciar lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), incluindo-se aí, por óbvio, as atuações do Estado-Administração que prejudiquem os administrados ou interesses da coletividade, agindo a função jurisdicional - poder estatal - de modo a solucionar os litígios.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ao discorrer sobre o controle da Administração Pública, faz menção ao monopólio da jurisdição para justificar o socorro ao Poder Judiciário em caso de lesão a direito, ainda que o autor da lesão seja o próprio Poder Público. Segundo, ainda, a autora, o Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer

³⁹ In *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 21ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2001, pp. 45-46;

⁴⁰ Autorizadas vezes registram a possibilidade de controle mesmo durante o processo legislativo, em observância às normas constitucionais ou regimentais previstas para a elaboração das leis ou emendas à Constituição. Outros, contrários a tal entendimento, manifestam-se pela impossibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário do desatendimento às regras do processo de criação das leis, admitindo-a apenas quando da aplicação da lei - já existente - a casos concretos ou por meio da ação direta.

natureza, mas sempre com base no questionamento acerca da sua (i)legalidade e (i)moralidade.

Pertinente, nesta etapa, a referência ao instrumento de que pode fazer uso o Presidente da República nos casos em que estejam presentes os requisitos constitucionais que o autorizam. De fato, a Medida Provisória, ato normativo com força de lei, emanado do Chefe da Administração Pública federal, no exercício de sua competência atípica - atividade de cunho essencialmente legislativo -, embora privativa - ou melhor, exclusiva, porque indelegável - por disposição dos arts. 62, caput e 84, XXVI da Constituição Federal de 1988, está sujeita também ao controle jurisdicional pelo Poder Judiciário. Este exame judicial deverá ser feito - concreta ou abstratamente - inclusive em face dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência.

b.3) Conclusão parcial

Embasado nessas disposições constitucionais é perfeitamente possível se afirmar a existência do controle jurisdicional dos atos administrativos e legislativos.

Os atos administrativos através do rigoroso controle promovido pelo judiciário e mesmo pelo legislativo, na fiscalização de contas, no controle do orçamento e dos gastos públicos, ou mesmo na competência para sustar atos normativos praticados pelo Poder Executivo e que exorbitem dos limites constitucionalmente previstos.

Já os atos legislativos são controlados tanto concreta como abstratamente e pela via concentrada e difusa.

Como exemplo do controle difuso, tenha-se em vista o art. 102, inciso III, alíneas “a” a “c”, da Constituição Federal, quando diz que “*Compete ao Supremo Tribunal Federal, julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal e julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição*”.

Quanto ao controle concentrado, é bastante que se veja o artigo 102, inciso I, alínea a, da Carta Magna que prescreve: “*Compete ao Supremo Tribunal Federal, processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*”.

c) Os atos judiciais

E os atos jurisdicionais, estão imunes a um controle de compatibilidade? São intangíveis especialmente aqueles que se encontram acobertados pela coisa julgada?

É o que veremos.

c.1) A atividade judiciária como serviço público.

A função judiciária, assim como a administrativa e a legislativa, constitui espécie de serviço público monopolizado pelo Estado, exercido para satisfazer a necessidade de interesse coletivo. Entretanto, embora existam diversos autores que adotam esse entendimento, este não é unânime na doutrina, pois, ser ou não a função judiciária serviço público irá variar a depender da amplitude do conceito que se dê a este último.

A locução serviço público, na lição de DIÓGENES GASPARINI⁴¹, comporta, pelo menos, três sentidos, quais sejam: o orgânico (complexo de órgãos, agentes e recursos da Administração); material (função, tarefa, atividade da Administração Pública destinada a satisfazer necessidade de interesse geral) e formal (submissão de certa atividade a um regime de direito público).

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, após explicitar que o conceito de serviço público pode ser amplo ou restrito, engloba ao primeiro conceito o serviço judiciário. Todavia, a ilustre

⁴¹ In *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995.

professora prefere adotar o conceito restrito que excluindo a atividade judiciária do conceito de serviço público⁴².

Também entende DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO⁴³ que o serviço público é atividade da Administração, uma vez que não inclui na edição legislativa de norma abstrata nem na decisão judiciária do conflito de interesses.

ODONÉ SERRANO JÚNIOR⁴⁴ se posiciona em sentido contrário: “sendo as atividades judiciárias prestadas por órgãos públicos, atendendo necessidade genérica e de interesse coletivo, não perde sua natureza de serviço público, sujeitando-se ao mesmo regime jurídico.”

E conclui, citando o entendimento de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR: “o serviço judiciário é, antes de tudo, serviço público (...) O ato judicial é, antes de tudo, um ato público, ato de pessoa que exerce o serviço público judiciário.”

Esse é também o entendimento de AUGUSTO DO AMARAL DERGINT⁴⁵:

“Se a prestação da tutela jurisdicional é exclusivamente incumbida ao Poder Público, em caráter obrigatório, não podendo os particulares ‘fazerem justiça’ de mão própria, o serviço judiciário configura, inequivocamente, um serviço público”.

Sendo assim, sustentada a natureza de serviço público, a coisa julgada seria o produto final do serviço, e, portanto, deveria estar submetida ao criterioso exame da compatibilidade constitucional.

⁴² In *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 80-83. “Não se pode dizer, dentre os conceitos mais amplos ou mais restritos, que um seja mais correto que o outro; pode-se graduar, de forma decrescente, os vários conceitos: os que incluem todas as atividades do Estado (legislação, jurisdição e execução); os que só consideram as atividades administrativas, excluindo jurisdição e legislação, sem distinguir o serviço público do poder de polícia, fomento e intervenção; os que preferem restringir mais para distinguir o serviço público das outras três atividades da Administração Pública. É neste último sentido que se utilizará a expressão doravante, de modo a distinguir o serviço público propriamente dito das demais atividades administrativas de natureza pública, seja polícia, fomento e intervenção”. Conclui definindo serviço público como sendo “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas sob regime jurídico total ou parcialmente público.”

⁴³ In *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

⁴⁴ In *Responsabilidade Civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá Editora, 1996, p.97.

⁴⁵ In *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1994, p.113

Ressalvada a controvérsia decorrente da inaceitação da prestação jurisdicional como serviço público, o fato é que a coisa julgada desconfirmadora da constituição está a merecer novo enfrentamento, diante das situações constrangedoras que vem sofrendo o judiciário, em face a perplexidade dos jurisdicionados em se depararem com circunstâncias inexplicáveis, baseadas em disparidades de julgamentos, sem que nada possa ser feito, uma vez que tais situações se agravam ainda mais quando acobertadas pelo manto da coisa julgada.

Máxime quando a coisa julgada inconstitucional se produziu sem que o processo tivesse chegado ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, e, além de ter atingido o trânsito em julgado, ultrapassou o prazo para uma possível rescisória, mas sua persistência vem a violar um direito fundamental.

Este é o propósito do presente estudo que antes, por razões metodológicas, procurará delinear a segurança jurídica como um instituto jurídico a ser observado e a coisa julgada como um mecanismo de concreção deste instituto.

CAPÍTULO IV – SEGURANÇA JURÍDICA

LUIS RECASENS SICHES aproxima a idéia de segurança a do próprio Direito quando afirma que “*Sin seguridad jurídica no hay Derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase*”.

A expressão máxima *savoir c’est prévoir* confirma que o homem estará seguro quando em condições de prever o que se sucederá ou quando puder ver de antemão e controlar os seus passos, “*como si se abriera una ventana por la cual fuera posible echar una ojeada al futuro*”. O seguro gera confiança (*fides*).

JEREMY BENTHAN, lembrado por GUSTAVO RADBRUCH⁴⁶, afirma que graças a segurança se pode prever o futuro e, portanto, tomar decisões que possam influenciá-lo. Adiante confirma que sobre a segurança repousam todos os planos, todo o trabalho e desenvolvimento da vida; com ela a vida não é simplesmente uma sucessão de instantes sem qualquer continuidade.

⁴⁶ *Introducción a La Filosofía Del Derecho*, trad. por W. Roces, ed. Fondo de Cultura Económica: México, 1955, pág. 42.

Conclui o jurista e filósofo com a segurança é uma característica da civilização, o que diferencia o homem culto do selvagem; a paz da guerra e o homem *de la bestia*.

Quando a segurança resulta do direito, diz-se haver segurança jurídica.

Muito embora no campo dos estudos de Teoria e Filosofia do Direito poucas sejam as pesquisas específicas sobre o tema segurança jurídica, o seu contemporâneo enfoque tomou vulto a partir do pós-guerra, sobretudo com o ressurgimento do Direito natural, as exaustivas investigações sobre os direitos humanos, garantias e liberdades individuais e os estudos constitucionalistas a respeito dos princípios e garantias fundamentais.

O argentino ATÍLIO ANÍBAL ALTERINI⁴⁷ afirma que:

“En términos generales, hay seguridad jurídica cuando el sistema ha sido regularmente establecido en términos iguales para todos, mediante leyes susceptibles de ser conocidas, que sólo se aplican a conductas posteriores – y no previas – a su vigencia, que son claras, que tienen cierta estabilidad, y que son dictadas adecuadamente por quien está investido de facultades para hacerlo. Todo ello permite calcular razonablemente las consecuencias de Derecho que tendrá en el futuro lo que se hace hoy”.

O cidadão, numa dimensão político democrática, necessita ter esta segurança jurídica da mesma maneira como o motorista necessita vislumbrar o caminho, vendo-o, para que o mesmo se torne previsível.

Em face disto, podemos admitir que a estrada "legalmente" sinalizada representa uma segurança jurídica, como fato material concreto. Logo, se pode concluir que a segurança é algo objetivo.

O condutor humano, valorando subjetivamente os sinais, conhecendo a via que percorre, elaborando roteiros razoáveis de previsibilidade, pode eticamente se conduzir com a certeza de agir direito, sem perigo de errar. Assim, a segurança é uma premissa interior necessária para os cidadãos, conferindo-lhe certezas que lhe permitem agir eticamente, adotando condutas razoáveis e previsíveis. Este postulado é o que vai permitir ao homem perceber que

⁴⁷ *La Inseguridad Juridica*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, pág. 19.

seu agir é correto e que suas atuações não poderão sofrer sanções, pois as rodovias (leis) não mudam seu traçado (princípio da legalidade) de forma a surpreender aos cidadãos.

A segurança não é, pois, um critério lógico da estrutura formal das normas, como se fosse elemento impregnado a elas e estático, mas é algo dinâmico que busca a *consecução dos bens e dos valores jurídicos*, mormente no Estado democrático de Direito, como o nosso, a partir da nova ordem constitucional de 1988.

A segurança jurídica dá suporte ao princípio maior do direito: o da justiça. Ela constitui um dos componentes da justiça geral, por ser condição da sociedade corretamente organizada.

LE FUR⁴⁸ aprecia o trinômio Segurança-Justiça-Bem Comum, como associados aos direitos fundamentais:

“...la justicia y la seguridad, lejos de ser verdaderamente antinómicas, son más bien los dos elementos, las dos caras del bien común o del orden público que, bien comprendidas, tienen el mismo sentido, un poco como se dice indiferentemente libertades individuales o derechos públicos, según que uno se coloque en el punto de vista del individuo o de la sociedad, lo que otros también han llamado libertades necesarias o derechos fundamentales”.

É exatamente dentre os aspectos mais convincentes de realização do valor da justiça que se encontra a exigência de segurança - ao lado de manifestações como a ignorância do Direito não escusa o cumprimento da Lei; a irretroatividade das leis (salvo *in bonam partem*), os direitos adquiridos e os atos jurídicos perfeitos – também manifestada na necessidade de se dar força *a coisa julgada* não a tratando como uma mera ficção, mas como um instituto de Direito, necessário para dar segurança aos julgados.

Vê-se que o princípio geral da segurança é exigível perante qualquer ato do poder, seja ele legislativo, executivo ou mesmo judiciário.

Com a proficiência comum GOMES CANOTILHO⁴⁹ enuncia:

⁴⁸ Louis LE FUR, *El fin del Derecho: Bien Común, Justicia, Seguridad*. In: “Los Fines del Derecho” (1967), p. 15.

⁴⁹ In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, página 252.

“O **princípio geral da segurança jurídica** em sentido amplo (abrangendo, pois, a idéia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões políticas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades como base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. As refrações mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a *actos normativos* – proibição de normas retroativas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) **relativamente a *actos jurisdicionais* – inalterabilidade do caso julgado;** (3) em relação a *actos da administração* – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constituídos de direitos”. (g.n).

Desta maneira, convém fazer breve referência de como a segurança jurídica será concretizada em cada uma das funções desempenhadas pelo Estado, de forma a permitir que o homem conduza, planifique e conforme autônoma e responsabilmente a sua vida.

a) Segurança jurídica e atos normativos

A segurança jurídica será confirmada na edição de atos normativos se estes resultarem da atuação de um sistema legislativo devidamente ordenado, no qual está previsto o cumprimento de determinados requisitos que modifiquem a norma jurídica.

Assim, em primeiro lugar, o órgão que edita a norma deve ter competência suficiente e sujeitar-se aos procedimentos próprios da atividade legiferante, previamente conhecidos e racionais.

Mas deve-se ficar claro que esta segurança não pode significar uma imobilidade da evolução normativa, apenas deve atender a racionalidade e proporciona a previsibilidade das mutações, para que o homem comum não seja surpreendido pela novel lei.

Mas não é somente isso. Sobre o tema, J.J. GOMES CANOTILHO⁵⁰, indica ainda ser necessário que haja precisão ou determinabilidade dos atos normativos.

⁵⁰ In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, página 253.

Assim, para o jurista português, duas idéias fundamentais reconduzem-se: a da exigência de clareza das normas legais evitando-se a dificuldade interpretativa de uma lei obscura ou contraditória que não pode levar a um sentido inequívoco da norma capaz de sustentar um solução jurídica a ser aplicada num caso concreto; e a da busca por uma densidade suficiente da norma que possa oferecer a medida jurídica capaz de

“(1) alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos; (2) constituir uma norma de actuação para a administração; (3) possibilitar, como norma de controlo, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos”⁵¹.

Ademais, deve-se proibir a que qualquer ato legislativo produza qualquer efeito jurídico antes de ganhar plena vigência nos termos constitucionais e legalmente proscritos. Trata-se aqui do princípio da proibição de pré-efeitos das leis e dos atos normativos. Igualmente inseguro seria se admitir a retroação de normas restritivas de direitos, liberdades e garantidas dos cidadãos; leis penais; leis fiscais; dentre tantas.

b) Segurança jurídica e atos administrativos

O ato administrativo goza de uma potencial imutabilidade que se traduz na auto-vinculação da administração – *sellsbindung* – e na tendência de manutenção do ato.

Não é por outra razão que WEIDA ZANCANER⁵² observou, ao sistematizar a matéria, que a administração deve, sempre que possível⁵³, convalidar o ato praticado. Aprofunda a professora paulista para afirmar que, mesmo diante de ato insuscetível de convalidação, terá a administração o dever de confirmá-lo se a situação por ele gerada já estiver estabilizada pelo direito⁵⁴.

⁵¹ In Op. Cit. Página 253

⁵² In *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, Malheiros: São Paulo, 2001, página 59 e seguintes.

⁵³ A Autora excepciona a hipótese de haver vício de competência em ato de conteúdo discricionário, bem como na hipótese de impugnação pelo interessado.

⁵⁴ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, In *Curso de Direito Administrativo*, 13ª edição, Malheiros: 2002, página 419, “Esta estabilização ocorre em duas hipóteses: a) quando já escoou o prazo, dito ‘prescricional’, para a administração invalidar o ato; b) quando, embora não vencido tal prazo, o ato viciado se caracteriza como ampliativo da esfera jurídica dos administrados e dele decorram sucessivas relações jurídicas que criaram, para sujeitos de boa fé, situação que encontra amparo em norma protetora de interesses

O administrativista CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, tratando dos princípios aplicáveis ao Direito Administrativo, indica o da segurança jurídica como um dos mais importantes porque confirmador da aspiração de estabilidade, conatural ao Direito, em que o cidadão esteja livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes:

“Esta segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso -, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas”⁵⁵.

Bem por isso que se firmou o entendimento de que as orientações firmadas pela administração sobre determinadas matérias embora possam ser modificadas, somente podem surtir efeitos a casos posteriores e após prévia e pública notícia.

Serve a boa-fé administrativa o corolário da segurança jurídica.

c) Segurança jurídica e atos jurisdicionais

Basicamente duas ordens de requisitos podem ser observadas na compreensão da segurança como instrumento da realização da justiça.

A primeira é objetiva e se verifica na medida em que haja *correção estrutural* do sistema materializada na tarefa legislativa de formulação estruturada do ordenamento jurídico. De outra parte, faz-se imprescindível a existência de uma *correção funcional* que assegure o

hierarquicamente superiores ou mais amplos que os residentes na norma violada, de tal sorte que a desconstituição geraria agravos maiores aos interesses protegidos na ordem jurídica do que os resultantes do ato censurável.”

⁵⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, In *Curso de Direito Administrativo*, 13ª edição, Malheiros: 2002, página 106.

cumprimento do direito por seus destinatários tanto na área particular, quanto na área administrativa e judiciária.

A segunda é subjetiva e equivale a certeza do direito. Subjetivamente tem-se duas fontes de referência, a própria lei e sua aplicação concreta. Isto pode se dar por um administrador, ao despachar um simples requerimento, ou por um Juiz, ao proferir uma decisão, *certificando o direito*. Somente assim pode o cidadão ter conhecimento prévio das conseqüências de seus atos. No momento em que o sujeito se conscientiza plenamente do que pode fazer, ou não, ele tem a certeza do direito.

A idéia nuclear da segurança jurídica desenvolve-se sobre os conceitos da estabilidade das decisões dos poderes públicos que não podem ser modificados arbitrariamente, admitindo-se a alteração somente se presentes pressupostos materiais essencialmente relevantes; e da previsibilidade ou calculabilidade em relação aos efeitos jurídicos decorrentes destas decisões.

A segurança jurídica no âmbito da atividade jurisdicional aponta para a criação do instituto jurídico da *coisa julgada* ou *caso julgado*, porquanto este se assenta na estabilidade definitiva das decisões judiciais proferidas em termos definitivos e irretroatáveis, impondo-a as partes, aos tribunais e a todas as autoridades.

A coisa julgada é um postulado da segurança jurídica, e esta foi conquistada pelo cidadão contra o arbítrio, por isso, sua dimensão democrática inafastável, realizadora do estado democrático de direito.

Por esta razão, as exceções ao caso julgado deverão ter um fundamento material inequívoco. É o que se verá adiante, após investigação acerca da segurança jurídica na Constituição do Brasil de 1988.

- A Segurança na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A segurança jurídica está colocada na Constituição Federal sob, pelo menos, três aspectos: como princípio, como valor e como direito fundamental.

Da leitura do Texto sobressaem expressões tais como "assegurar", "amparar" (amparo ao direito subjetivo), "garantir" (todas as garantias dadas pela Lei ou pela Justiça), "proteger" (proteção aos direitos individuais, coletivos ou difusos), além de diversas referências a "instituir" e "constituir". Note-se que em todas há um princípio ou um valor jurídico.

- Segurança como princípio

Num sentido comum princípio é “o primeiro momento da existência (de algo), ou de uma ação ou processo; começo, início”⁵⁶.

Na acepção jurídica, princípio corresponde ao “mandamento nuclear de um sistema”, consoante lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA⁵⁷.

CARMEM LÚCIA ANTUNES DA ROCHA afirma que “No princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema normado”.

Muitas decisões políticas fundamentais devem se basear nos princípios porque deles designam as primeiras verdades como preleciona LUIS DIEZ PICAZO.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO⁵⁸ define princípio jurídico como:

“mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”

O professor de Direito Público, EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA, ensina que a Constituição assegura uma unidade do ordenamento, essencialmente à base de uma ‘ordem de valores’

⁵⁶ Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa – versão 1.0 eletrônico

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 14ª edição, revista. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

⁵⁸ Curso de Direito Administrativo (1994), p. 450

materiais por ela expressos, e não sobre as simples regras formais de produção de normas, dizendo mais que:

“La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales de Derecho, que o al intérprete toca investigar y descubrir (sobretudo, naturalmente, al intérprete judicial, a la jurisprudencia), o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre todos...unos valores sociales determinados... como primordiales y básicos de toda la vida colectiva.”⁵⁹.

O Direito aspira ordenar as relações jurídicas de modo seguro, de forma tal que qualquer um deve saber as conseqüências jurídicas de seus atos, pois se confia que efeitos idênticos resultem de posturas iguais. A previsibilidade representa, portanto, instrumento essencial da segurança jurídica. Somente quando a reação do direito pode ser prevista é que cabe falar de segurança ou certeza do direito.

O princípio da segurança jurídica é corolário do da aplicação e da supremacia constitucional. Uma vez que se impõe a todos os agentes da ação estatal esta conformidade, se tem como válida a formulação de que a constitucionalidade revela a previsibilidade: o correto e previsível será sempre o agir constitucional.

- Segurança como valor

Na lição de ROBERT ALEXY⁶⁰, os valores e os juízos de valoração são utilizados de três formas: classificatório, comparativo e métrico.

Enquanto no juízo classificatório se busca catalogar os objetos avaliados entre aqueles que têm um valor positivo, negativo ou mesmo neutro, o comparativo permite chegar a uma valoração mais diferenciada na medida em que se poderá dizer que um objeto tem um valor superior ao do outro, como na expressão, *a Constituição de 1988 é mais democrática que as de 1967/1969.*

⁵⁹ *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 98. Ap. Celso Ribeiro Bastos. *Curso de Direito Constitucional* (1988), p. 138, Nota 2.

⁶⁰ *In Teoría de Los Derechos Fundamentales*, páginas 142 e seguintes.

Expressam, pois, juízos de preferência ou de equivalência ao passo em que no valor métrico se procura expressar um número que indica um valor, buscando identificar magnitudes, como no exemplo da atribuição de notas numa escala de zero a dez.

Note-se que sempre se busca, nos três métodos, produzir um juízo de algo que tem um valor. Portanto tratam-se de critérios de valorização que ao Direito Constitucional interessa com muita intensidade. O classificatório e o métrico se revelam de pouca utilidade ao estudo da disciplina porque estabelecem, *a priori*, já uma definição da regra de ponderação que deverá ser posteriormente aplicada.

Porém, como se notou, isto não é suficiente para explicar o que leva algo ter um valor ou porque a segurança pode ser classificada como tal. Por isso se torna necessário retirar da Constituição a segurança como um valor a ser preservado.

A segurança, vem indicada desde o preâmbulo⁶¹, quando a Constituição se refere à instituição de um Estado Democrático de Direito destinado a “(...) assegurar (...) a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...” (grifos nossos).

As tendências axiológicas da Constituição revelam existirem "valores superiores" a serem observados.

O próprio desdobramento constitucional faz constatar uma supremacia constitucional que garante a consistência do sistema normativo; um conjunto de princípios e objetivos fundamentais que deverão ser perseguidos (Constituição Dirigente); além de condutas preestabelecidas ao ente estatal e a comunidade como um todo.

Tudo isto transforma a vida do homem em sociedade algo seguro porque ele passa a conhecer as regras que o permitem se conduzir retamente, de forma tal que sua dignidade pessoal seja respeitada e para que ele possa respeitar a dos semelhantes. Assim, a segurança é um valor

⁶¹ Importa marcar a fundada controvérsia acerca da natureza jurídica do preâmbulo da Constituição, deixando consignado que STF tem julgado definindo que o mesmo não é dotado de normatividade jurídica.

que confirma o princípio da dignidade do ser humano⁶², inscrito no artigo 1º, inciso III da CF/88.

A dignidade, como pontua JORGE MIRANDA⁶³, “pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”.

A dimensão positiva da dignidade presume o pleno desenvolvimento de cada pessoa, que supõe, de um lado, o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possibilidades de atuação próprias de cada homem sem ser surpreendido, posto que a conseqüência de sua conduta é previsível.

Por isso, a segurança deve ser vista como um valor constitucional que imanta a compreensão do sistema jurídico.

- Segurança como direito fundamental

Além de um princípio e de um valor, a segurança no Brasil deve ser identificada como um direito fundamental.

A definição conceitual dos direitos fundamentais enfrenta o desafio da denominação referi-se a um gênero cujas espécies rigorosamente não foram reunidas por afinidades ou características de identidade, mas exatamente por serem, cada uma delas, em si mesmas, em sua essência, detentoras de uma característica peculiar de relevância no mundo social-político e jurídico que a coloca num patamar de maior elevação dentre as demais normas.

Com efeito, ao se falar de direitos fundamentais refere-se ao conjunto formado por todo e qualquer direito que receba o qualificativo de fundamental, e esta classificação não é feita por nenhuma característica extrínseca que o identifique como tal, senão pela própria natureza do

⁶² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia, São Paulo: Atlas, 1989, p. 36, afirma que “o sentido da dignidade humana alcança, assim, a própria distinção entre Estado e Sociedade Civil, ao configurar o espaço de cidadania, que não se vê absorvida nem por um nem por outro, mas deve ser reconhecida como um pressuposto de ambos. Significa que, constitucionalmente, está reconhecido que o homem tem um lugar no mundo político em que age”

⁶³ MIRANDA, Jorge – Manual de Direito Constitucional, tomo IV, p. 168/169

mesmo, ou seja, não há porque estarem reunidos sob um mesmo manto conceitual o direito à vida, à liberdade, ao meio ambiente saudável, ao julgamento pelo juiz natural, à unidade da jurisdição Estatal, à imagem, e outros tão distintos entre si, senão pelo fato de constituírem, juntamente com outros, direitos elementares, básicos, de fato imprescindíveis ao estabelecimento de uma sociedade pluralista que a evolução histórica denominou de Estado Democrático de Direito.

É importante realçar que não existe um modelo ou molde que possa servir de paradigma de comparação para identificar-se se um determinado direito será ou não fundamental porque esta caracterização será sempre condicionada às circunstâncias históricas da avaliação, conclusão da qual não se pode fugir após restar inequivocamente demonstrado que embora alguns dos direitos fundamentais possam ter pretensões de universalidade, a maioria não consegue legitimar-se socialmente nem mesmo no mundo contemporâneo, haja vista a dificuldade que sentem em ultrapassar as fronteiras do mundo ocidental.

No próprio ocidente os direitos fundamentais evoluíram no tempo de acordo com o desenvolvimento histórico da sociedade para, partindo dos chamados direitos de primeira geração, gradativamente incorporarem os de segunda, terceira e até de quarta e quinta geração. Em específico no direito brasileiro, a denominada “inflação” de direitos fundamentais, patrocinada pela Carta Constitucional de 1988, revela que não se trata de direitos atemporais, imutáveis e universais, não obstante não se veja, como assinala MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, como negativo o crescimento do número de direitos guindados à esta categoria, conseqüência inevitável da complexidade das sociedades modernas.

Evidente o componente histórico da conceituação, a justificar uma análise do contexto no qual se desenvolveu a concepção dos direitos fundamentais, para o que é útil conhecer os objetivos do movimento histórico no signo do qual, se não surgiu, ganhou nova dimensão a discussão dos direitos fundamentais.

A abordagem dirigida ao reconhecimento dos direitos fundamentais - assim como de significativa parte das normas constitucionais - passa ao largo de um aspecto que merece especial atenção: sua dimensão axiológica. Como professora WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, a constituição é integrada de normas regra e normas princípios, esclarecendo:

“Já os princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre si.

Os princípios jurídicos fundamentais, dotados também de dimensão ética e política, apontam a direção que se deve seguir para tratar de qualquer ocorrência de acordo com o Direito em vigor, caso ele não contenha uma regra que refira ou que discipline suficientemente.” (, p. 17)

Os direitos fundamentais, em sua maioria, identificam-se como normas princípios, daí a importância de sua legitimidade - pilar de conteúdo axiológico no qual sustenta-se sua existência. De fato, em se tratando de princípio, cuja aplicação envolve “*um esforço muito maior do que a aplicação de regras*” sua efetividade está muito mais condicionada a ser um reflexo preciso das concepções valorativas da sociedade.

O direito contemporâneo, como resultante das forças reais de poder referidas por FERDINAND LASSALE na obra clássica “*A essência da Constituição*” evoluiu tentando, sem pleno êxito, acompanhar a multiplicidade da vida em sociedade desta época, para um complexo de sistemas e microsistemas jurídicos, cuja integração científica é cada vez mais difícil, mas com um ponto de identidade: a concepção de que a regulação social através das normas jurídicas deve temperar as mais variadas relações do Estado com os particulares e destes entre si, compensando as desigualdades, como único meio de evitar a dominação desmedida dos mais poderosos, asfixiante, em último grau, da própria liberdade e dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, notadamente na qualidade de princípios, são, portanto, fatores de integração de um ordenamento multifacetário e complexo, cujo papel é tanto fundamental quanto - paradoxalmente - negligenciado pela dificuldade que temos de enxergar e fazer prevalecer os valores que são o verdadeiro objeto de sua existência.

Como bem assinalou NORBERTO BOBBIO: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas jurídico” (BOBBIO, 1992, p. 24).

Daí poder-se concluir que o Estado Democrático de Direito não significa apenas a observância da lei, em sentido formal, pois, lembrando da visão de KELSEN, esta pode significar a legitimação das legislações totalitárias, injustas ou mesmo hediondas (como as que permitissem a supressão da vida dos opositores do regime), mas a prevalência dos efetivos e reais valores escolhidos pela comunidade, e, em decorrência, a criação desta nova ordem deve guardar com as bases sociais relação de identidade ideológica sem a qual, nenhuma mudança é definitiva.

A questão, portanto, é de legitimidade confirmada na Constituição que possui a qualidade de repositório dos valores e conceitos essenciais da comunidade que a promulga e berço da concepção moderna de Estado de Direito, como assinalam NORBERTO BOBBIO:

“No momento em que essas teorias são acolhidas pela primeira vez por um legislador, o que ocorre com as Declarações de Direitos dos Estados Norteamericanos e da revolução francesa (um pouco depois), e postas na base de uma nova concepção do Estado - que não é mais absoluto e sim limitado, que não é mais fim em si mesmo e sim meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência - a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivos.” (BOBBIO, Norberto, 1992, p. 29).

Estas contribuições, nas quais se vislumbra a formação deste Estado de Direito e sua origem constitucional, revelam a inter-relação entre as normas fundamentais e os ideais primários da sociedade.

Lastreado nesta premissa se verifica que, ao lado da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, o art. 5º, caput, da Constituição Federal inseriu dentre os direitos fundamentais a *segurança*.

Como direito fundamental, a segurança jurídica se apresenta no Texto de 1988 como uma proteção do cidadão quando, por exemplo, impõe ao Estado a defesa do meio ambiente (art. 170, inciso VI) ou a proteção da infância e da juventude (art. 227). Além disso, a segurança se materializa nas garantias constitucionais amplamente verificadas nos remédios heróicos do *habeas corpus*, por exemplo.

Todavia, no corte que interessa ao desenvolvimento do presente trabalho, a segurança jurídica possui uma matização de tutela quando trata da irretroatividade, ao declarar que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a *coisa julgada*" (inc. XXXVI); ou, p. ex., quando enuncia o princípio da legalidade (inc. II).

No que se refere ao direito adquirido, temos como algo que já se estabilizou como justo, seja nas relações jurídicas privadas, como nas públicas. É o direito que resulta da lei, diretamente ou por intermédio de fato idôneo, e passa a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito de direito. Da mesma forma, o ato que se consumou de acordo com a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

Dentre todas, a coisa julgada parece ser mais relevante, pois enquanto nos outros se pode interferir, anulando, desconstituindo ou modificando, nesta, a princípio, nada se pode opor.

Falou-se *a princípio* porque se falará exatamente da sua relativização, bem como se deixa registrada a sua quebra pela ação rescisória e/ou pela ação declaratório de nulidade, promovidas nos estritos limites legais.

Há casos julgados que, por sua relevância, transcendem o direito das partes: através da jurisprudência e da uniformização sumulada, constituem Direito novo, verdadeiro Direito Sumular⁶⁴, muitas vezes vinculantes.

Assim, pois, as três tutelas (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada), constituem institutos máximos da segurança jurídica, dentre elas se destacando a coisa julgada.

CAPÍTULO V – A COISA JULGADA

a) Noções

⁶⁴ A expressão foi cunhada pelo Min. José Pereira LIRA, *O Direito Sumular*, Rev.Serv.Pub., vol. 106, n. 2 (1971); e largamente utilizada pelo Prof. Roberto ROSAS, *Direito Sumular*, (várias edições), Álvaro de MELO Fº, *Direito Sumular Brasileiro*, RF 289: 417-427; RePro 43: 243-259); Lincoln Magalhães da ROCHA, *Direito Sumular*; e outros.

A inalterabilidade das decisões judiciais firmes constitui um pressuposto indispensável a segurança jurídica.

PAULO DE BARROS CARVALHO⁶⁵ fala da segurança jurídica a constituir um daqueles a que denomina sobreprincípios, ou seja, "conjuntos de princípios que operam para realizar, além dos respectivos conteúdos axiológicos, princípios de maior hierarquia". E complementa: "Não haverá respeito ao sobreprincípio da segurança jurídica sempre que as diretrizes que o realizem venham a ser concretamente desrespeitadas e tais situações infringentes se perpetuem no tempo, consolidando-se".

Por isso, as decisões emanadas desse Poder Judiciário livre e independente devem, em princípio, persistirem.

Desde os romanos a coisa julgada traz em si a idéia de certeza, estabilidade e definitividade do que decidido⁶⁶. Nela vislumbra-se força de lei⁶⁷ ou até uma função criadora do direito.

O termo coisa julgada deriva da expressão latina *res judicata*, que significa *bem julgado*⁶⁸. Consiste na imutabilidade e indiscutibilidade da sentença, comportando cisão apenas se configurada uma das causas expressas taxativamente no Código de Processo Civil Brasileiro para o ajuizamento de ação rescisória ou da ação anulatória.

Em que pese se considerar consenso entre os juristas o fato de serem a imutabilidade e indiscutibilidade inerentes à coisa julgada, seu conceito não é uniforme.

ENRICO TULLIO LIEBMAN⁶⁹ considera a coisa julgada uma *qualidade* intensa e profunda do comando da sentença, que reveste o ato em seu conteúdo, tornando imutáveis, além do ato em sua existência formal, também os seus efeitos, quaisquer que sejam.

⁶⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. "O Princípio da Segurança Jurídica". In Revista de Direito Tributário, v. 61, p. 89.

⁶⁶ 5 - No Código de Processo Civil Brasileiro vigente não é outra a orientação do legislador, como se pode vislumbrar do teor do artigo 467 que diz: "Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário".

⁶⁷ A propósito verifique-se o artigo 468 do Código de Processo Civil que afirma: "a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas".

⁶⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da Coisa Julgada. p. 20.

⁶⁹ In *Eficácia e Autoridade da Sentença*. p. 50

GUILHERME ESTELLITA⁷⁰, ao seu turno, conceitua a coisa julgada como a *eficácia* do conteúdo da sentença, sendo seu *efeito* característico como ato jurisdicional. A decisão, em sua concepção, em virtude da autoridade da coisa julgada, se impõe como solução definitiva e irretorquível da controvérsia levada a juízo.

Neste sentido, CELSO NEVES⁷¹ afirma ser a coisa julgada o *efeito* da sentença definitiva sobre o mérito da causa que, pondo termo final à controvérsia, faz imutável e vinculativo, para as partes e para os órgãos jurisdicionais, o conteúdo declaratório da decisão judicial.

COUTURE⁷² após tantas advertências preliminares conceitua a coisa julgada como autoridade e eficácia de uma sentença judicial, quando não existe contra esta meios de impugnação que permitam modificá-la:

La cosa juzgada es el atributo específico de la jurisdicción. Ninguna otra actividad del orden jurídico tiene la virtud de reunir los dos caracteres arriba mencionados: la inmutabilidad y la coercibilidad. Ni la legislación ni la administración pueden expedir actos con estas modalidades, ya que, por su propia naturaleza, las leyes se derogan con otras leyes y los actos administrativos se revocan y se modifican con otros actos.⁷³

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁷⁴ afirma que ao proferir a sentença de mérito o órgão judicial formula a norma jurídica concreta que deve disciplinar a situação litigiosa trazida à sua apreciação. Necessidades de ordem prática exigem que se assegure estabilidade à tutela jurisdicional assim dispensada. Atende assim a lei à exigência tornando imutável e indiscutível, a partir de certo momento, o conteúdo da norma formulada na sentença.

PERELMAN⁷⁵ ao analisar a coisa julgada, compara inicialmente a liberdade que tem o cientista independente em suas pesquisas com o juiz que não possui essa mesma liberdade, pois não escolhe os processos que terá de analisar, ficando encarregado de julgar uma lide, e, ao fazê-

⁷⁰ In *Da coisa Julgada*. p. 10 e 11.

⁷¹ In *Coisa Julgada Civil*. p 443.

⁷² Couture, Eduardo J. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*. Depalma. 3ª. Edición Buenos Aires. 1985.

⁷³ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos Del derecho procesal civil*. 3ª edição. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 304.

⁷⁴ Moreira, José Carlos Barbosa *A Eficácia Preclusiva da coisa Julgada no Sistema do processo Civil Brasileiro in Temas de Direito Processual Civil*, Saraiva, 2ª.edição, São Paulo, 1998.

⁷⁵ Perelman, Chaim. *Ética e Direito*. Tradução: Maria Ermantina Galvão G. Pereira. Martins Fontes São Paulo. 1996

lo, realiza um ato de soberania, cuja meta é estabelecer a paz judiciária, dizendo o que é conforme ao direito. Segundo o Autor, suas “decisões terão autoridade da coisa julgada, após a expiração dos prazos previstos para interpor apelação e recurso de cassação”. A coisa julgada é tida como verdadeira, e as partes devem submeter-se às conclusões do tribunal. Aliás, são tais conclusões que importam em mais que a realidade dos fatos, que constituem apenas um meio de fundamentar as conseqüências jurídicas que deles decorrem.

MOACYR AMARAL SANTOS⁷⁶ conceitua a coisa julgada como

“não mais suscetível de reforma por meio de recursos, a sentença transita em julgado tornando-se firme, isto é, imutável dentro do processo. A sentença, como ato processual, adquiriu imutabilidade. E aí se tem o que o que chamamos de coisa julgada formal que consiste no fenômeno da imutabilidade da sentença pela preclusão dos prazos para recursos”.

Sobre o assunto, podem ser consultados, com proveito, os magníficos trabalhos de BARBOSA MOREIRA (*Coisa Julgada e Declaração* Temas, 1ª série; *Os Limites Objetivos da Coisa Julgada no Sistema do Novo Código de Processo Civil*. Temas, 1ª série; *A eficácia preclusiva da coisa julgada material*. Temas, 1ª série; *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. Temas, 3ª série); o livro de ENRICO TULLIO LIEBMAN (*Eficácia e Autoridade da Sentença*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981), o ensaio de ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (*A coisa julgada nas ações de alimentos*. In *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1991, 52/6-33.), o curso de OVÍDIO BAPTISTA (*Curso de Processo Civil*, 5ª ed., RT, 1999) e a tese de CELSO NEVES (*Coisa julgada civil*. São Paulo, RT, 1971).

b) Coisa julgada no Direito Comparado

Como no ordenamento jurídico nacional, o instituto da coisa julgada é amplamente assegurado também em sistemas jurídicos de diversos países, principalmente do Direito Europeu.

⁷⁶ Santos, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 3º volume, Saraiva. 8ª edição. São Paulo, 1985.

No **Direito Português** passou a ter previsão expressa já em 1867, no art. 2502 do Código Civil Português. O novo Código Civil de Portugal, em vigor desde 1º de junho de 1967, aprovado pelo Decreto-lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966, limitou-se, quanto ao caso julgado, a três regras, dispostas em seus arts. 522, 531 e 635, consistentes, basicamente: no afastamento da oponibilidade do caso julgado entre o credor e um dos devedores aos restantes devedores, reservando, quanto a estes, a oposição, “*desde que não se baseie em fundamento que respeite pessoalmente àquele devedor*”; na inoponibilidade do caso julgado entre um dos credores e o devedor aos outros credores, podendo ser oposto por estes ao devedor, sem prejuízo das exceções pessoais que o devedor tenha o direito de invocar em relação a cada um deles; e na inoponibilidade do caso julgado entre credor e devedor ao fiador, mas sendo a este, é lícito invocá-lo em seu benefício, salvo se respeitar as circunstâncias pessoais que não excluam a responsabilidade do fiador.

Posteriormente à edição do novo Código Civil Português, através do Decreto-lei n.º 47.690, de 11 de maio de 1967, foram introduzidas modificações no Código de Processo Civil, com o fim quase exclusivo de consagrar as inovações e alterações exigidas pela vigência da nova disciplina de direito material naquele diploma estabelecida⁷⁷.

Hoje já não se fala no caso julgado como meio de prova; mas dá-se-lhe “*força obrigatória dentro do processo e fora dele*” (art. 671, n.º 1).

No sistema de **direito positivo espanhol**, a coisa julgada encarta-se entre as presunções como expressão de verdade que só cede à sentença proferida em juízo de revisão (Código Civil, art. 1251). (Configura-se pela sentença válida, proferida em juízo de contraditório, contra a qual não se admite outro juízo, exceto o que aí se prevê⁷⁸). Para caracterização da coisa julgada é necessária a quádrupla identidade a que alude o art. 1252 do Código Civil:

“Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto em outro juicio, es necesario que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquél em que esta sea invocada, concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad com que lo fueron (...)”.

⁷⁷ Celso Neves. *Coisa Julgada Civil*. p. 165.

⁷⁸ José Rimblas. In Celso Neves. *Coisa Julgada Civil*. p. 170-171.

A coisa julgada tem força de lei, limitando-se o seu alcance ao que resulta da sentença, contra a qual não se pode argüir deficiência ou falta de prova.

Segundo ensinamentos de CELSO NEVES⁷⁹, no **direito alemão** a regra fundamental a respeito da coisa julgada, está no § 322, I, da ZPO que restringe seu alcance aos limites objetivos das sentenças que decidam sobre a pretensão explicitada na ação ou na reconvenção.

Não há previsão, no **Direito Austríaco**, do conceito de coisa julgada, diferentemente do que ocorreria com a disciplina do Código Napoleão. Há negação de força de lei às decisões contenciosas e limitação de sua eficácia às partes.

Interessante, entretanto, a função basilar da coisa julgada no **Direito Francês**, que sempre se relacionou estritamente à idéia de que a sentença transitada em julgado transmuda-se em título que faz prova, fazendo prova de verdade *juris et de jure*. Hodiernamente, porém, esta fórmula está definitivamente superada, aceitando-se a posição de Liebman, para quem eficácia e autoridade da sentença são coisas distintas⁸⁰.

c) Coisa julgada como instrumento de realização da segurança jurídica

Malgrado haja dissenso quanto ao estabelecimento de um conceito exato de coisa julgada, no Brasil não se discute que este instituto, sendo decorrente da solução de um litígio posto à apreciação do Poder Judiciário, é obrigatório para os sujeitos desta, adquirindo força de lei entre as partes⁸¹.

Tal característica advém do fato de que a função precípua da coisa julgada é projetar os efeitos do *decisum* indefinidamente para o futuro, objetivando-se tutelar a segurança das relações jurídicas⁸².

⁷⁹ Op. cit. p. 190.

⁸⁰ Roger Perrot, in Teresa Arruda Alvim Wambier. *O dogma da Coisa Julgada*. p. 21.

⁸¹ Oportunas as lições de Maria Helena Diniz, para quem “o respeito de que se reveste a coisa julgada é o que se deve aos atos de soberania a às leis do país, senão a quantidade de demandas multiplicar-se-ia e daria margem a inestimáveis dificuldades”.

⁸² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da Coisa Julgada*. p. 21.

Vê-se, portanto, que o princípio da segurança jurídica configura-se como um dos esteios sobre o qual desenvolve-se a coisa julgada.

Desta forma, veda-se, em princípio, que uma lei superveniente alcance a coisa julgada, modificando-a, bem como que o Poder Judiciário exare nova decisão a respeito de questão anteriormente decidida, da qual não caiba mais recurso, com o escopo de que seja atendido o interesse público de estabilidade jurídico-social.

No ordenamento jurídico pátrio, a *res judicata* foi elevada à categoria de direito fundamental, estando expressamente prevista no art. 5º, XXXVI do Texto Constitucional Brasileiro.

Há de se considerar, porém, o fato de que tal menção explícita é, por muitos juristas, a exemplo de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER⁸³, considerada desnecessária, uma vez que o instituto da coisa julgada, como se viu, está intimamente ligado ao de segurança jurídica e de Estado Democrático de Direito, porquanto, para que esteja plenamente configurado, imprescindível a garantia de estabilidade jurídica, de segurança de orientação e realização do direito.

GOMES CANOTILHO⁸⁴ registra que "o princípio da intangibilidade do caso julgado é ele próprio um princípio densificador dos princípios da confiança e da segurança inerentes ao Estado de direito".

No Direito português é graça a valorização da segurança e da certeza da definição do direito aplicado em determinada relação jurídica, até mesmo porque o caso julgado representava, no contexto histórico, uma limitação ao poder real. O monarca ficava impedido de proceder alteração da definição do direito aplicado a determinada situação concreta.

Assim, uma curiosa característica merece destaque: a coisa julgada representa uma vedação dirigida ao Estado de atuação.

Enfim, como afirma ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO⁸⁵ a proteção da coisa julgada vem justificada no princípio da segurança jurídica.

⁸³ Idem, Ibidem. P. 22.

⁸⁴ "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", Coimbra, Almedina, 4ª ed., p. 985

CAPÍTULO VI – COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

O problema se coloca na medida em que se verifica a existência de uma *coisa julgada* desconfirmadora da Constituição. Este problema avulta quando se insere na reflexão o fato de que o cidadão confia que ela, a Carta Maior, será observada e conduz sua vida na segurança de sua efetividade.

Por isso, o tema da coisa julgada inconstitucional está a merecer, como dito, novo enfrentamento, diante das situações constrangedoras que vem sofrendo o judiciário, em face da perplexidade dos jurisdicionados em se depararem com circunstâncias inexplicáveis, baseadas em disparidades de julgamentos, sem que nada possa ser feito, uma vez que tais situações se agravam ainda mais quando acobertadas pelo manto da coisa julgada.

Mais grave ainda quando a coisa julgada inconstitucional se produziu sem que o processo tivesse chegado ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, e, além de ter atingido o trânsito em julgado, ultrapassou o prazo para uma possível rescisória e está a violar um direito fundamental.

Estariam estes atos jurisdicionais imunes a um controle de compatibilidade com a constituição?

A supremacia da Constituição, alicerçada na doutrina bem posta, conduz ao problema de sua defesa, que tem despertado inquietações na doutrina, especialmente na busca de técnicas adequadas a eliminar a contradição à constituição. A supremacia é assegurada por processos próprios que vêm negar aplicação e executoriedade de atos praticados contra seus comandos.

a) Estado de Direito e o controle dos atos do Poder Judiciário

⁸⁵ *La Seguridad Juridica*, 2. ed. Ver. Barcelona: Editora Ariel, 1994, p. 117-118.

A atual fase do Estado Constitucional impõe seja toda a atividade do poder público submetida ao princípio da constitucionalidade, não se podendo admitir a existência de um Estado de Direito sem que se faça controle da constitucionalidade dos atos públicos.

Como se pôde verificar, a conquista histórica revelou uma progressiva tendência ao fortalecimento destes controles, iniciando-se pela subordinação da atividade administrativa à legalidade e, em conseqüência, permitindo-se a invalidação dos atos administrativos ilegais, inclusive por negar a disposição constitucional.

Posteriormente, sujeitou-se a atividade normativa a um juízo de conformidade constitucional instituindo mecanismos de fiscalização concreta e abstrata da norma a ensejar sua nulidade ou mesmo a sua anulabilidade. Sobre este efeito, um breve comentário precisa ser feito.

No Direito brasileiro era corrente o dogma da nulidade *ipso iure* da lei inconstitucional, sob a influência da doutrina constitucional americana, para quem, nas palavras de MAURO CAPPELLETTI⁸⁶, “a lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula (*‘null and void’*) e, por isso, ineficaz, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, declara uma (pré-existente) nulidade da lei inconstitucional”. Inconstitucionalidade e nulidade seriam praticamente sinônimos.

Diverso é o sistema austríaco, fortemente influenciado por HANS KELSEN⁸⁷, que tem levado a disposição nacional à adoção da teoria da anulabilidade, que pode ser identificado na doutrina, em várias decisões do Supremo Tribunal Federal e na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal^{88 89}.

⁸⁶ In O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. 2ª edição. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, pág. 115/116.

⁸⁷ O pensamento de Kelsen pode ser conferido na sua *A teoria pura do Direito*, 2ª edição brasileira, tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes Editora Ltda., 1987, pág. 287/294.

⁸⁸ O artigo 27 prevê que “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”. Tal decisão, ainda segundo o mencionado diploma normativo, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (parágrafo único do artigo 28)

⁸⁹ Existe posição doutrinária entendendo que o ato inconstitucional é inexistente. Sobre o tema confira-se: Gilmar Ferreira Mendes, Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva,

Fechado o parêntese acima, o certo é que diversas constituições confirmam a tendência de subordinação à constituição de todo e qualquer ato praticado pelos poderes públicos.

CHILE

A Constituição Política da Republica do Chile, no seu artigo 6º informa que

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y lãs normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligam tanto a los titulares o integrantes de dicho órganos como toda la persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.”

ARGENTINA

A Constituição da Nação Argentina traz idêntica proclamação na dicção dos artigos 31⁹⁰ e 36⁹¹ do seu Texto.

PORTUGAL

1990, pág. 6/25; Gilmar Ferreira Mendes, Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996, pág. 249/262; Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional. 7ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, pág. 301/310; J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, pág. 796/797; Clèmerson Merlin Clève, A fiscalização abstrata de inconstitucionalidade no direito brasileiro, 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2000, pág. 243 e seguintes.

⁹⁰ Art. 31 - “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados com las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante culquiera disposioción en contrario que contengam las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después de 11 de noviembre de 1859”. (g.n.)

⁹¹ Art. 36 – “Esta Constitución mantendrá su império aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el ordem institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos”.

Em Portugal, o artigo 3º, números 2 e 3, da Constituição da República Portuguesa, informa que “2. O Estado subordina-se à constituição e funda-se na legalidade democrática. 3. A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas e do poder local depende de sua conformidade com a Constituição.” (grifamos).

BRASIL

No Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988 não traz disposição semelhante, exigindo do hermenauta esforço mais concentrado que faz chegar a uma observação muito peculiar.

É evidente que padecem de validade todas as normas que infringem o disposto na Constituição ou aos princípios nela consignados, impondo-se a todos os juízes e tribunais o dever de recusarem aplicação a tais atos normativos.

Isto se infere do vasto sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos no Brasil, que abarca tanto o *controle difuso*, tendo-se em vista o art. 102, inciso III, alíneas “a” a “c”, da Constituição Federal, quando diz que “Compete ao Supremo Tribunal Federal, julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal e julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição”; quanto pelo *controle concentrado*⁹², como se vê do teor do artigo 102, inciso I, alínea a, da Carta Magna que prescreve: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”⁹³.

⁹² Ação Direta de Inconstitucionalidade (genérica, por omissão ou interventiva); Ação Declaratória de Constitucionalidade; Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

⁹³ De observar que, no Brasil, além do controle repressivo judicial, existe ainda o controle preventivo político exercido pelas Comissões de Constituição e Justiça, pelo veto do Presidente da República (veto jurídico) e a análise do veto pelo Poder Legislativo; o preventivo judicial na hipótese admitida de mandado de segurança ajuizado por parlamentar contra tramitação de emenda ofensiva a cláusula pétrea.; e o repressivo político, como nos casos do art. 49, V, da CF/88; art. 52, X, da CF/88 e art. 62 da CF/88 (rejeição da MP pelo Congresso por inconstitucionalidade).

Por outro lado, a atividade administrativa também encontra-se subordinada a Constituição e à lei (artigo 37, caput, da CF/88⁹⁴), tendo os particulares em geral direito fundamental de controlar jurisdicionalmente as decisões administrativas que causem lesão ou ameaça a seus direitos, na forma do artigo 5º, inciso XXV da CF/88⁹⁵.

Aos cidadãos igualmente foi concedido de direito de impugnar os atos desconformes com o ordenamento jurídico constitucional, por intermédio do direito de petição inscrito no artigo 5º, inciso XXXIV, “a” da Carta Constitucional⁹⁶. Já os atos que geram dano ao patrimônio público podem ter sua invalidade argüida frente ao Judiciário por qualquer cidadão, através da ação popular (artigo 5º, LXXIII, da CF/88⁹⁷).

Enfim, fica evidente a subordinação dos atos praticados administrativos ao controle de constitucionalidade e de legalidade.

Em relação aos atos judiciais praticados pelo Poder Judiciário a situação merece um cuidado maior.

A nossa Carta de 1988 não traz disposição semelhante às acima citadas do Chile, da Argentina e de Portugal.

PAULO OTERO⁹⁸, para justificar a submissão da atividade jurisdicional ao princípio da constitucionalidade, invoca as disposições dos artigos 3º, número 3 e 206 e da Carta Portuguesa, que, inexitem na Constituição Federal de 1988 e, por isso, o operador do direito deve empreender um maior esforço.

Para se concluir que os atos jurisdicionais no Brasil encontram-se submetidos ao princípio da constitucionalidade faz-se necessário observar a existência do chamado recurso extraordinário

⁹⁴ Art. 37 – “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ...”.

⁹⁵ Art. 5º, inciso XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”;

⁹⁶ Artigo 5º, inciso XXXIV – “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”;

⁹⁷ Artigo 5º, inciso LXXIII – “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

⁹⁸ In Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional, página 31.

previsto no inciso III, “a” do artigo 102 da CF/88 que atribui ao Supremo Tribunal Federal o referido controle.

É da existência do sistema recursal extraordinário brasileiro que se extrai a subordinação da atividade jurisdicional ao controle de constitucionalidade, porque, se houver decisão contrária à Carta Maior, esta será reformada pelo Supremo Tribunal Federal.

Ademais, o Poder Judiciário no Brasil não é soberano. A soberania não é uma manifestação deste poder, mas do Estado Federal, que não encontra outro poder acima dele. Aquele, como o Executivo e o Legislativo, no dizer de DI PIETRO⁹⁹, não são soberanos, porque devem obediência à Lei e à Constituição.

Acrescente-se a isto o fato de que o Estado Democrático não deu imunidade do Poder Judiciário. Este pensamento revela não somente um pedantismo arcaico, mas uma inconstitucionalidade acintosa. A este respeito, CAPPELLETTI, citando MERRYMAN,¹⁰⁰ aduz que um poder não adstrito à prestação de contas representa a patologia, que, para ele, é definida como uma falta de “organização racional”, concepção que, para os cientistas políticos, é pura e simplesmente autoritarismo, com sua versão máxima na tirania.

Vale dizer, no Estado Democrático de Direito não se pode acobertar poder sem a sua correlata submissão constitucional; tal equação de equilíbrio deverá sustentar o crescimento da submissão na proporção direta do aumento do poder.

O argumento da soberania não pode servir, pois, à intocabilidade do ato jurisdicional. Aliás, sob o mote de elucidar esta questão, LAFAYETTE PONDÉ¹⁰¹ esclarece que:

“Relativamente aos atos judiciários, ninguém pode hoje acobertá-los de imunidade sobre pretexto de serem expressão de soberania. Este argumento provaria demais, porque daria com a irresponsabilidade mesma da Administração e do Legislativo, já que o Judiciário não é superpoder colocado sobre estes dois. Aquela argüição é destituída de todo e qualquer fundamento jurídico. O serviço judiciário é um setor de funcionamento do

⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*, Rio de Janeiro, 1990, p.363

¹⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* p. 18. Cappelletti salienta, a este respeito, que em um sistema de governo liberal democrático, como é o previsto na Constituição italiana, é aquele em que exista relação de proporcionalidade entre poder público e responsabilidade pública, de forma que o crescimento de um implique o do outro.

¹⁰¹ PONDÉ, Lafayette *apud* DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. p. 133

Estado, como o são todos os demais serviços públicos; distingue-se destes tão-só pela função jurisdicional, que preferentemente ele exerce. Isto, porém, não o eleva acima da ordem jurídica, a cuja fiel e exata aplicação ele se destina”.

Ademais, ater-se a uma compreensão de que os juízes são soberanos e, via de conseqüência, irresponsáveis, é dar azo a uma visão por demais pedestre da soberania. Em um Estado Democrático de Direito, a soberania não significa poder absoluto. Nele, todos os poderes, inclusive o Judiciário, estão sujeitos ao Ordenamento Jurídico. A transgressão às normas vigentes implica em sanção, que significa, *in casu*, a possibilidade da quebra da coisa julgada.

Portanto, embora que por via indireta, pode-se concluir que também no Brasil, a atividade jurisdicional encontra-se subordinada ao princípio da constitucionalidade.

Há ainda um princípio geral que não pode ser ignorado de que todos os poderes e órgãos do Estado (em sentido amplo) estão submetidos às normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição¹⁰².

No entanto, embora a Constituição do Brasil tenha se ocupado em revelar garantias e mecanismos de controle dos atos administrativos e normativos, o certo é que os atos jurisdicionais ficaram excluídos de instrumentos de fiscalização de sua validade constitucional após o seu trânsito em julgado, especialmente quando este se formou sem que tivesse a interferência do Supremo Tribunal Federal.

Ao longo de mais de duzentos anos, o que se observa é que, em tema de inconstitucionalidade, as atenções e preocupações jurídicas sempre se detiveram no exame da desconformidade constitucional dos atos legislativos e administrativos. Grande parte dos estudos produzidos desde então se centram na análise da inconstitucionalidade destes atos, não havendo uma maior preocupação com os atos do Poder Judiciário, em especial suas decisões que, sem a menor dúvida, são passíveis de serem desconformes à Constituição.

Excelente a observação do jurista lusitano quando bem detectou as razões do esquecimento, consoante se depreende da seguinte passagem de sua notável obra:

¹⁰² CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada, Coimbra, 1993, p. 922.

“As questões de validade constitucional dos atos do poder judicial foram objeto de um esquecimento quase total, apenas justificado pela persistência do mito liberal que configura o juiz como ‘a boca que pronuncia as palavras da lei’ e o poder judicial como ‘invisível e nulo’ (Montesquieu)”.¹⁰³

Isto decorre da incorreta concepção de que o Poder Judiciário se limita a executar a lei, sendo, destarte, defensor máximo dos direitos e garantias assegurados no ordenamento jurídico e, por conseguinte, na própria Constituição. É em face do prestígio alcançado por este postulado que embora os tribunais representem apenas mais uma função estatal não há, em princípio, preocupação de instituir garantias contra as suas decisões.

Por isso mesmo, um problema central do atual momento do Estado de Direito terá de ser a discussão em torno do controle de validade dos atos jurisdicionais para aferir a sua constitucionalidade, afastando a perversão da pretensa modificação de um Estado de Direito para um Estado Judicial, mas sempre cotejando-o com o primado da segurança jurídica.

Do ponto de vista do direito processual civil brasileiro existem mecanismos cujos contornos encontram-se bem definidos no sistema para sua correção, quais sejam, os recursos ordinários e extraordinários. Sob este aspecto a questão não oferece maiores dificuldades, mormente à vista do disposto no art. 102, III, da Constituição Federal Brasileira, havendo farta literatura a seu respeito.

O problema que avulta no cenário jurídico atual é o de já não mais ser a decisão judicial inconstitucional passível de impugnação recursal.

Verificando-se que uma decisão judicial sob o manto da *res iudicata* avilta a Constituição, seja porque dirimiu o litígio aplicando lei posteriormente declarada inconstitucional, seja porque deixou de aplicar determinada norma constitucional por entendê-la inconstitucional ou, ainda, porque deliberou contrariamente a regra ou princípio diretamente contemplado na Carta Magna, poderá ser ela objeto de controle ou elas representam este feudo isento de qualquer controle efetivo?

¹⁰³ OTERO, Paulo. Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional. Lisboa: Lex, 1993, p. 9.

Admitir-se inexistir controle da decisão inconstitucional acabaria por atribuir ao poder judiciário uma repugnante superioridade sobre os demais poderes e o que é pior, uma inconveniente possibilidade de negar a constituição.

No atual estágio de amadurecimento do direito não se pode mais deixá-las à margem de um controle efetivo, especialmente quando injustiças são cometidas nas sentenças.

Basta relembrar a aplicação do instituto da intangibilidade da coisa julgada nos casos de investigação de paternidade. Levando a questão às últimas conseqüências, se, após os dois anos, surgisse prova de que o autor não é filho do réu, nada poderia ser feito para atacar a procedência já decretada. Toda a doutrina vem buscando temperar esta rigidez injusta, como aponta FREDIE DIDIER¹⁰⁴ relacionado as construções doutrinárias e jurisprudenciais que têm sido desenvolvidas de modo a, dogmaticamente, resolver o problema, salientando que estas demandas versam sobre direitos indisponíveis.

Em alguns casos, a busca cega pela segurança jurídica pode implicar, como se vê, o desprezo a outros valores também protegidos pelo sistema jurídico, como a justiça e a dignidade da pessoa humana.

Sua sindicabilidade seria automática se não tivéssemos que voltar os olhos à segurança jurídica. Deparamo-nos, mais uma vez, com o eterno conflito do Direito quanto a sua preocupação com a *segurança e certeza*, ao mesmo tempo em que persegue a *justiça*.

b) A coisa julgada inconstitucional

O presente estudo cuidou de expressar a problemática da coisa julgada como instrumento de concreção da segurança jurídica, e, logo após, a necessidade de submeter o ato judiciário

¹⁰⁴ DIDIER JR., Fredie. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 01 de março de 2002.

praticado pelo Estado a um controle de constitucionalidade, ainda quando já passado em julgado.

Convém, neste ponto, esclarecer o que seria um caso julgado contrário à constituição.

HANS KELSEN¹⁰⁵, na monumental *Teoria Pura do Direito*, justifica que a regra jurídica geral deve ser aplicada pelo tribunal na determinação de um caso concreto criando uma norma específica cujo conteúdo até pode ser diferente da norma geral. Para ele, o trânsito em julgado significa a possibilidade conferida pela ordem jurídica ao tribunal de fazer que entre em vigor uma norma individual cujo conteúdo não é predeterminado por qualquer norma jurídica geral.

Porém, tal posição justifica a violação da coisa julgada à lei infraconstitucional. Mas quando se trata da agressão a norma jurídica que da constituição, a questão parece comportar maior preocupação, porque neste ponto não se encontrará suporte ou fundamento, sequer indireto, para daí retirar sua validade.

Na coisa julgada ilegal o fundamento é a competência deferida aos tribunais pela constituição; mas, na coisa julgada inconstitucional, inexistente fundamento. Bom esclarecer que o Poder Judiciário é poder constituído e, portanto, não pode criar decisões sem fundamento direto na Constituição.

c) Coisa julgada inconstitucional não é sentença inexistente

O caso julgado inconstitucional advém de uma decisão insusceptível de recurso e não se assemelha ao caso julgado inexistente. A inexistência apresenta dois aspectos: um meramente vocabular, que significa não-ato (júri simulado nas Faculdades de Direito; sentença proferida por Oficial de Justiça); outro, jurídico, que pressupõe ato existente no mundo dos fatos, mas não no do Direito (CPC, art. 37, parágrafo único).

¹⁰⁵ Com outros fundamentos, mas com a mesma opinião, deve-se conferir as posições de João de Castro Mendes e de Miguel Teixeira de Souza.

Tem-se a inexistência da sentença quando o ato não ingressa no mundo jurídico, apesar de até estar configurado como tal no mundo fático.

A partir do Século XII, começou-se a fazer a distinção entre sentença inexistente, que jamais passava em julgado, e a sentença considerada parcialmente existente, a qual, embora defeituosa, acabaria prevalecendo se não desconstituída. Para que uma sentença seja inexistente, observa PONTES DE MIRANDA, "*é preciso que não seja sentença, nem tenha sido*".

A sentença inexistente é aquela que tem mera aparência ou simulacro, cujo valor jurídico é negado pelo Direito.

Como afirma MIGUEL REALE¹⁰⁶:

“O ato inexistente, na realidade, carece de algum elemento constitutivo, permanecendo juridicamente embrionário, ainda inferior, devendo ser declarada a sua não-significação jurídica, se alguém os invocar como base de uma pretensão. Os atos nulos ou anuláveis, ao contrário, já reúnem todos os elementos constitutivos, mas de maneira aparente ou inidônea a produzir efeitos válidos, em virtude de vícios inerentes a um ou mais de seus elementos constitutivos”.

A sentença que foi regularmente proferida com a presença de todos os seus elementos constitutivos, regular publicação, esgotamento de possibilidade de interposição recursal, e, por fim, trânsito em julgado, não é inexistente exatamente porque saiu do campo embrionário e ganhou vida.

Como afirma HUMBERTO THEODORO JUNIOR¹⁰⁷,

“não há na hipótese de inconstitucionalidade mera aparência de ato. Sendo desconforme à Constituição o ato existe se reúne condições mínimas de identificabilidade das características de um ato judicial, o que significa dizer, que seja prolatado por um juiz investido de jurisdição, observando aos requisitos formais e processuais mínimos. Não lhe faltando elementos materiais para existir como sentença, o ato judicial existe. Mas, contrapondo-se a exigência absoluta da ordem constitucional, falta-lhe condição para

¹⁰⁶ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 23a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

¹⁰⁷ In *Coisa Julgada Inconstitucional*, Coordenação de Carlos Valder do Nascimento, página 104.

valer, isto é, falta-lhe aptidão ou idoneidade para gerar os efeitos para os quais foi praticado”.

As sentenças inexistentes são meras aparências de atos judiciais, não deve surtir qualquer efeito, e não são reconduzíveis ao conceito de inconstitucionalidade¹⁰⁸.

d) Tipologia do caso julgado inconstitucional

A doutrina de PAULO OTERO¹⁰⁹ tem confirmado a existência de três modalidades de inconstitucionalidades do caso julgado:

- a) A primeira situação – a decisão cujo conteúdo viola diretamente a um preceito ou um princípio constitucional;
- b) A segunda situação – a decisão judicial que aplica uma norma inconstitucional;
- c) A terceira situação – a decisão judicial recusa a aplicação de uma norma com o errôneo fundamento de que a mesma é inconstitucional.

Primeira Situação – Coisa julgada inconstitucional clássica

Aqui se verifica o caso clássico de coisa julgada porque ela viola diretamente uma norma constitucional, como no caso de uma sentença, passada em julgado, que confere ao cidadão que não foi votado o direito de tornar-se deputado federal, ou ainda, aquela que recusa aplicação do princípio da moralidade administrativa sob o fundamento de que o mesmo inexistente.

A justificar a autonomia desta primeira situação, o jurista português afasta a aplicação de norma infraconstitucional – aplicadas com valor constitucional equivocado ou inverso - e sustenta existir autonomamente tais casos.

¹⁰⁸ Conferir divergência doutrinária em SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. I, Lisboa, 1988, p. 324-325.

¹⁰⁹ In Op. Cit. Página 65 e seguintes.

As decisões judiciais podem ser em si mesmas inconstitucionais, como afirmam peremptoriamente GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹¹⁰.

Por tal razão, insistem os mesmos autores em que

“A verdade, porém, é que podem configurar-se hipóteses em que uma decisão judicial ofende directamente a Constituição, podendo entender-se não serem meios de defesa bastantes os recursos ordinários que caibam no caso (se é que a decisão em causa admite recurso). É por isso que alguns ordenamentos constitucionais prevêem a possibilidade de recurso para o TC nessas hipóteses, sobretudo quando se trate de casos respeitantes a direitos fundamentais”¹¹¹.

O destaque aos direitos fundamentais advém da circunstância comum nas Constituições Brasileira (artigo 5º, §1º) e Portuguesa (artigo 18, n. 1), dos mesmos possuírem especial força vinculativa, sendo directamente aplicáveis.

Segunda Situação – Coisa julgada inconstitucional porque aplicadora de norma infraconstitucional inconstitucional

A decisão também pode ser inconstitucional porque aplicadora de norma desconforme com a Constituição. Na hipótese a decisão sobre a qual pese a autoridade de coisa julgada aplicou lei reconhecida posteriormente como inconstitucional.

Nota-se, no particular, que o Tribunal descuida-se do dever de negar aplicação à norma contrária a Constituição.

Todavia, deve-se avaliar duas hipóteses distintas: na primeira, o tribunal forma uma *decisão*, aplica norma que já teve sua inconstitucionalidade declarada com força vinculativa *erga*

¹¹⁰ *Constituição ...cit.*, pág. 1016. Veja-se, ainda, entre outros, MARCELO REBELO DE SOUSA, *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*, Lisboa, 1988, págs. 316 e seguintes.

¹¹¹ *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991, pág. 259. Neste mesmo sentido e com idêntica preocupação, PAULO OTERO, *ob. cit.*, págs. 119 e seguintes, advogando a necessidade de controlar tais decisões judiciais inconstitucionais, mesmo havendo caso julgado.

omnes e, portanto, tem sua eficácia e efetividade excluída do mundo jurídico; na segunda, a declaração de inconstitucionalidade vinculativa é posterior a *decisão*.

Note-se que em ambas as hipóteses, a ofensa é cometida contra a própria Constituição porque a lei aplicada, sendo nula, contamina de igual ineficácia a sentença que lhe reconhece nulidade. Pergunta-se: qual o fundamento da sentença? Responde-se: uma norma violadora da constituição.

Terceira Situação – Coisa julgada inconstitucional porque não aplicadora de norma infraconstitucional constitucional

A terceira hipótese seria a da decisão que nega aplicação à norma infraconstitucional compatível com a constituição sob a errônea fundamentação de que a mesma seria inconstitucional, mas aplicando outra lei igualmente constitucional¹¹².

Neste caso aplica-se a teoria geral da coisa julgada ilegal porque esta viola a lei e não a Constituição. No particular, rememore-se a lição de HANS Kelsen acima citada. Note-se que a sentença transitada em julgado não reconheceu eficácia a lei infraconstitucional.

Nas palavras de HUMBERTO THEODOR JÚNIOR e JULIANA CORDEIRO DE FARIA¹¹³:

“A recusa de aplicar lei constitucionalmente correta representa, quando muito, um problema de inconstitucionalidade reflexa, o qual, porém, não é qualificado pela jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal, como questão constitucional. Disso decorre que a hipótese deva se submeter ao regime comum das ações rescisórias por ofensa à lei ordinária e não ao regime especial de invalidação ou rescisão das sentenças inconstitucionais”¹¹⁴.

¹¹² Se a norma aplicada fosse inconstitucional, recairíamos na hipótese precedente.

¹¹³ In Op. Cit. Página 115.

¹¹⁴ Sobre a diversidade de natureza e efeitos, para fins de rescisória, das sentenças relativas a normas questionadas no plano da constitucionalidade e da inconstitucionalidade, deve-se consultar: HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *A ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional*, In Revista de Processo, vol. 79, p. 159-171 e ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em matéria constitucional*. In: JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (coord.), *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*, Rio de Janeiro, Forense, 1997.

Portanto, de coisa julgada inconstitucional não se trata, mas tão somente de coisa julgada ilegal.

CAPÍTULO VII – COISA JULGADA INTANGÍVEL E SUA RELATIVIDADE

a) A intangibilidade da coisa julgada.

Como se verificou em capítulos anteriores, a coisa julgada teria a função de pacificar a convivência social, gerando um mínimo de estabilidade a impedir a eternização das dúvidas jurídicas.

Por isso, parte da doutrina tem colocado óbices a tese da quebra da coisa julgada, calcada na circunstância de que na atividade jurisdicional, o erro e a injustiça são riscos do dia a dia, porque prestada por seres humanos. UGO ROCCO¹¹⁵ registra com precisão esse aspecto:

"O Estado presta sua atividade jurisdicional, declarando o que é direito no caso concreto; presta-a do melhor modo possível, cercado-se de todas as garantias plausíveis; admite em algumas vezes a possibilidade de erro, porque, apesar de tudo, os meios do conhecimento humano são imperfeitos; após essas garantias, depois de sucessivos reexames, afasta a hipótese do erro, que, do ponto de vista do direito, não existe mais".

ALFONSO CATANÍA¹¹⁶ revela igual posicionamento quando afirma que "*A auctoritas non veritas facit legem*: a sentença vincula as partes não porque seja expressão da verdade ou da justiça mas porque o legislador atribui à sentença, se passada em julgado, o caráter de escolha definitiva e definitivamente obrigante".

MONIZ ARAGÃO¹¹⁷ endossa a conclusão dos mestres italianos quando leciona que "o processo visa à solução do litígio e em dado momento há de ser tido como ultimado; nesse momento definido pela lei formar-se-à a coisa julgada; estará assegurando a ambas as partes o bem (a res) sobre o que versa a disputa".

¹¹⁵ *TRATATTO...*, apud MONIZ ARAGÃO, p. 207.

¹¹⁶ Apud MUNIZ ARAGÃO, p. 207.

¹¹⁷ MUNIZ ARAGÃO, p. 207.

Essa também é a lição que se colhe na doutrina francesa de J. CARBONNIER¹¹⁸:

"Ce qui donne au jugement sa pleine valeur (...), ce n'est pas d'être conforme à la vérité absolue (où est la vérité?), c'est d'être revêtu par l'État d'une force particulière qui interdit de le remettre en question, parce qu'il faut une fin aux litiges (...). Le litige (dès lors que les voies de recours sont épuisées) est vide, tranche une fois pour toutes, ce que garantit stabilité, sécurité e paix entre les hommes".

Ninguém nega que o ideal seria que as decisões correspondessem à verdade, concedendo apenas o que devido, sem afronta alguma à lei, à idéia de justiça e aos mandamentos constitucionais.

Contudo, a procura da justiça deve ter um limite para a própria organização do direito, qualquer que seja ele, e também para sua própria estabilidade. Esse limite consiste na possibilidade de interposição de recursos em determinado prazo, para cada caso, de conformidade com a sua natureza.

Todavia, sustenta-se, tradicionalmente, que por ser obra humana, por conseguinte falível, nem sempre esse escopo é alcançado. No entanto, certas ou erradas, justas ou injustas, conforme os preceitos vigentes ou não, quando cobertas pela coisa julgada deve cessar qualquer questionamento a seu respeito, sob pena de eternização da lide, o que só faz piorar o descrédito que as instituições judiciais e jurídicas gozam no seio da sociedade.

A posição doutrinária se calca no entendimento de que pós a imunização da situação de direito substancial pela coisa julgada material, passado o prazo para a propositura de ação rescisória, a imutabilidade persiste independentemente da gravidade do vício acobertado pela coisa julgada (*Res judicata facit de nigro album et de albo nigrum*).

Nessa linha EDUARDO JUAN COUTURE¹¹⁹ faz menção ao famoso dístico de SCASSIA: "*la cosa juzgada hace de lo blanco, negro; origina y crea las cosas; transforma lo cuadrado en redondo; altera os lazos de la sangre y cambia lo falso en verdadero*".

¹¹⁸ J. CARBONNIER, "*Droit Civil*", 1, Introduction, PUF, 250 ed., 1997, n° 190 et 192.

¹¹⁹ Fundamentos del derecho procesal civil, p. 405.

ALCIDES DE MENDONÇA LIMA¹²⁰ expressa bem esse ponto de vista: "*justa, ou injusta, legal ou ilegal, a sentença, de mérito, que se tornou res judicata, é intocável*".

Mesmo a coisa julgada pretensamente inconstitucional deve prevalecer porque a inconstitucionalidade não existe objetivamente, mas somente após ter sido declarada. Antes, o que existe é a alegação de inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade não é algo evidente, que qualquer um possa ver, mas algo construído pelo intérprete e se vincula à sua visão do mundo do Direito. É exatamente por isso que, na maioria das vezes, não se proclama uma inconstitucionalidade de uma lei sem que se verifiquem diversos votos contrários a tese.

Ademais, a flexibilização da coisa julgada instabilizaria as relações sociais porque os bens da vida disputados estariam sempre relativamente pacificados. Mesmo depois de todos os recursos ordinários e extraordinários previstos no processo civil e depois das ações autônomas de impugnação de sentenças, previstas na lei ou consagradas pela doutrina, teria-se ainda uma ação de desconstituição de sentença por inconstitucionalidade, perpétua, porque sem prazo. A parte vencida sempre veria uma inconstitucionalidade na sentença que lhe fora desfavorável.

Por isso, apregoam dever prevalecer a segurança, trazida pela estabilidade da autoridade emprestada à coisa julgada, imprescindível à vida dos direitos e ao comércio jurídico. No particular, deve-se registrar a posição consolidada na doutrina estrangeira de ATÍLIO ANÍBAL ALTERINI¹²¹ para quem sem segurança jurídica não pode haver progresso econômico.

Para esta doutrina, a tranquilidade social não condiz com a incerteza acarretada pela possibilidade de se reabrir discussões sobre a *res judicata*, ainda que inconstitucional.

b) A relativização da coisa julgada: busca pela justiça

A relativização da coisa julgada vem sendo estudada com entusiasmo no direito estrangeiro e, particularmente, no nosso cenário jurídico. Toda teorização parte de um óbvio predicado essencial à tutela jurisdicional: o da justiça das decisões.

¹²⁰ O processo como garantia das instituições sociais, p. 151.

¹²¹ In *La Inseguridad Jurídica*, Buenos Aires: Abeledo-Perrotto; 1993.

A doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da *coisa julgada*, na consciência de que não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas.

Com preocupações dessa ordem é que, em seguidas manifestações como magistrado e como conferencista, o Min. JOSÉ DELGADO¹²² defende uma "conceituação da coisa julgada em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica", fórmula essa que em si é uma proposta de visão equilibrada do instituto, inerente ao binômio justiça-segurança.

Com base nesta premissa, inaugura-se a tese relativizadora dos rigores da *auctoritas rei judicatae*, especialmente apoiadas na idéia de que "levou-se muito longe a noção de *res judicata*, chegando-se ao absurdo de querê-la capaz de criar uma outra realidade, fazer de *albo nigrum* e mudar *falsum in verum*", como disse PONTES DE MIRANDA.

Trata-se da chamada "flexibilização" da coisa julgada que parte da premissa que determinados valores constitucionais de ordem substancial como moralidade, legalidade e até mesmo a justiça como um valor substancial devem ser sobrevalorizados sobre o instituto da coisa julgada, permitindo a revisão de julgados quando estes fossem frontais a estes valores.

Essas indagações sobre a coisa julgada em relação às sentenças possivelmente injustas é, em verdade, bem antiga.

O professor EGAS MONIZ DE ARAGÃO¹²³ ensina que delas cuidavam BARTOLO¹²⁴, no século XIV, já se discutia o tema, dizendo que em alguns casos a sentença revela a própria verdade (*inducit ipsam veritatem*), mas em outros "*non facit hoc, sed perinde habetur fecte ac si esset*" (não faz isso porém é igualmente tida, fictamente, como se fosse verdade); e SAVIGNY¹²⁵, bem depois, também se debruçou sobre o assunto, sustentando que a coisa julgada consistiria em uma "verdade fictícia atribuída à sentença" que vincularia novos juízes.

¹²² In *Coisa Julgada Inconstitucional*, Coordenado por Carlos Valder.

¹²³ In *Sentença e Coisa Julgada*. Edit. Aide, Rio de Janeiro, 1992.

¹²⁴ In GIOVANNI: Pugliese, "Res iudicata pro veritate accipitur", apud Moniz Aragão, p. 204.

¹²⁵ In *Sentença e Coisa Julgada*. Edit. Aide, Rio de Janeiro, 1992, página 204.

Deparamo-nos, mais uma vez, com o eterno conflito do Direito quanto a sua preocupação com a *segurança e certeza*, ao mesmo tempo em que persegue a *justiça*.

1) A doutrina americana

A coisa julgada é comum no Direito Americano, sob o ponto de vista da *common law*. ÂNGELO PIERO SERENI (1958) informa que nos Estados Unidos é possível se obter a anulação de um julgamento que haja limitação de tempo para tal, ou seja, mesmo depois de transitada em julgado a sentença.

Basta que se esteja diante de uma situação que enseja a invalidade da sentença, como nos casos de incompetência da Corte ou mesmo quando se tratar de hipóteses em que é possível se revogar ou rescindir a sentença.

Lá, a coisa julgada não adquiriu a força que tem em outros estados de origem romano-germânica, como França, Itália, Espanha, Portugal, Áustria, Alemanha e países da América Latina, pois na *common law*, o que se busca sempre é aplicação da justiça¹²⁶.

É perfeitamente possível se propor *motions for a rehearing*, *motions to set aside a verdict* e outras *motions* dirigidas a obter a reconsideração da sentença mesmo depois de seu trânsito em julgado.

Essa é uma consequência histórica da *common law*, conforme alega SERENI, baseado essencialmente na equidade, onde se encontra assente a idéia de que os poderes decisórios da Corte, quando analisa uma controvérsia, não se esgotam com o pronunciamento da decisão, podendo esse poder continuar até que se alcance a justiça entre as partes, desde que presente a necessidade.

Diz a propósito a conceituada professora americana MARY KAY KANE¹²⁷:

¹²⁶ MILLAR, "The historical relation of Estoppel by Record to res judicata", in Illinois Law Review, 1940, pp. 41-57; MARY KAY KANE, *Civil Procedure*, ST Paul (Minn), West Publishing, 1993, em coop. com. JACK H. FRIEDENTHAL e ARTHUR R. MILLER; *Civil Procedure*, pp, 40 ed., St Paul (Minn), West Publishing, 1996.

"There are some circumstances in which even though the standard for applying res judicata has been met, preclusion will not result. These situations arise when the judicial economy policies fostered by claim preclusion are outweighed by some other public policy underlying the type of action that is involved".

Essa revisibilidade constante traduz um menor prestígio da coisa julgada na América do Norte e se acentua quando é sabido que a nulidade de uma sentença pode, também, em algumas hipóteses, ser pronunciada por outro juiz sem que haja a necessidade da intervenção de todas as partes.

É possível se utilizar o instituto da *collateral attack* (ataque colateral) perante outro juiz, segundo SERENI, sem a intervenção de todas as partes, com o fim de anular a decisão, desde que comprovado que o juízo anterior não tinha competência para decidir a controvérsia.

Como se vê, no Direito Americano, não há que se falar em relativização da coisa julgada já que ela é, sempre, relativa.

2) A doutrina portuguesa

Modernamente, a doutrina portuguesa mais moderna tem defendido, com base na lição de PAULO OTERO¹²⁸, que a segurança e a certeza jurídicas apenas são passíveis de salvaguardar ou validar efeitos de atos conforme a constituição, salvo quando ela mesma excepcionar, como na hipótese do artigo 282, número 4 da Constituição Portuguesa.

Com base nesta posição, defende o jurista português que “as decisões judiciais desconformes com a Constituição são inválidas; o caso julgado daí resultante é, também ele, conseqüentemente, inválido, encontrando-se ferido de inconstitucionalidade”. Destacando a possibilidade da impugnação do caso julgado, como se vê:

¹²⁷ *Civil Procedure*, St. Paul (Minn.), West Publishing, 1993 (em coop.), §§ 6-10, p. 225.5.

¹²⁸ In Op. Cit. Página 61.

"A idéia da defesa da segurança e certeza da ordem jurídica constitui princípios fundadores de uma solução tendente a limitar ou mesmo excluir a relevância da inconstitucionalidade como factor autónomo de destruição do caso julgado. No entanto, se o princípio da constitucionalidade determina a insusceptibilidade de qualquer acto normativo inconstitucional se consolidar na ordem jurídica, tal facto poderá fundamentar a possibilidade, se não mesmo a exigência, de destruição do caso julgado desconforme com a Constituição."

Mesmo colocando em relevo o princípio da segurança jurídica, sua concepção teórica é no sentido da possibilidade da desconstituição do caso julgado desconforme a Constituição, de sorte a atingir os atos jurisdicionais que "reúnam um mínimo de identificabilidade das características de um acto judicial, isto é, que seja praticado por um juiz no exercício de suas funções, obedecendo os requisitos formais e processuais mínimos".

Na lição de PAULO OTERO:

"o princípio da imodificabilidade do caso julgado foi pensado para decisões judiciais conformes com o Direito ou, quando muito, decisões meramente injustas ou ilegais em relação à legalidade ordinária. A imodificabilidade do caso julgado apenas pode concorrer em pé de igualdade com o princípio da constitucionalidade dos actos jurídico-públicos quando essa imodificabilidade ou insindicabilidade seja consagrada constitucionalmente (...) Em todas as restantes situações, o princípio da imodificabilidade do caso julgado não tem força suficiente para limitar ou condicionar o princípio da constitucionalidade das decisões judiciais."

O jurista português comparando o direito português antigo, de origem romana, com o atual chega a uma triste conclusão de que a sentença uma vez transitada em julgado mesmo afrontando a Constituição não deixará de ser válida.

Como esta premissa fixada, constata um déficit processual e procura (sem encontrar) nos meios jurídico-positivos existentes um mecanismo de fiscalização que, em nome do direito de acesso aos tribunais, possa concretizar o desiderato pretendido, propondo então um recurso extraordinário atípico, a interpor sempre que se hajam esgotados os respectivos recursos ordinários, a ser regido pelas regras gerais do recurso de revisão, sem prejuízo das necessárias adaptações.¹²⁹

¹²⁹ Ob. ant. cit., pág. 121 e seguintes.

A regra doutrinária é, pois, o caráter relativo da coisa julgada, não se podendo desfigurar a segurança e a certeza de ordem jurídica que encarna, porém permitindo sua destruição em ação autônoma.

Todavia, a Constituição Portuguesa de 1976 consagra como regra geral o princípio da intangibilidade do caso julgado.

Aliás, analisando a salvaguarda do caso julgada previsto na hipótese do artigo 282, número 4 da Constituição Portuguesa, o jurista se vale das lições de JORGE MIRANDA¹³⁰ para afirmar ali ser o caso de uma autoderrogação constitucional ou auto-ruptura da Constituição porque, embora o princípio da constitucionalidade seja a regra, a própria Constituição acaba por permitir que existam decisões inconstitucionais.

3) O pensamento brasileiro favorável à tese da flexibilidade

A doutrina pátria, com suporte na interpretação do regime de formação da coisa julgada, e analisando a jurisprudência passada e atual dos nossos tribunais, tem sido majoritária no sentido de sua flexibilização.

Via de regra, tem-se sustentado a flexibilização com base na primazia do princípio da justiça ou da possibilidade de realização de princípios maiores como a igualdade, a legalidade, a moralidade, dentre tantos, calcada em argumentos jurisprudenciais e doutrinários bastante convincentes:

Em voto proferido como relator na Primeira Turma do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, o Min. JOSÉ AUGUSTO DELGADO, no julgamento do Recurso Especial número 240.712/SP, julgado em 15.2.2000, declarou sua "posição doutrinária no sentido de não reconhecer caráter absoluto à coisa julgada" e disse filiar-se "a determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica,

¹³⁰ In Manual de Direito Constitucional, Volume II, página 136.

sobrepôr-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações assumidas pelo Estado"¹³¹.

Há tempos, no julgamento do Recurso Extraordinário número 93.412/SC, julgado em 04.05.1982, o relator, Ministro RAFAEL MAYER afirmou que, em dadas circunstâncias, "não ofende a coisa julgada a decisão que, na execução, determina nova avaliação para atualizar o valor do imóvel, constante de laudo antigo, tendo em vista atender à garantia constitucional da justa indenização".

Prestigiando a tese da melhor utilização dos recursos públicos o i. Ministro chegou a afirmar que o "*lapso de tempo que desgastou o sentido da coisa julgada*", como fundamento para prestigiar a realização de nova perícia avaliatória, afastando de modo expresso a autoridade da coisa julgada como óbice a essa diligência.

É recorrente a influência de EDUARDO JUAN COUTURE¹³², manejando o sugestivo conceito de *coisa julgada delinquente*, quando afirmou que "a consagração da fraude é o desprestígio máximo e a negação do direito, fonte incessante de descontentamento do povo e burla à lei". Segue afirmando que, se fecharmos os caminhos para a desconstituição das sentenças passadas em julgado, acabaremos por outorgar uma carta de cidadania e legitimidade à fraude processual e às formas delituosas do processo. De modo enfático concluiu: "chegará um dia em que as forças vitais que o rodeiam [rodeiam o jurista] exigirão dele um ato de coragem capaz de pôr à prova suas meditações".

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹³³, em brioso artigo jurídico, lembra o jurista platense JUAN CARLOS HITTERS que produziu notável estudo sobre a possibilidade de "conciliar harmoniosamente o enquadramento normativo do tema com a sua dimensão sociológica,

¹³¹ A Fazenda do Estado de São Paulo havia sido vencida em processo por desapropriação indireta. Após foi celebrada uma transação os indicados desapropriados para parcelamento do débito e, quando já pagas algumas parcelas, a Fazenda Pública voltou a juízo pretendendo anular o acordo e repetir o indébito, sob a alegação de que houve erro no julgamento da ação expropriatória, causado ou facilitado pela perícia, uma vez que a área supostamente apossada pelo Estado já pertencia a ele próprio e não aos autores. Apesar do trânsito em julgado e do acordo depois celebrado entre as partes, o Min. José Delgado votou no sentido de restabelecer, em sede de recurso especial, a tutela antecipada que o MM. Juiz de primeiro grau concedera à Fazenda e o Tribunal Paulista, invocando a *coisa julgada*, estava a negar. A tese do Ministro prevaleceu por três votos contra dois e a tutela antecipada foi concedida.

¹³² *Apud acta* Cândido Rangel Dinamarco. *Relativizar a Coisa Julgada Material*, *Júris Síntese*, nº 33, Jan/fev de 2002.

¹³³ In *Relativizar a Coisa Julgada Material*, *Júris Síntese*, nº 33, Jan/fev de 2002.

tendo em vista o culto da justiça e em especial a equidade, que é a justiça singularizada para o caso específico; e conclui alvitando de modo entusiástico as aberturas para a revisão de sentenças substancialmente injustas, infringindo-se a autoridade do julgado se isso for essencial para fazer justiça e afastar desmandos”¹³⁴.

Assim, não levando às últimas conseqüências a idéia de coisa julgada, tem a doutrina sustentado sua quebra indicando diversos fundamentos para tanto.

Inicia-se afirmando que o relativismo da coisa julgada se inicia com o próprio texto constitucional, quando afirma no art. 5º, inciso XXXVI, que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”.

Numa interpretação lógico-sistemática, especialmente em face do artigo 2º da Carta, quer isso dizer que o legislador, ao criar uma lei, não pode ofender o caso julgado, como garantia de que o Judiciário ao decidir, deve ter sua decisão respeitada, de modo a se traduzir a independência dos Poderes.

Depois, como afirma JOSÉ AFONSO DA SILVA¹³⁵

“A proteção constitucional da coisa julgada não impede, contudo, que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional. Dizendo que a lei não prejudicará a coisa julgada, quer-se tutelar esta contra atuação direta do legislador, contra ataque direto da lei. A lei não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada. Mas pode prever licitamente, como o fez o art. 485 do Código de Processo Civil, sua rescindibilidade por meio de ação rescisória”.

PAULO OTERO¹³⁶, ao fazer uma análise sobre o mesmo problema que ocorre em Portugal, afirma que “De qualquer forma, importa sublinhar que o princípio da intangibilidade do caso julgado não permite afirmar que a Constituição impossibilita que uma nova decisão judicial possa colocar em causa uma sentença transitada em julgado”.

¹³⁴ Revisión de la cosa juzgada, cap. VIII e IX, pp. 256 ss., esp. pp. 325.

¹³⁵ SILVA, José Afonso da. “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”. RT. 5ª Edição. 1.989., página 376.

¹³⁶ In “Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional”. Lex Edições. Lisboa. 1.993, pág. 51.

No particular, cabe trazer à colação, por sua inteira pertinência com o tema, a lição de CARLOS VALDER DO NASCIMENTO¹³⁷:

“Sendo a coisa julgada matéria estritamente de índole jurídico-processual, portanto inserta no ordenamento infra-constitucional, sua intangibilidade pode ser questionada desde que ofensiva aos parâmetros da Constituição. Nesse caso, estar-se-ia operando no campo da nulidade. Nula é a sentença desconforme com os cânones constitucionais, o que desmistifica a imutabilidade da *res judicata*. Pensar que a decisão jurisdicional, coberta pelo manto da irreversibilidade, faz-se ato jurisdicional intocável é relegar a regra geral, segundo a qual todos os atos estatais são passíveis de desconstituição. Não há hierarquia entre os atos emanados dos Poderes da República, pois, todos eles são decorrentes das funções desenvolvidas pelos agentes políticos em nome do Estado”

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA¹³⁸ salientando não ser mais possível emprestar uma relevância exagerada ao instituto da coisa julgada, especialmente quando diante de circunstâncias em que a ela afronta literalmente a Constituição. O que deveria ocorrer, na prática, é o que ensina o eminente Professor e Juiz Federal “Na quebra de braço entre a coisa julgada, de um lado, e a legalidade e a isonomia, do outro lado, a primeira cede o passo às segundas”¹³⁹.

Logo em seguida, defendendo a unicidade do direito - em direto confronto com a possibilidade da dualidade, tendo em vista os princípios reinantes em nosso ordenamento – demonstra ser inviável o caminho da sentença criadora em substituição ao direito posto. Para tanto argumenta que:

“A partir, porém, da adoção da tese da unicidade do Direito, a ciência tem de repensar o grau de imutabilidade da coisa julgada, resgatando o valor da sentença justa, aquela que instrumentalize a aplicação da lei e não a criação de uma nova. Partindo desta premissa, a exaustão das vias recursais implicará tão-somente o término da relação jurídico-processual e a formação da coisa julgada material. Esta, porém, constituirá a presunção relativa de certeza da decisão, tornando-se indiscutível através dos remédios jurídicos processuais regulares e impedindo nova instauração de processo sobre o mesmo tema”¹⁴⁰.

A idéia de imutabilidade inerente à coisa julgada deve ser compreendida em seus reais contornos que são dados pela lei infraconstitucional, posto que a regra do art. 5º, XXXVI,

¹³⁷ In *Coisa Julgada Inconstitucional*, página 13.

¹³⁸ In *Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*. RT. São Paulo. 1.997.

¹³⁹ In “Contribuição à Teoria da Coisa Julgada”. RT. São Paulo, 1.997, pág. 106.

¹⁴⁰ In Op. Cit. Página 107 e seguintes.

CF/88, se dirige apenas ao legislador ordinário impondo-lhe a proibição de prejudicar a coisa julgada, mas, sendo esta a única regra sobre coisa julgada que adquiriu foro constitucional, remeteu o Constituinte tudo o mais no instituto à disciplina da legislação ordinária. Embora a Constituição Federal tenha consagrado o princípio da coisa julgada não o descreveu, legando à lei ordinária o regime de sua formação bem como de sua desconstituição, sempre pelo Poder Judiciário.

HUMBERTO THEODORO JUNIOR¹⁴¹ lembra que “a irrevogabilidade presente na noção de coisa julgada apenas significa que a inalterabilidade de seus efeitos tornou-se vedada através da via recursal e não que é impossível por outras vias”.

Sustenta o professor mineiro que a Constituição Federal de 1988 não se preocupou em dispensar tratamento jurídico constitucional ao instituto da coisa julgada, apenas aludindo à coisa julgada em seu art. 5º, XXXVI, quando elenca entre as garantias fundamentais a de que estaria ela imune aos efeitos da lei nova. Conclui afirmando que a noção de intangibilidade da coisa julgada, no nosso sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional, mas resulta, antes, de norma contida no artigo 457 do Código de Processo Civil, pelo que de modo algum pode estar imune ao princípio da constitucionalidade, hierarquicamente superior.

CELSO BASTOS e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS¹⁴² afirmam que:

"O Texto Constitucional assegura a coisa julgada contra atentados que possa sofrer, inclusive provindos da própria lei. Mas ela não afirma que toda decisão com trânsito em julgado constitui coisa julgada. Isto faz com que necessariamente caiba à lei, à doutrina e à própria jurisprudência a dirimirem em cada caso concreto se há ou não coisa julgada".

Confirmando o entendimento de que a coisa julgada poderia ser desconstituída, exceto por efeito direito de lei nova, o Supremo Tribunal Federal, em voto da labra do Ministro CELSO DE MELLO¹⁴³, afirmou que

“A especial proteção que a Constituição da República dispensou à res judicata não inibe o Estado de definir, em sede meramente legal, as hipóteses ensejadoras da invalidação da própria autoridade da coisa julgada. A garantia

¹⁴¹ In Op. Cit. Página 91.

¹⁴² *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., p. 201

¹⁴³ STF – AR-ED 1279 – PR – TP – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 13.09.2002 – p. 63.

constitucional da coisa julgada, em consequência, não se qualifica – consoante proclamou o Supremo Tribunal Federal (RTJ 158/934-935) – como fator impeditivo da legítima desconstituição, mediante ação rescisória, da autoridade da *res judicata*”.

No mesmo sentido, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em voto da lavra do Ministro MAURÍCIO CORRÊA¹⁴⁴, afirmou que “a Constituição Federal assegura a intangibilidade da coisa julgada, mas ao legislador ordinário coube a definição do instituto e as hipóteses em que se admite a sua rescisão”.

Reforça o argumento da relatividade do caso julgado a existência de ações às hipóteses, ainda que em termos excepcionais, de sua modificabilidade como, por exemplo, o da ação rescisória que tem por objetivo, exatamente, o de desconstituir a coisa julgada (CPC, arts. 485 e segs.). No particular, a idéia de coisa julgada não está imune à impugnação, podendo ser rescindida nos casos em que o legislador considerou que os vícios de que se reveste a decisão transitada em julgado são tão graves que justificam abrir-se mão da segurança em benefício da garantia de justiça e de respeito aos valores maiores consagrados na ordem jurídica.

Igualmente, no processo penal, a revisão criminal pode ser manejada, a qualquer tempo, para desconstituir a injustiça da sentença penal. FERNANDO TOURINHO FILHO¹⁴⁵ com proficiência relata:

"No Processo Penal brasileiro, embora incrustada no capítulo atinente aos recursos, a revisão é, também, verdadeira ação autônoma destinada ao desfazimento dos efeitos produzidos por uma sentença condenatória trânsita em julgado. Se a coisa julgada, em princípio, é intangível, porque interesses do Estado assim o querem, esses interesses, contudo, não podem prevalecer *'sobre el interés de hacer triunfar la justicia substancial sobre la justicia formal'* (cf. MANZINI, Tratado, cit., v. 5, pág. 258). E, à matéria da rescisória do cível, surgiu no Processo Penal a revisão criminal, como remédio jurídico para tutelar o direito de liberdade”.

JOSÉ FREDERICO MARQUES¹⁴⁶ acrescenta:

"Se o status libertatis é fundamental para a pessoa humana, constituiria um atentado, sem justificativa, aos princípios que tutelam e garantem a dignidade e os direitos do homem, colocar, em termos absolutos, a proeminência da segurança jurídica, a ponto de sacrificar-se um bem

¹⁴⁴ No julgamento do RE-AgR 340246/SP, DJU de 25.10.2002, página 68.

¹⁴⁵ Processo Penal, Ed. Saraiva, 12ª ed., 4º vol., págs. 450/451

¹⁴⁶ Elementos de Direito Processual Penal, Ed. Forense, págs. 83 e 87.

jurídico, tão relevante, como a liberdade. Tal sacrifício, se alicerçado em sentença injusta, seria ilícito e antijurídico; e é, por isso, que a imutabilidade das sentenças absolutórias é absoluta, enquanto que a das condenações está sujeita a juízo rescisório da revisão criminal".

Observe-se que, no Direito Processual Penal, a figura da coisa soberanamente julgada não é prevista, por inexistir prazo para a interposição de revisão criminal, podendo se dar a qualquer tempo porque o bem protegido pelo Direito Penal é de assaz importância e, para bem cuidá-lo, a lei pretendeu, *in casu*, afastar o princípio da segurança jurídica e da paz social que norteia a coisa julgada em prol de um outro princípio – o da justiça.

Muito próprias as palavras do juiz BATALHA DE CAMARGO que:

“O processo é ainda um modo imperfeito de realização do direito e, algumas vezes, situações se deparam em que princípios consagrados como institucionais despem-se de sua consagração ante a realidade de se causar, pela observância formal, um mal maior à própria existência do direito. O Adjetivo perde, então, a sua relevância, para que se salve a própria significação do substantivo”¹⁴⁷.

O Ministro JOSÉ AUGUSTO DELGADO¹⁴⁸ tem reiteradamente declarado que “a injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado”. Para o jurista, somente transita em julgado o que é compatível com a Constituição.

Outro argumento tem convencido os estudiosos do tema.

Em face da primazia da constituição, a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme a Constituição. Se desconforme, estar-se-á diante da *coisa julgada inconstitucional*.

Diferentemente do que ocorre com a coisa julgada ofensiva da lei infraconstitucional (que, nos mais variados ordenamentos jurídicos, está sujeita a ter validados definitivamente os seus efeitos quando ultrapassado o prazo para sua excepcional impugnação, sob o fundamento

¹⁴⁷ CAMARGO, Batalha. Juiz relator do acórdão do Tribunal de alçada de São Paulo. RT 377/272, citado por DERGINT, Augusto do Amaral. Op. Cit. p. 143

¹⁴⁸ Vide artigo publicado no Livro *Coisa Julgada Inconstitucional*, coordenação de Carlos Valder do Nascimento.

explicado pela segurança e certeza jurídicas) quando violadora da Constituição esta se revela insustentável.

Isto porque, os valores da segurança e certeza “*carecem de força positiva autónoma para conferir validade a actos jurídicos inconstitucionais*”, ou, ainda nas palavras de PAULO OTERO¹⁴⁹,

“A segurança e a certeza jurídicas apenas são passíveis de salvaguardar ou validar efeitos de actos desconformes com a Constituição quando o próprio texto constitucional expressamente o admite. (...) Fora de tais situações, repete-se, os valores da segurança e da certeza não possuem força constitucional autónoma para fundamentarem a validade geral de efeitos de atos inconstitucionais”.

Para esta corrente, a tutela da coisa julgada e da imutabilidade pressupõe, via de regra, o atendimento do princípio da constitucionalidade:

“O princípio da constitucionalidade determina ... que a validade de quaisquer actos do poder público dependa sempre da sua conformidade com a Constituição. Por isso mesmo, as decisões judiciais desconformes com a Constituição são inválidas; o caso julgado daí resultante é, também ele, conseqüentemente, inválido, encontrando-se ferido de inconstitucionalidade”.

Precisa a explicação de HUMBERTO THEODORO JUNIOR¹⁵⁰ para quem a relação entre coisa julgada e intangibilidade é de antecedente e conseqüente, ou de prejudicialidade:

“A relação, portanto, que existe entre o princípio da constitucionalidade e o da imutabilidade da coisa julgada é de antecedente e conseqüente, ou melhor, de prejudicialidade, mormente no direito brasileiro em que se está diante de um princípio de natureza constitucional e outro de natureza ordinária. Assim, para que se fale na tutela da intangibilidade da coisa julgada e por conseguinte na sua sujeição a um regime excepcional de impugnação, é necessário que antes se investigue sua adequação à Constituição. Ou nas precisas palavras de PAULO OTERO a respeito do direito português em que o princípio da intangibilidade tem a sua sede constitucional:

“... o princípio da imodificabilidade do caso julgado foi pensado para decisões judiciais conformes com o Direito ou, quanto muito, decisões meramente injustas ou ilegais em relação à legalidade ordinária. A imodificabilidade do caso julgado apenas pode concorrer em pé de igualdade

¹⁴⁹ Idem, p. 61.

¹⁵⁰ Vide artigo publicado no Livro *Coisa Julgada Inconstitucional*, coordenação de Carlos Valder do Nascimento, página 98.

com o princípio da constitucionalidade dos actos jurídico-públicos quando essa imodificabilidade ou insindicabilidade seja consagrada constitucionalmente...

Em todas as restantes situações, o princípio da imodificabilidade do caso julgado não tem força suficiente para limitar ou condicionar o princípio da constitucionalidade das decisões judiciais”.

Em síntese, somente existe coisa julgada se conforme a constituição, do contrário ela não tem suporte jurídico.

Mediante a consciência de que "*a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios*", conforme lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹⁵¹, doutrina e jurisprudência têm identificado alguns princípios que podem prevalecer no caso concreto em face da coisa julgada material.

Tais são os princípios da proporcionalidade (ou razoabilidade), da democracia, da hierarquia das normas, da legalidade, da isonomia, da separação de poderes, da moralidade pública, da dignidade da pessoa humana, do meio ambiente ecologicamente equilibrado, "do acesso à ordem jurídica justa, que repele a perenização de julgados aberrantemente discrepantes dos ditames da justiça e da equidade"¹⁵², do repúdio à fraude e ao erro grosseiro, entre outros princípios.

O ilustre jurista, em seu estudo intitulado "*Relativizar a Coisa Julgada Material*" desenvolve uma visão sistemática, utilizando-se de critérios objetivos, ao apontar a prevalência de certos valores garantidos constitucionalmente "tanto quanto a coisa julgada, os quais devem prevalecer mesmo com algum prejuízo para a segurança das relações jurídicas".

Não se pode permitir a renegação de tais princípios, dentre tantos, sob a justificativa da única prevalência da segurança jurídica. Confirmar o valor da segurança jurídica (ou certeza) não pode implicar sempre desprezo ao da unidade federativa, ao da dignidade humana e intangibilidade do corpo. Por isso, em alguns casos, deve-se abrir mão da segurança jurídica diante da possibilidade de se ver sacrificado o insacrificável.

Por isso, o festejado professor paulista sustenta que

¹⁵¹ *Relativizar a coisa julgada material*, publicado no *Júris Síntese*, nº 33, Jan/Fev de 2002.

¹⁵² Cândido Rangel Dinamarco, in *Relativizar a coisa julgada material*, publicado no *Júris Síntese*, nº 33, Jan/Fev de 2002.

“é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado, redondo. A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia”¹⁵³.

Em síntese, podemos afirmar que, partindo da idéia da prevalência da justiça ou de princípios informadores do sistema jurídico, cinco argumentos são utilizados para sustentar a quebra da coisa julgada havida por inconstitucional:

1. Sendo inconstitucional não encontra fundamento jurídico que a sustente, logo, não se trata de coisa julgada;
2. A segurança jurídica dá estabilidade à coisa julgada conforme a constituição e não que a contrarie;
3. A Constituição protegeu a coisa julgada da ação do legislador e não da ação jurisdicional que, agindo conforme a lei, rescinda o julgado contrário a ela;
4. A Constituição do Brasil não definiu o que era coisa julgada, nem seu regime de formação e/ou manutenção, deixando a cargo da lei infraconstitucional fazê-lo, inclusive criando as hipóteses pelas quais o judiciário poderia flexibilizá-la. Tanto que o próprio sistema jurídico nacional prevê diversas hipóteses de sua flexibilização, como no caso da revisão criminal ou mesmo da ação rescisória;
5. A segurança jurídica dada pela coisa julgada não é um princípio absoluto que sempre deve prevalecer diante dos demais princípios.

a) Remédios processuais adequados

Embora não seja este o objetivo do presente estudo, cumpre registrar a importância do tema acerca dos remédios jurídicos processuais cogitados no ordenamento brasileiro para cingir a coisa julgada, até mesmo para que se faça, em ponto específico, uma análise dos dispositivos do parágrafo único do art. 741, I do CPC e do § 5º do art. 884 da CLT.

¹⁵³ Cândido Rangel Dinamarco, *in Relativizar a coisa julgada material*, publicado no *Júris Síntese*, nº 33, Jan/Fev de 2002.

Ação rescisória

Muitos são os doutrinadores que defendem que o meio impugnatório para a desconstituição de sentença transitada em julgado, no sistema processual brasileiro, seria apenas a ***ação rescisória***, disciplinada pelos arts. 485 e ss. do Código de Processo Civil. Enquadram a hipótese na regra contida no artigo 485, V, do CPC, que preceitua o cabimento da rescisória para a sentença de mérito que viola frontalmente qualquer disposição legal. Desta forma, em se admitindo tal linha de intelecção, para que fosse expurgada do mundo jurídico a sentença ferida do vício da coisa julgada inconstitucional, tal provimento deveria ser impugnado no prazo de dois anos após passar em julgado, eis que o art. 495 do CPC estabelece este lapso prazal.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento, sem discrepância, no sentido de que é admissível a ação rescisória, mesmo que à época da decisão rescindenda, fosse controvertida a interpretação de texto constitucional, afastada a aplicação da Súmula 343/STF¹⁵⁴ por entendê-la aplicável somente ao caso de violação de lei infraconstitucional e não ao caso de inconstitucionalidade¹⁵⁵:

TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL – AÇÃO RESCISÓRIA – ART. 3º, INCISO I, DA LEI Nº 7.787/89 – SÚMULAS 343 DO STF E 134 DO TRF – INAPLICABILIDADE – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO – 1. Não sendo indicado qualquer dispositivo de Lei Federal malferido ou cuja vigência tenha sido negada, incide o enunciado da Súmula nº 284 do STF. 2. Afastada a incidência das Súmulas nº 343 do STF e 134 do TRF, autorizando o processamento da ação rescisória, quando o Supremo Tribunal Federal decidir pela inconstitucionalidade de Lei aplicada pelo acórdão rescindendo. 3. Recurso Especial conhecido em parte e, nessa parte, provido. (STJ – RESP 193988 – RS – 2ª T. – Relª Min. LAURITA VAZ – DJU 10.02.2003)

¹⁵⁴ Súmula 343 do STF – “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais”.

¹⁵⁵ No particular importa verificar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 205.565 onde a questão da aplicação, à hipótese, da súmula 343 foi amplamente discutida.

Diferenciando a rescisória para impugnação da coisa julgada inconstitucional da ilegal HUMBERTO THEODORO JÚNIOR¹⁵⁶ e JULIANA CORDEIRO DE FARIA recorrem inicialmente à fundamentação de Paulo Otero para quem “... equiparar os actos jurisdicionais ilegais, conformes com a Constituição aos actos meramente ilegais, ..., traduz uma forma indirecta de desconstitucionalizar actos violadores da Constituição”.

Por isso, sustentam a inexistência de prazo para esta ação:

“Há que serem extraídas todas as conseqüências do reconhecimento da impossibilidade de subsistência da coisa julgada inconstitucional, de modo a que se submeta exatamente ao mesmo regime de inconstitucionalidade dos atos legislativos, para o qual não há prazo.

Deste modo a admissão da ação rescisória não significa a sujeição da declaração de inconstitucionalidade da coisa julgada ao prazo decadencial de dois anos, a exemplo do que se dá com a coisa julgada que contempla alguma nulidade absoluta, como é o exemplo, do processo em que há vício de citação ... omissis ... Em verdade, a coisa julgada inconstitucional, à vista da sua nulidade, reveste-se de uma aparência de coisa julgada, pelo que, a rigor, nem sequer seria necessário o uso da rescisória. Esta tem sido admitida pelo princípio da instrumentalidade e economicidade. O certo é que verificando-se a inconstitucionalidade direta de uma decisão judicial, não deve haver qualquer preocupação em evitar que o tribunal seja colocado na situação de contradizer a decisão anterior desconforme com a Constituição”.

O professor CÂNDIDO DINAMARCO¹⁵⁷, em artigo citado, admite a utilização da ação rescisória historiando um evidente caso de inconstitucionalidade da coisa julgada:

“Dezenas de servidores de determinado ente estatal vieram à Justiça e obtiveram a vantagem funcional que pleiteavam, com trânsito em julgado do acórdão que os favorecia. Outras dezenas de servidores do mesmo ente, ocupando a mesma situação estatutária que aqueles outros, receberam julgamento desfavorável, também com trânsito em julgado. Resultado prático: na mesma função, na mesma repartição ou até mesmo na mesma sala, convivem servidores integrados na mesmíssima situação funcional, mas alguns percebendo remuneração sensivelmente inferior à dos outros. Não é necessário maior esforço para afastar essa revoltante quebra do princípio constitucional da isonomia, bastando interpretar o inc. V do art. 485 do Código de Processo Civil no sentido de permitir que, pelo fundamento da violação à literal garantia da igualdade substancial (Const., art. 5º, caput e inc. I), em sede da ação rescisória se abra caminho para a concessão dos benefícios antes negados a um significativo grupo de integrantes daquela categoria profissional”.

¹⁵⁶ In Op. Cit. Página 107.

¹⁵⁷ In artigo citado.

Actio querela nullitatis

Outra parte da doutrina processualista, que afirma ser cabível a *actio querela nullitatis*, na hipótese, por tratar-se de nulidade *ipso iure*, qualquer meio processual admitido em direito para a retirada de validade ou de eficácia das decisões judiciais, podendo, inclusive, ser decretada *ex officio* pelo magistrado que dela tiver conhecimento.

Demais disso, admite-se a ação autônoma declaratória de nulidade (antiga *actio querela nullitatis*) como remédio idôneo para expurgar do mundo jurídico a sentença transitada em julgado que carrega em seus traços a nódoa do vício da inconstitucionalidade.

Afastando completamente a utilização da ação rescisória o baiano CARLOS VALDER DO NASCIMENTO¹⁵⁸ informa que a hipótese comporta, além da impugnação via embargos do devedor, a ação autônoma declaratória de nulidade da sentença porque “incabível lançar-se mão dos recursos previstos na legislação processual”.

Mas o leque de opções aqui não se exaure.

PONTES DE MIRANDA¹⁵⁹ lembrado por Dinamarco, sugere (a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada, (b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo ou ainda (c) a alegação *incidenter tantum* em algum outro processo, inclusive em peças defensivas.

Considerações acerca do art. 741, II e parágrafo único do CPC¹⁶⁰ e do § 5º do art. 884 da CLT¹⁶¹.

¹⁵⁸ In op. Citada, página 22 e seguintes.

¹⁵⁹ In *Tratado da ação rescisória*, § 18, n. 2, esp. p. 195.

¹⁶⁰ Art. 741. Na execução fundada em título judicial, os embargos só poderão versar sobre:

II - inexigibilidade do título;

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

Nos termos desses dispositivos não são exigíveis os títulos judiciais baseados em lei declaradas inconstitucionais ou em interpretação tidas por inconstitucionais pelo STF.

Justifica-se a disposição legal o fato da sentença sobre a qual se operou o fenômeno da *rei judicatae*, caso viole princípios e normas da Lei Maior, padecer de nulidade e, neste caso, esta nulidade do ato jurídico deve ser decretada a qualquer tempo pelo magistrado, *ex officio* ou a requerimento das partes interessadas.

Inovou-se, assim, o sistema para, a partir de então, expressamente admitir-se, ao lado da ação rescisória, os embargos à execução como instrumento processual idôneo a desconsiderar-se a coisa julgada baseada em lei posteriormente reconhecida como inconstitucional pelo STF, através de controle direto. Inegável, aqui, a definitiva influência do direito alemão que, na Lei do *Bundesverfassungsgericht*, após prescrever a intangibilidade dos atos não mais suscetíveis de impugnação, estatui, em seu § 79, a ilegitimidade da execução de decisões condenatórias baseadas em lei declarada nula.

Neste caso, além dos embargos do devedor, tem-se admitido a utilização da exceção de pré-executividade cabendo registrar, no particular, que o reconhecimento da inconstitucionalidade diz respeito a mérito e, portanto, somente seria cabível em sede de embargos do devedor. Todavia, PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA¹⁶² entende que, em ações mandamentais, onde não há um processo de execução autônomo, é cabível a possibilidade de defesa do perdedor através de simples petição no bojo dos autos da ação mandamental.

Muito consistente a doutrina de LEONARDO DE FARIA BERALDO¹⁶³ que, observando a gravidade de se flexibilizar a coisa julgada, insiste em atribuir, *de lege ferenda*, ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL esta competência, embora reconheça atualmente ao juiz de primeiro grau tal atribuição.

¹⁶¹ § 5º Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

¹⁶² In *Embargos à execução e decisão de inconstitucionalidade – Relatividade da coisa julgada – CPC art. 741, parágrafo único – MP 2.180*. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 2, maio, 2003, p. 105-106.

¹⁶³ In *Coisa Julgada Inconstitucional*, Coordenado por Carlos Valder Nascimento, página 170.

Nesta linha de pensamento, talvez melhor fosse deixar o controle das decisões com trânsito em julgado à reserva do Supremo Tribunal Federal pela via de uma novel reclamação constitucional¹⁶⁴ para esta extraordinária hipótese (artigos 102, I, "I" da CF/88) que assegurasse a competência daquele tribunal como Corte Constitucional ou a autoridade do efeito vinculante das decisões proferidas em sede do controle de constitucionalidade¹⁶⁵.

O ideal seria a utilização de via que propiciasse a análise da questão diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, nos moldes da reclamação constitucional na Alemanha e do recurso de amparo nos países latinos¹⁶⁶ uma vez que a problemática envolve um controle de constitucionalidade da atividade jurisdicional.

Esta proposta de criação de uma nova reclamação acabaria com a restrição pelos contornos dados pelo Supremo Tribunal Federal de que a mesma, tal como definida, não poderia ser utilizada se já formada a coisa julgada:

RECLAMAÇÃO – ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – INOCORRÊNCIA – DECISÃO RECLAMADA QUE TRANSITOU EM JULGADO – OCORRÊNCIA DO FENÔMENO DA RES JUDICATA – INVIABILIDADE DA VIA RECLAMATÓRIA – RECLAMAÇÃO DE QUE NÃO SE CONHECE – A EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA IMPEDE A UTILIZAÇÃO DA VIA RECLAMATÓRIA – Não cabe reclamação, quando a decisão por ela impugnada já transitou em julgado, eis que esse meio de preservação da competência do Supremo Tribunal Federal e de reafirmação da autoridade decisória de seus pronunciamentos – embora revestido de natureza constitucional (CF, art. 102, I, "e") – não se qualifica como sucedâneo processual da ação rescisória. – A inocorrência do trânsito em julgado da decisão impugnada em sede reclamatória constitui pressuposto negativo de admissibilidade da própria reclamação, que não pode ser utilizada contra ato

¹⁶⁴ A natureza jurídica da reclamação é ponto extremamente debatido na doutrina e nos tribunais. As três correntes de maior relevo a respeito do tema divergem sobre se a reclamação tem natureza jurídica de incidente processual, recurso ou ação autônoma de impugnação. No particular confira-se as excelentes obras: PACHECO, José da Silva. A "reclamação" no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 78, n. 646, p. 19-32, ago., 1989; SIQUEIRA, Vicente Paulo de. Da reclamação. Ceará: Imprensa Universitária do Ceará, 1958; MORATO, Leonardo Lins. XIX - A reclamação prevista na Constituição Federal. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. Coord.: Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 441 a 45; e Cândido Rangel Dinamarco, *A RECLAMAÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO*, Publicada no Juris Síntese nº 33 - JAN/FEV de 2002.

Cândido Rangel Dinamarco.

¹⁶⁵ O problema é que nem o Supremo Tribunal Federal é exclusivamente Corte Constitucional, nem todas as decisões tomadas em sede do controle de constitucionalidade têm efeitos vinculantes.

¹⁶⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. In: *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análise à Luz da Lei nº 9.882/99*. TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). São Paulo: Atlas, 2001, p. 202.

judicial que se tornou irrecurível. Precedentes. (STF – Rcl 1438 – DF – TP – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 22.11.2002 – p. 00056)

Além do mais, este meio proposto poderia oferecer ao sistema jurídico um instrumento capaz de retirar do mundo jurídico uma coisa julgada inconstitucional, mas que não necessita de processo de execução para ser cumprida, como é o caso da ação mandamental. Também tal norma não abarca as inúmeras situações em que uma lei inconstitucional pode vir a ser aplicada através de sentença de outra natureza, como declaratória ou constitutiva.

Atenderia ainda a possibilidade de instrumentar o ataque à coisa julgada que contraria diretamente a constituição, sem a interposição de qualquer norma.

Por outro lado, entendemos que as disposições legais acima citadas, bem como os instrumentos invocados, somente poderão ser manejados se observados os limites demonstrados no capítulo posterior.

Suas utilizações não podem ser indiscriminadas nem ilimitadas porque o aplicador da norma deve sempre ter em mente que no universo de providências jurídicas não pode o intérprete apressar-se em aplicar fórmulas preestabelecidas, mas cotejar valores e princípios na busca da realização da justiça.

Por isso, pensamos que as disposições legais acima referidas necessitam ajustar-se a uma interpretação conforme a constituição, que lhe retire a aplicação ampla, irrestrita e automática.

Conclusão parcial

Veza que as nulidades *ipso jure* independem de procedimento especial para a sua declaração, diversos os meios de impugnação, podendo sua nulidade ser declarada a qualquer tempo, *ex officio* conforme dispõe o art. 168 e seu parágrafo único do novo Código Civil, ou mediante ação rescisória, ou ação autônoma declaratória de nulidade e, inclusive através do processo incidente de embargos à execução, fundados em inexigibilidade do título executivo judicial.

4) Efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade da coisa julgada

GILMAR FERREIRA MENDES¹⁶⁷ afirma ser da tradição do direito brasileiro o dogma da nulidade da lei inconstitucional, isto é, de que é nula *ipso juri* e que, portanto, a decisão no sentido da inconstitucionalidade tem efeitos retroativos – *ex tunc* – quando todos os atos praticados com base na lei inconstitucional estão igualmente eivados de ilicitude, embora já indicasse, na obra editada em 1996, o esforço em abandonar a doutrina da nulidade para, com base nos ensinamentos de Kelsen abraçar a teoria da anulabilidade.

De fato, com a introdução do artigo 27 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999¹⁶⁸ o Supremo Tribunal Federal, em face da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela somente tenha eficácia em momento posterior. A regra geral continua sendo a de que a decisão de inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc*.

Com base nesta disposição aplicável ao controle de constitucionalidade as leis e dos atos normativos, no princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do poder público no Brasil, e na observância da segurança jurídica, a doutrina vem entendendo que o efeito da inconstitucionalidade da coisa julgada é *ex nunc*, como se verifica na doutrina de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR¹⁶⁹, JULIANA CORDEIRO DE FARIA, LEONARDO DE FARIA BERALDO¹⁷⁰, dentre tantos.

Sustentando idêntica posição em face do prestígio da segurança jurídica e da certeza do direito, PAULO OTERO¹⁷¹ compara o regime do caso julgado inconstitucional ao do ato administrativo nulo¹⁷²:

¹⁶⁷ In *Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 253.

¹⁶⁸ Defendendo a inconstitucionalidade do dispositivo verifique-se excelente artigo de MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA, in *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais*, Coordenação de José Adércio Leite Sampaio, Belo Horizonte: DelRey, 2003, página 165-211.

¹⁶⁹ In. Op. Cit.

¹⁷⁰ In. Op. Cit.

¹⁷¹ In Op. Cit., página 125/126.

¹⁷² O Código de Procedimento Administrativo Português, no artigo 134, n. 3, acolheu a tese de que certas situações geradas pela nulidade sejam passíveis de produzir efeitos.

“Exatamente pelas mesmas razões e tendo em atenção a tutela dos valores e princípios atrás mencionados, consideramos que, tal como sucede em relação aos actos administrativos nulos, também certos efeitos de facto das decisões judiciais inconstitucionais possam ser ressalvados numa eventual decisão declarativa da respectiva inconstitucionalidade”.

Discorrendo sobre a matéria, a professora REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI¹⁷³ registra a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que estabelece, em homenagem a segurança e certeza jurídicas, diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (Normebene) e no plano do ato individual (Einzelaktebene) através das fórmulas de preclusão e, por isso, conserva os efeitos retroativos dados pelo ato público inconstitucional.

Por estas razões, longe de desejar a aplicação matemática de fórmulas exatas predefinidas, entendemos que o reconhecimento de inconstitucionalidade do caso julgado deverá, em princípio, produzir efeitos *ex tunc*, todavia, analisando o caso concreto, em face da segurança jurídica e da tutela da confiança, poderá o julgador aplicar analogicamente a fórmula do artigo 27 da Lei 9.868/99, e restringir os efeitos daquela declaração chegando mesmo a decidir que ela somente tenha eficácia em momento posterior.

CAPÍTULO VIII - RELAÇÃO DIALÉTICA ENTRE SEGURANÇA E JUSTIÇA

Como se pode verificar, o debate em torno da relativização da coisa julgada contrapõe duas teses antagônicas sendo que a tradicional valoriza sobremaneira a segurança ao passo em que a outra, mais contemporânea, busca reafirmar o valor da justiça e demonstrar que a coisa julgada nunca foi uma barreira insuperável no direito brasileiro, *ex vi* das previsões insertas na Constituição Federal, nos artigos 102, inciso I, alínea “J”; 105, inciso I, alínea “E”, e 108, inciso I, alínea “B”, e ADCT, artigo 27, §10.

Nota-se, aí, um retorno ao antigo debate da doutrina em face da oposição entre dois valores: a segurança e a justiça. Dispostas em situação dialética, ora prevalece a segurança, ora a justiça, como se mutuamente excludentes. Para prevalecer uma idéia, deve ser eliminada a outra, como acontece claramente nas dialéticas materialistas.

¹⁷³ In *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, São Paulo: Editora RT, 1999, página 207.

Este conflito é recorrente na doutrina filosófica do direito, dele se ocupando ENGISCH¹⁷⁴, KELSEN¹⁷⁵, e RADBRUCH¹⁷⁶, dentre tantos. Para CARNELUTTI “a segurança estrita tem o preço terrível do sacrifício da Justiça”.

Ainda questiona a dogmática se, por acaso, a uma segurança menor haverá maior justiça; ou se a justiça fica mais garantida com a liberdade de julgamento de decisões, e de re-decisões; e ainda, se o excesso de segurança não traz injustiça, não propicia a arbitrariedade ou o absurdo.

Longe de almejar solucionar o problema da relação dialética entre segurança e justiça, o que se pretende é relacionar os dois conceitos principiológicos como um critério necessário à relativização da coisa julgada.

O jurisfilósofo alemão RADBRUCH, na sua fase pós-guerra, em que se afastou do positivismo jurídico, após vivenciar as conseqüências da aplicação do dogma pelo nazismo, encontrou uma solução que, de certa forma, concilia as duas vertentes expostas, observando que ao contrário do que ocorre com as dialéticas materialistas, o que deve persistir na história da Humanidade, e portanto no Direito, é a dialética de complementaridade ou integração. Bem sintetizou a questão¹⁷⁷:

“Simplesmente, o que se não acha acima dos partidos, mas, pelo contrário, depende das diferentes concepções do direito e do Estado, é a questão de saber se a justiça, como exigência a pôr à ordem jurídica, deve ser formulada antes ou depois das outras; até que ponto ela e a recta finalidade devem ser sacrificadas à necessidade de segurança social, ou, inversamente, esta deve ser sacrificada às duas primeiras. Podemos resumir o nosso pensamento dizendo que os elementos universais válidos da idéia de direito são só a justiça e a segurança. Sujeitos à relatividade acham-se, portanto, não só o elemento ou a idéia do *Fim*, como já dissemos, mas ainda a determinação da própria hierarquia ou das relações de primazia a estabelecer entre esses três elementos”.

¹⁷⁴ Vide *Einführung in das Juristische Denken*, 1983, trad. port. de J. Baptista Machado, *Introdução ao pensamento jurídico*, 8ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2001.

¹⁷⁵ - Vide a obra *What is justice?*, 1957, trad. port. de Luís Carlos Borges, *O que é justiça? - A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998.

¹⁷⁶ Vide *Rechtsphilosophie*, s.a., trad. port. de L. Cabral de Moncada, *Filosofia do direito*, 5ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1977.

¹⁷⁷ RADBRUCH, Gustav. In *Rechtsphilosophie*, s.a., trad. port. de L. Cabral de Moncada, *Filosofia do direito*, 5ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1974, página 162.

Segundo o célebre jurista alemão¹⁷⁸, o estabelecimento dos parâmetros substanciais do conceito de justiça é realizado pelos princípios fundamentais que informam certa ordem social, os quais variarão de acordo com o momento histórico e com os fins a que a sociedade almeja alcançar. Em conjunto com as idéias de justiça e de finalidade, diante da mutabilidade dos fins passíveis de serem eleitos, assoma a idéia de segurança, a qual, tendo como instrumento o direito positivo, estabiliza e torna objetivos os fins a serem perseguidos pela sociedade.

Assim, a justiça ganha um sentido concreto à medida que balizada por valores abarcados pelo direito positivo. Por isso, RECASÉNS SICHES se refere à segurança como um valor fundante, inferior em relação à justiça, mas indispensável condição para a mesma, já que nunca poderá se dar um pressuposto de justiça sem que exista como pressuposto a segurança.

Na linha do pensamento alemão seria necessária a coordenação normal entre justiça, fim e segurança, mas não tal de forma absoluta. Em situações excepcionais, nas quais o respeito a essa ordem provoca grande ofensa a um desses prismas, especialmente nos casos de grave ofensa à justiça, ela pode ser momentaneamente quebrada.

Assim, melhor seria a elaboração de uma proposta de balanceamento entre o justo por natureza e o justo por convenção e isso é possível pela técnica da ponderação de princípios, escolhido como um critério à verificação da possibilidade da quebra da coisa julgada.

Segurança e justiça, sob esse aspecto, estabelecem uma polaridade dialética que se conclui pela integração entre os dois valores e não a pura eliminação de um pelo outro. As duas se apresentam, em determinadas ocasiões, como realidades distintas, mas ambas necessárias. Eliminando-se a segurança, a justiça torna-se mera idéia ou virtude individual; retirando-se o valor justiça, a segurança é mera força dominadora, desprovida de qualquer condicionamento ético.

Os dois valores, da segurança e da justiça, não se contrapõem. A justiça é um valor moral, condicionado a uma circunstância cultural da época histórica, e para ela, é necessário que

¹⁷⁸ In Op. Cit. páginas 159-168.

exista uma garantia de efetivação, que pode ser, exatamente, a materialidade objetiva da segurança jurídica.

Como é certo que as constituições modernas consagram tanto a justiça como a segurança, há que se verificar uma dinâmica própria de que faça ora prevalecer uma, ora a outra, nunca se promovendo a eliminando qualquer delas, e tendo em vista o princípio da unidade da constituição.

A questão, como se verifica, há que se resolvida no plano da hermenêutica constitucional, levando-se em conta o princípio da unidade da interpretação constitucional (J. J. GOMES CANOTILHO, 1109), onde a aparente antinomia é resolvida. A unidade do Direito, nas palavras de FRANCESCO CARNELUTTI¹⁷⁹:

“He aqui como brota al lado de la realidad y de la complejidad del Derecho el tercer principio metodológico que es el de su unidad; desde el punto de vista de la metodología eso quiere decir que hay que compadecer al científico que teniendo sobre su mesa un trozo cortado del cuerpo del Derecho para hacer su análisis, se ilusiona creyendo que aquel trozo forma un Derecho entero.”

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, como não poderia deixar de ser, contempla tanto a justiça quanto a segurança. Sendo assim, cabe ao intérprete coadunar os dois princípios nela contemplados, como já percebeu JORGE MIRANDA¹⁸⁰:

“Acresce o carácter compromissório de muitas Constituições (como a portuguesa), de tal sorte que o eventual somatório de princípios e normas de matriz diferente ou de sentido discrepante tem de se entender como expressão real do constituinte, cabendo ao intérprete reconstruir as relações entre eles num todo logicamente articulado, mas não substituir-se ao órgão de revisão na eliminação desta ou daquela norma divergente dos princípios. E pode perguntar-se mesmo, numa rigorosa procura de justiça e segurança, qual o mal menor: se abalar o compromisso constitucional e abrir caminho para rupturas que se pagam caro, se admitir, transitória e limitativamente, a vigência de normas que derroguem tais princípios.”

Sendo a Constituição o resultado de um compromisso entre vários atores sociais, na expressão de Canotilho, com idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados, e até mesmo antagônicos entre si, é perfeitamente admissível a hipótese de tensão entre estes princípios.

¹⁷⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia Del Derecho*. Tradução para o espanhol de Angel Ossorio. México: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1940. p. 62.

¹⁸⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Constituição e Inconstitucionalidade*. 3ª Edição. Coimbra: Coimbra. 1996, página 321, T. II.

Por isso, entendemos que a aplicação da teoria da relativização da coisa julgada deve ser resolvida a luz da técnica própria de resolução das antinomias entre princípios.

a) Antinomias jurídicas

NORBERTO BOBBIO¹⁸¹ afirma que a antinomia nada mais é que o conflito entre duas normas jurídicas. O jurista italiano ensina que para ocorrer o fenômeno da antinomia são necessárias duas condições: 1) as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento; 2) as duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade (temporal, espacial, pessoal e material).

Quanto às formas de antinomias RUY SAMUEL ESPÍNDOLA¹⁸², pontua:

“Grau situa o problema no plano das chamadas antinomias jurídicas. E, nesse plano, vislumbram-se o “conflito entre regras” e a “colisão de princípios” (Alexy)⁶². O conflito entre regras suscita a idéia das antinomias jurídicas próprias; a colisão entre princípios, as antinomias jurídicas impróprias”.

O referido Autor continua assegurando que a solução para a primeira espécie de conflito apresentado, antinomias próprias – conflito entre regras - exclui-se do ordenamento a regra conflitante face à incompatibilidade de outra situada no mesmo plano de validade. Assim, é o aspecto da validade que resolve o problema de conflitos entre regras, sendo que cada ordem jurídica estabelecerá os critérios para a exclusão.

A colisão entre princípios – *antinomias jurídicas impróprias* – não conduz à exclusão da ordem jurídica de uma das normas conflitantes, apenas afasta um deles diante de uma situação que comporte diferentes soluções, segundo o peso e a importância de cada qual, como adverte RUY SAMUEL ESPÍNDOLA¹⁸³.

¹⁸¹ In Teoria do Ordenamento Jurídico

¹⁸² SPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 68/69.

¹⁸³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 68.

Para resolver os conflitos entre os princípios constitucionais, CANOTILHO¹⁸⁴ suscita o caminho de uma “concordância prática” ou uma “ponderação prática de bens” entre os princípios em conflito. Para ele, o peso dos princípios e as circunstâncias do caso concorrem para ditar a forma de concretização (e harmonização) dos princípios em conflito.

A propósito, importantes subsídios são oferecidos por GILMAR FERREIRA MENDES¹⁸⁵:

“Por isso, diante das antinomias de princípios, quando em tese mais de uma pauta de valoração for parecer aplicável à mesma situação de fato, ao invés de se sentir obrigado a escolher este ou aquele princípio – com exclusão de todos os demais que, *prima facie*, também poderiam ser utilizados como norma de decisão –, o intérprete-aplicador fará uma ponderação entre os *standards* concorrentes, optando, afinal, por aquele que, nas circunstâncias, e segundo a sua prudente avaliação, deva ter um peso relativamente maior..”

Também os ensinamentos de ROBERT ALEXY¹⁸⁶ são apropriados ao definir como se resolvem os conflitos entre princípios e entre regras:

"Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo há de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación com respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas. Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esa determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice."

ZAGREBELSKY¹⁸⁷ esclarece que os princípios são apreciados de acordo com uma análise de razoabilidade, buscando-se uma resposta mais adequada às expectativas legítimas:

"En el lenguaje que hoy suele usarse, esta atención a lo posible en la realización de los principios se denomina "razonabilidad": una discutible

¹⁸⁴ In Op. Cit. p. 1109.

¹⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 49.

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993)

¹⁸⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia*. Trad. por Marina Grecón. Madrid: Trotta, 1995. p. 123.

expresión para aludir a lo que clásicamente se conocía como la "prudencia" en la tratamiento del derecho. Está claro que este modo de situarse frente al derecho constituye solamente una actitud, una predisposición hacia soluciones dúctiles que tomen en consideración todas las razones que pueden reivindicar buenos principios en su favor. No es, en cambio, la "clave" para resolver todo problema jurídico, como si tratase de una fórmula que permitiera obtener la solución de un problema matemático. Busca la respuesta más adecuada para las expectativas legítimas y, por ello, está abierto al enfrentamiento entre todas las posiciones que remiten a principios vigentes en el derecho... supone que hay que poner en marcha procedimientos leales, transparentes y responsables que permitan confrontar los principios en juego y que hay que seleccionar una "clase jurídica" (en los órganos legislativos, judiciales y forenses, administrativos, etc.) capaz de representar principios y no sólo desnudos intereses o meras técnicas. Éstas son las condiciones para el triunfo de la prudencia en el derecho."

E esta resposta mais adequada virá da adequação do princípio ao caso concreto, de forma a fazer prevalecer o valor contido no princípio, dirigindo-se a aplicação das regras.

"La realidad, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor. En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla – como razona el positivismo jurídico –, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de "tomas de posición jurídica conformes con él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y, en general, a los interpretes del derecho). El "ser" iluminado por el principio aún no contiene en sí el "deber ser", la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio".¹⁸⁸

Na hipótese, a antinomia imprópria deverá ser solucionada mediante ponderação. “*Nesses casos, segundo Dworkin, o aplicador do Direito opta por um dos princípios, sem que o outro seja rechaçado do sistema, ou deixe de ser aplicado a outros casos em que comporte sua aceitação*”.¹⁸⁹ Com a opção, o intérprete não estará desobedecendo ao outro princípio afastado momentaneamente.

É que ao optar por qual princípio afastar no caso concreto, o intérprete deverá aferir sobre o peso e a importância de cada princípio, preservando o máximo de cada um, na medida do possível e afastando aquele que será mais fácil de ser recuperado. Logo, a solução do conflito

¹⁸⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. In Op. Cit. P. p. 118.)

¹⁸⁹ SPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 69.

entre princípios não se dará no esquema do *tudo ou nada, do vale ou não vale*, e sim, pelo critério do peso, da ponderação.

Classicamente, no plano de validade, as antinomias entre regras podem ser resolvidas a partir de três critérios básicos, segundo MARIA HELENA DINIZ¹⁹⁰: o hierárquico, o especial e o cronológico.

Todavia, em face de colisão de princípios, o critério a ser utilizado é o da aplicação da *ponderação* como solução de conflitos.

b) A ponderação de princípios

Inicialmente convém tentar uma aproximação dos elementos que são objeto de ponderação, com fundamento na lição do professor HUMBERTO ÁVILA. Quatro categorias devem ser exploradas:

1. Bens jurídicos: para Michael Marx¹⁹¹ são situações, estados ou propriedades essenciais à promoção dos princípios jurídicos;
2. Interesses: na definição de Humberto Ávila¹⁹², são os próprios bens jurídicos na sua vinculação com algum sujeito que os pretende obter;
3. Valores: consubstanciam o aspecto axiológico das normas, segundo entendimento de Robert Alexy¹⁹³;
4. Princípios: constituem o aspecto deontológico dos valores.

Feitos estes esclarecimentos, pode-se afirmar consistir a ponderação em um sopesamento destes elementos que se entrelaçam em determinadas situações. A conceituação, portanto, explica a importância de se conhecer a diferença entre os elementos, e, embora esta seja sutil, é imprescindível a uma perfeita atribuição de pesos a cada um deles.

HUMBERTO ÁVILA¹⁹⁴ entende ser possível a evolução para uma ponderação intensamente estruturada, que poderá ser utilizada na aplicação dos postulados específicos, através do

¹⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Conflito entre normas**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 92.

¹⁹¹ MARX, Michael, 1971, *apud* ÁVILA, Humberto, 2003, p. 87.

¹⁹² ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

¹⁹³ ALEXY, Robert, 1985, *apud* ÁVILA, Humberto, 2003, p. 87.

transcurso de algumas etapas fundamentais, corroborando entendimento de LAURA CLÉRICO¹⁹⁵. São elas: (a) Preparação da ponderação: fase na qual são analisados todos os elementos e argumentos; (b) Realização da ponderação: etapa na qual fundamenta-se a relação estabelecida entre os elementos objeto de sopesamento; e (c) Reconstrução da ponderação: formulação de regras de relação, especialmente de primazia entre os elementos a serem ponderados, pretendendo-se a validade para além do caso.

DANIEL SARMENTO¹⁹⁶, no tocante a este aspecto, considera difícil a construção de uma metodologia racional e controlável a fim de guiar a ponderação. Mas, inobstante as dificuldades, reconhece que a consolidação desta metodologia é de vital importância para a legitimação da ponderação de interesses nos moldes de um Estado de Direito preocupado com a segurança jurídica e transparência dos atos estatais.

Com efeito, o tema da ponderação de bens, valores e interesses como método de solução de antinomias tem ganhado importância no desempenho da atividade jurisdicional e levado os doutrinadores a debruçarem-se cuidadosamente sobre a matéria. No entanto, não desmerecendo sua relevância, associada até a da própria justiça (entendida como efetivação dos valores insculpidos na Constituição Federal), o instituto da ponderação não está imune a críticas, notadamente porque se sujeita ao mau uso pelo aplicador. Por esta razão, é que se tem de buscar parâmetros e critérios melhor definidos para sua aplicação.

Como a ponderação de interesses só se torna necessária quando entram em choque, pelo menos, dois princípios constitucionais incidentes sobre um caso concreto, a primeira análise a ser feita é a possibilidade de harmonizar-se os cânones conflitantes, buscando-se a conciliação. Para tanto, deve-se buscar uma interpretação sistemática da Constituição.

No que tange aos direitos fundamentais, a demarcação da “topologia do conflito” – expressão utilizada por ROBERTO BIN – corresponde à identificação dos “limites imanentes” de cada direito, ou seja, a fronteira externa de cada um deles.

¹⁹⁴ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

¹⁹⁵ CLÉRICO, Laura, 2001, *apud* ÁVILA, Humberto, 2003, p. 87.

¹⁹⁶ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1ª Edição. 3ª Tiragem. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2003.

Constatando o intérprete que uma determinada situação concreta é efetivamente tutelada por dois ou mais princípios conflitantes, que apontam soluções divergentes, deve ele impor “pesos” aos interesses protegidos pelos princípios em colisão, no intuito de impor a mínima restrição possível a cada interesse.

Nesta tarefa, o intérprete deverá pautar-se em parâmetros racionais e controláveis, comparando, primeiramente, o peso genérico conferido pela ordem constitucional a cada interesse envolvido, passando, posteriormente, à análise do peso específico de cada um, com o escopo de impor ao interesse restrição inversamente proporcional ao seu peso específico – sopesado em face do problema a ser solucionado¹⁹⁷.

Impende registrar que a jurisprudência já tem aplicado esta solução, como se infere dos arestos abaixo referidos:

PROCESSO CIVIL E CONSTITUCIONAL – CONFLITO DE NORMAS-PRINCÍPIOS – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – DIREITO À INTIMIDADE E LIBERDADE DE IMPRENSA – 1. Os conflitos de normas-princípios, ao contrário do conflito entre normas-regras, são aclarados de acordo com o princípio da proporcionalidade, ou seja, basicamente com a ponderação de valores, mantendo-se o núcleo essencial da norma e verificando-se, sempre no caso concreto, seu âmbito de proteção. 2. Cotejando-se o direito à intimidade e a liberdade de imprensa, e verificando-se que, no caso concreto, não deve prevalecer, prima facie, o primeiro ao último, não se pode autorizar uma tutela específica no sentido de impedir o exercício da liberdade de imprensa, sob pena de cerceio de uma atividade assegurada constitucionalmente. (TJDF – AGI 20010020065825 – DF – 1ª T.Cív. – Relª Desª Ana Maria Duarte Amarante – DJU 04.09.2002 – p. 36)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMIDADE PASSIVA – INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO – HARD CASE(CASOS DIFÍCEIS) – CONFLITUOSIDADE ENTRE PRINCÍPIOS – UTILIZAÇÃO DE METÓDICA CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL – CARÁTER PRIMA FACIE DOS PRINCÍPIOS – MODELO SÍNTESE DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS – 1. Ação civil pública para defesa da saúde da criança, enferma de doença rara "puberdade precoce verdadeira", cujo tratamento medicamentoso é de elevado preço, não pode ser interrompido e a família da menor não reúne condições econômicas para custeá-lo. 2. As normas processuais – tais como as que definem a legitimidade passiva – devem ser entendidas em harmonia com o direito material, sobretudo a Constituição. In casu, ao tempo em que ajuizada a demanda, urgia-se de um lado a necessidade imediata de ações concretas do Estado para proteção da saúde e vida de uma criança de um ano e dez meses, sendo que de outro lado nos deparávamos com um momento ainda inicial de implantação dessa rede de serviços de saúde, onde a distribuição de

¹⁹⁷ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1ª Edição. 3ª Tiragem. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2003.

competências, ações e principalmente a estruturação econômica do SUS não se apresentavam adequadamente definidas, fatos esses que tornavam justificável a dúvida de quem deveria figurar no pólo passivo da ação (União ou INSS). Nesse quadro, razoável o endereçamento da ação em face do INSS (autarquia especializada em seguridade social). 3. No caso concreto, é possível que a criança tenha direito a receber tutela jurisdicional favorável a seu interesse, com fundamento em princípios contidos na Lei Maior, ainda que nenhuma regra infraconstitucional vigente apresente solução para o caso. Para a solução desse tipo de caso, denominado por R. Dworkin como *hard case* (caso difícil), não se deve utilizar argumentos de natureza política, mas apenas argumentos de princípio. 4. O pedido de fornecimento do medicamento à menor (direito a prestações estatais *stricto sensu* – direitos sociais fundamentais), traduz-se, *in casu*, no conflito de princípios: de um lado, os da dignidade humana, de proteção ao menor, do direito à saúde, da assistência social e da solidariedade e, de outro, os princípios democrático e da separação dos Poderes. 5. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica – que, por sua vez, será um resultado intermediário em direção à norma decisão (resultado final da concretização) (J.J. Gomes Canotilho e F. Müller). 6. Pelo modelo síntese de ponderação de princípios (Alexy), o extremo benefício que a determinação judicial para fornecimento do medicamento proporciona à menor faz com que os princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade humana, de proteção à saúde e à criança prevaleçam em face dos princípios democrático e da separação de poderes, minimamente atingidos no caso concreto. 7. Apelo improvido. (TRF 3ª R. – AC 261.220 – SP – 1ª T. – Rel. Juiz Fed. Conv. David Diniz – J. 19.06.2001)

A melhor doutrina tem sustentado que um princípio não pode ser totalmente afastado para a prevalência de outro. Deste aspecto cuidou CANOTILHO¹⁹⁸ quando asseverou que "*a pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma 'lógica do tudo ou nada', antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu 'peso' e as circunstâncias do caso*".

Impende salientar, neste aspecto, que as restrições impostas serão arbitradas mediante a observância do princípio da proporcionalidade, objetivando atender aos seguintes imperativos: (a) restrição a cada um dos interesses idônea a garantir a sobrevivência do outro; (b) menor restrição possível para garantia do interesse contraposto; e (c) lograr, com a restrição de um interesse, benefício que compense o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.

¹⁹⁸ Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional - parte IV - direitos fundamentais*, p. 170.

Desta sorte, para solucionar o conflito, deverá o juiz aplicar o princípio da proporcionalidade na sua tríplice dimensão: a) adequação, a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro; b) necessidade, tal restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse contraposto e c) proporcionalidade estrita, o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico¹⁹⁹.

Esta técnica veio a ser desenvolvida a partir da evolução do pensamento jurídico, especialmente em face de prodigioso estudo DWORKIN²⁰⁰ que fez um ataque geral ao positivismo ("*general attack on positivism*"), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios ("*principles*").

Para ele, as regras são aplicadas do modo "tudo ou nada" ("*all-or-nothing*"), no sentido de que se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam vinculativamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma "dimensão de peso" ("*dimension of weight*"), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior sobrepõe-se ao outro, sem que este perca sua validade.

ROBERT ALEXY, partindo das considerações de DWORKIN, precisou ainda mais o conceito de princípios, explicitando que os mesmos consistem apenas numa espécie de normas jurídicas por meio das quais são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.

Analisando a teoria, o professor HUMBERTO BERGMANN ÁVILA²⁰¹ sintetiza a relação de tensão entre princípios, quando afirma que na colisão entre os princípios a solução não se resolve com a determinação imediata de uma prevalência de um princípio sobre outro, mas é

¹⁹⁹ SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 104.

²⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *The Model of Rules*, University of Chicado Law Review 35 (1967), p. 22. Idem, *Is law a system of rules?* In: *The Philosophy of Law*, ed. by R. M. Dworkin, Oxford, Oxford University Press, 1977, pág. 43.

²⁰¹ In *A Distinção entre Princípios e Regras e a redefinição do dever de Proporcionalidade*. Revista da Faculdade de Direito da USP Vol. 1 - 1999, pág. 27.

estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência.

Como os princípios possuem apenas uma dimensão de peso, e não determinam as conseqüências normativas de forma direta, ao contrário das regras, sua aplicação diante dos casos concretos re realizam mediante a aplicação das regras de colisão. Adverte HUMBERTO ÁVILA, “a aplicação de um princípio deve ser vista sempre com uma cláusula de reserva, a ser assim definida: se no caso concreto um outro princípio não obtiver maior peso”.

A ponderação de princípios conflitantes é resolvida através de uma observação de prevalência, no caso concreto, que induz a aplicação posterior do *Alles-oder-Nichts* – tudo ou nada. Enquanto no conflito entre regras é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica ("problema do dentro ou fora"), o conflito entre princípios já se situa no interior desta mesma ordem ("teorema da colisão").

Impende salientar que os princípios devem ser verificados como “deveres de otimização” aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos.

Neste sentido, deve haver ampla preocupação do julgador com os resultados concretos da ponderação, não havendo, nesta tarefa, espaço para irresponsabilidade decisória.

c) Ponderação e princípio da dignidade da pessoa humana

Uma premissa que interessa a este trabalho é que toda ponderação não pode prescindir de uma apreciação racional da efetivação da dignidade humana, que é atributo inalienável do indivíduo. Nenhuma ponderação poderá importar em desprestígio à dignidade do homem.

Inexistia dentre os povos antigos, um conceito de pessoa humana tal como hoje o conhecemos. Para a filosofia grega “o homem é naturalmente um animal político”²⁰², cujo ser

²⁰² Aristóteles, *A Política*, I. 9

era tão somente o exercício da cidadania. ZELLER, citado por BATISTA MONDIN²⁰³, chega a afirmar que “na filosofia antiga falta até mesmo o termo para exprimir a personalidade”, já que o termo *persona* deriva do latim.

O conceito de pessoa dotada de subjetividade e com um valor em si mesmo, como ser de fins absolutos, e que, em consequência, é possuidor de direitos subjetivos ou direitos fundamentais e possui dignidade, surge com o Cristianismo, com a chamada filosofia patrística, sendo depois desenvolvida pelos escolásticos.

Este reconhecimento de que a pessoa humana revela um valor distinto, conduziu à afirmação de direitos do homem, e que este não era somente um ser social, mas, principalmente, um ser humano, deslocando o direito do plano do Estado para o plano do indivíduo, como adverte MIGUEL REALE.

Kant deixa evidenciado, pois, que o homem é um fim em si mesmo e, em decorrência disto, tem valor absoluto, não podendo, por conseguinte, ser usado como instrumento para algo, porque tendo *dignidade* e sendo pessoa, pode levantar a pretensão de ser respeitado.

MIGUEL REALE²⁰⁴ destaca historicamente três concepções acerca da dignidade da pessoa humana: individualista, transpersonalista e personalista.

A visão individualista tem como ponto de partida o indivíduo. Para seus adeptos, a dignidade da pessoa humana decorre da visão liberal clássica que inspirou a noção primeira do conteúdo da norma constitucional, qual seja, o da prevalência do individualismo burguês, que lutava contra a nobreza absolutista e reclamava a existência de um compromisso de reconhecimento e de respeito aos seus direitos.

Neste espectro, a dignidade da pessoa humana ganhava contornos em instrumentos liberais que visavam limitar a atividade estatal que deve se abster de interferir, o quanto possível, na vida do cidadão. Assim, interpretar-se-á a lei com o fim de salvaguardar a autonomia do indivíduo, preservando-o das interferências do Poder Público. A dignidade da pessoa humana realiza-se na proteção dos individualismos.

²⁰³ MONDIN, Battista. *O homem, quem é ele?* P. 285, nota 2.

²⁰⁴ In *Filosofia do Direito*, página 277.

No transpersonalismo tem-se o contrário, e a dignidade somente vai se realizar no coletivo.

Ou seja, é realizando o bem coletivo que se terá assistido e salvaguardado o interesse individual. Inexistindo harmonia espontânea entre o bem do indivíduo e o bem do todo, devem preponderar, sempre, os valores coletivos.

Esta teoria encontra na concepção socialista ou coletivista uma maior ressonância, na medida em que, para MARX, os direitos do homem apregoados pelo liberalismo não ultrapassam o egoísmo do homem, em sua arbitrariedade provada, voltada para seu interesse particular e dissociada da comunidade. Por isso, a consequência básica será a da conveniência de interpretação do direito limitando a liberdade em favor da igualdade, tal como dito por Rousseau.

A terceira visão, do personalismo, nega as duas anteriores na medida em que busca uma inter-relação entre os valores individuais e coletivos, procurando distinguir que inexistente, *a priori*, um predomínio do indivíduo ou do todo, o que deve ser resolvido, em cada circunstância buscando-se uma harmonia entre a ordem social e cada indivíduo, mas com uma constante axiológica que é o valor da pessoa humana. A pessoa é uma unidade aberta que não pode ser vista como simples parte do todo, ao contrário, representa exatamente o que a unidade coletiva jamais poderá ser.

Isto põe em evidência o ser humano, intrinsecamente considerado, para o qual deve convergir todo o esforço de proteção pelo Estado, através de seu ordenamento positivo.

Inexiste na coletividade valor que supere o da pessoa humana, que não pode ceder em face do Estado. A pessoa é, assim, *um minimum*, ao qual o Estado, ou qualquer outra instituição, não pode ultrapassar.

O valor da pessoa humana e, por óbvio, o princípio correspondente ora examinado, é absoluto, e há de prevalecer, sempre, sobre qualquer outro valor ou princípio²⁰⁵.

²⁰⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*, São Paulo: Atlas, 1989, p. 36, afirma que “o sentido da dignidade humana alcança, assim, a própria distinção entre Estado e Sociedade Civil, ao configurar o espaço de cidadania, que não se vê absorvida nem por um nem por

Para nossa compreensão, a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto, porquanto, ainda que diante de uma ponderação de princípios necessária a afastar a colisão imprópria entre eles, ainda que se opte, em determinada situação, pelo valor coletivo, esta opção não pode nunca sacrificar ou ferir o valor da pessoa humana.

Trata-se de um dos princípios constitucionais que ocupa maior proeminência no ordenamento jurídico brasileiro, que possui maior "peso" frente aos demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais: o princípio da dignidade humana (princípio estruturante ou fundamental). Deita seus reflexos por todo o ordenamento jurídico, uma vez que se encontra entre os princípios fundamentais do ordenamento jurídico pátrio.

O inciso III do art. 1º da CF consolida a idéia de dignidade da pessoa humana como núcleo estruturante e inviolável dos direitos fundamentais, dando unidade aos direitos e garantias fundamentais, e representando este “valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar”²⁰⁶.

A dignidade — ensina JORGE MIRANDA²⁰⁷ — “pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”.

JOSÉ AFONSO DA SILVA²⁰⁸ lembra que a dignidade da pessoa humana representa um atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana e não é uma criação constitucional porque representa um conceito *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa.

O texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil. Compõe a existência e representa o ser ôntico do Estado Brasileiro, o que leva a conclusão de que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. O indivíduo é o limite e o fundamento do domínio da República.

outro, mas deve ser reconhecida como um pressuposto de ambos. Significa que, constitucionalmente, está reconhecido que o homem tem um lugar no mundo político em que age”.

²⁰⁶ Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, São Paulo: Atlas, 13ª edição, página 50.

²⁰⁷ MIRANDA, Jorge – Manual de Direito Constitucional, tomo IV, p. 168/169.

²⁰⁸ Poder Constituinte e Poder Popular, página 146.

O Constituinte de 1988 - a exemplo do que ocorreu na Alemanha - além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

A dignidade é, pois, um valor supremo, fundante da República, da Federação, do país, da democracia e do Direito. “Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional”²⁰⁹.

A assimilação do conteúdo da dignidade faz negar a odiosa experiência histórica da aniquilação do ser humano por movimentos funestos como a inquisição, a escravatura e os genocídios étnicos.

Desta forma, como a pessoa é, nesta perspectiva, o valor precípua, o valor supremo da democracia, que a dimensiona e humaniza, a atuação estatal deve ser, ao máximo, compatibilizada com sua prevalência.

A dignidade da pessoa é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do Homem, desde o direito à vida, revestindo-se desta função unificadora, obrigando a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo constitucional, e não apenas a restrição aos direitos pessoais tradicionais.

O princípio da dignidade da pessoa humana é "densificado" a partir da aplicação de subprincípios, de regras constitucionais e infraconstitucionais, como, por exemplo, ocorre com a ordem econômica que deve ter por fim assegurar a todos a existência digna (art. 170 da CF/88); a ordem social, que visa à realização da justiça social (art. 193 da CF/88); a pessoa ser destinatária dos serviços de educação para garantir o seu desenvolvimento e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205 da CF/88); a família ser estruturada com fundamento na dignidade da pessoa humana (art. 226 da CF/88) e visando assegurar a dignidade das

²⁰⁹ In José Afonso da Silva, op. Cit., página 147.

crianças e do adolescente (art. 227 da CF/88); a proteção da dignidade do idoso (art. 230 da CF/88), dentre tantos.

Estes são os enunciados indicadores do conteúdo normativo eficaz da pessoa humana.

A proclamação do valor distinto da pessoa humana teve como conseqüência lógica a afirmação de direitos específicos de cada homem. A dignidade da pessoa humana é, por conseguinte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a fonte que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais²¹⁰, o “*valor que atrai a realização dos direitos fundamentais*”²¹¹.

Daí falar-se, em conseqüência, na centralidade dos direitos fundamentais dentro do sistema constitucional, que se apresentam não apenas com caráter subjetivo, mas também cumprindo funções estruturais do ser estatal.

A fundamentalidade deste princípio se revela na medida em que este direito fundamental ocupa o grau superior da ordem jurídica, vinculando imediatamente os poderes públicos.

Dessa maneira, a interpretação dos demais preceitos constitucionais e legais há de fazer-se à luz daquelas normas constitucionais que proclamam e consagram direitos fundamentais, as normas de direito fundamental. Com razão, CANOTILHO fala “*que a interpretação da Constituição pré-compreende uma teoria dos direitos fundamentais*”²¹².

E completamos, a pré-compreensão da teoria dos direitos fundamentais tem como pressuposto a verificação do conteúdo da dignidade da pessoa humana, sem o que não se pode pensar na sociedade moderna.

Assim, quando ocorrer uma colisão concreta entre princípios ou regras, o intérprete deve adotar a solução que melhor atenda aos valores humanos, sem descuidar da proporcionalidade da decisão.

²¹⁰ MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional, tomo IV, p. 166/167.

²¹¹ SILVA, José Afonso da - Anais da XV Conferência Nacional da OAB, p. 549

²¹² CANOTILHO, J.J. Gomes, op. Cit. p.505.

d) A Relativização da coisa julgada e a ponderação de princípios

A relativização da coisa julgada como valor inerente à ordem constitucional-processual necessita ser feita para permitir o seu convívio com outros valores de igual ou maior grandeza. Imperiosa a necessidade de se equilibrar as exigências de segurança e de justiça.

Não se pode levar “*longe demais a noção de coisa julgada*”, como advertiu PONTES DE MIRANDA, mas também não se pode esquecê-la, sob pena de jamais se pacificar a convivência social, não se alcançando o mínimo de estabilidade a impedir a eternização das dúvidas jurídicas.

Enquanto instrumento de efetivação do princípio da segurança jurídica, a coisa julgada é instituto fundamental para assegurar a pacificação social com justiça, o efetivo acesso à ordem jurídica justa. Essa, no entanto, é apenas uma face da questão. Outros princípios têm grande importância para o alcance dos escopos do processo e da ordem jurídica como um todo. Diante do conflito entre o princípio da segurança jurídica e outros princípios de grande relevância, é necessário analisar, de acordo com as particularidades do caso concreto, qual princípio tem maior importância para a concretização desses escopos.

No particular são precisas as palavras de LUIS RECASÉNS SICHES²¹³:

"La seguridad, si bien es el valor funcional del Derecho, aquel valor que todo Derecho trata de cumplir por el mero hecho de su existencia, no es de modo alguno el valor supremo en el que el Derecho debe inspirarse; pues resulta evidente que los valores más altos hacia los que el Derecho debe tender son la justicia, y el séquito de valores por ésta implicados, tales como la dignidad y la libertad de la persona humana, el bienestar social, etcétera.

...

A veces, la urgencia de seguridad choca con el deseo de una mejor justicia. Tales conflictos entre seguridad y justicia se resuelven según las características del caso concreto, unas veces en favor de la seguridad y otras veces sacrificando ésta en aras de la justicia"

Nas palavras de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: "*nenhum princípio ético ou político tem valor absoluto no universo dos valores e atividades de uma nação ou da própria Humanidade, nem valor suficiente para impor-se invariavelmente sobre outros princípios e sobre todas as legítimas necessidades de uma convivência bem organizada. O culto*

²¹³ In *Nueva Filosofía De La Interpretación Del Derecho*, p. 293/294.

exagerado a determinado princípio ou idéia fundamental resolve-se em fetichismo e presta-se a aniquilar outros princípios ou idéias fundamentais de igual ou até maior relevância científica ou social, a dano de valores que clamam por zelo e preservação".

Quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas. Por exemplo: a tensão que se estabelece entre a proteção da dignidade humana e da esfera íntima de uma pessoa (CF/88, artigos 1º, III e 5º, X), de um lado, e o direito de liberdade de imprensa (CF/88, artigos 5º, IX e 220, §1º), de outro, não se resolve com a primazia imediata de um princípio sobre outro. No plano abstrato, não há uma ordem imóvel de primazia, já que é impossível saber se ela seria aplicável a situações ainda desconhecidas. A solução somente advém de uma ponderação no plano concreto, em função da qual estabelecer-se-á que, em determinadas condições, um princípio sobrepõe-se ao outro.

A caracterização dos princípios como deveres de otimização implica regras de colisão, cujo estabelecimento depende de uma ponderação. A ponderação trata exatamente das possibilidades fáticas, das quais depende a concretização dos princípios. É que se há dois princípios em relação de tensão, o meio escolhido deve ser aquele que melhor realize ambos os princípios.

Isso só será possível, como adverte HUMBERTO ÁVILA²¹⁴, *“se o meio escolhido for adequado e necessário à realização do fim perseguido. Daí a conclusão: as possibilidades fáticas de realização dos princípios implicam o dever de adequação e de necessidade. Se o meio escolhido não for adequado nem necessário, é proibido. E das possibilidades normativas resulta a necessidade de proporcionalidade em sentido estrito: se o meio escolhido para a realização de um princípio significar a não-realização de outro princípio, ele é vedado, por excessivo”*.

Por isso, para a indicar um critério para a relativização racional e equilibrada da coisa julgada, sopesando valores e opinando sobre quais devem prevalecer, não se pode levar a extremos da absoluta permanência da coisa julgada, nem da radicalização da possibilidade de quebra. Muito menos será possível afirmar que a conclusão pela cisão da coisa julgada ensejará a realização de efeitos *ex tunc* e *ex nunc*.

²¹⁴ In. Op. Cit.

Assim, a questão ora sob enfoque envolve a confrontação entre distintos valores, todos acolhidos na Constituição. O problema necessariamente envolve o tema do conflito entre normas constitucionais, na dupla feição admitida de regras ou princípios²¹⁵.

Verificando os parâmetros comumente utilizados, verifica-se que, a toda evidência, a coisa julgada é autêntica regra de direito, cuja forma de aplicação se dará pela técnica do *tudo ou nada*, embora somente seja afastada em hipóteses extraordinárias. Ou se mantém a coisa julgada ou ela deixa de existir. É o que pode ocorrer com a coisa julgada quando o princípio da segurança jurídica, que é o seu fundamento e do qual a coisa julgada é expressão no nível das regras, não puder prevalecer, por não possuir um valor absoluto, sobre determinados princípios outros mais diretamente ligados a uma idéia de justiça.

Portanto, o que deve existir, ao contrário da ponderação entre a regra da coisa julgada e outro princípio, é uma ponderação entre o princípio da segurança jurídica e algum outro que somente possa ser otimizado, ainda que em grau mínimo, se houver a quebra da coisa julgada, exatamente como descreveu ROBERT ALEXY.

A prevalência de um princípio constitucional sobre outro, por pertencerem ao mesmo nível hierárquico, se dá através de uma *relação de precedência condicionada*²¹⁶ buscando-se, mediante a análise das circunstâncias de um caso concreto, estabelecer qual tem o maior peso. Distinto, para ALEXY, é a relação de *precedência incondicionada*, onde P_2 sempre prevalecerá em face de P_1 ou vice-versa:

²¹⁵ Bem assentada a dicotomia das normas cuja classificação mais importante é a que as pontifica, dentro do ordenamento jurídico, em duas espécies distintas de normas: as regras e os princípios. Suas diferenças podem ser aferidas através de critérios vários, como o da generalidade (que poderíamos melhor chamar de abstração), a determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de sua gênese, o caráter explícito do conteúdo valorativo e, ainda, a referência à idéia de direito ou a uma lei jurídica suprema. Mas o que realmente os distingue é uma característica qualitativa: enquanto os princípios são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas como também das jurídicas, sendo esta determinada pelos princípios e regras opostos, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Desta forma, o conflito de regras só pode ser solucionado introduzindo-se em uma delas uma cláusula de exceção que elimina o conflito ou declarando-se inválida, pelo menos, uma delas, enquanto os princípios admitem que se estabeleça entre dois princípios conflitantes uma relação de precedência condicionada, sem que esta precedência implique a invalidade daquele com menor peso. Sobre a temática dos princípios, ver, entre outros: DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1999; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2001; BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; SPÍNOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 65/66.

²¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001, p. 92.

$$P_1 \mathbf{P} P_2$$

LEGENDA:

P_1 – Princípio 1;

P_2 – Princípio 2;

\mathbf{P} – Representa a precedência de um princípio sobre o outro;

A determinação de uma relação de precedência condicionada consiste, segundo o mestre, tomando em conta o caso concreto que indica as condições sob as quais um princípio tem precedência sobre outros. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente.

Segundo o pensamento de ALEXY²¹⁷, a questão decisiva será, pois, saber sob qual condição um princípio tem precedência sobre outro ou diante de que circunstância deverá sucumbir.

O Autor representa a lei de colisão de princípios da seguinte maneira:

$$(P_1 \mathbf{P} P_2) \mathbf{C} \rightarrow \mathbf{R}$$

LEGENDA:

P_1 – Princípio 1;

P_2 – Princípio 2;

\mathbf{P} – Representa a precedência de um princípio sobre o outro;

\mathbf{C} – As condições concretas, sob as quais se estabelece a relação de precedência entre P_1 e P_2 .

\mathbf{R} – Consequência jurídica.

O enunciado poderia, portanto, ser entendido como a formulação da seguinte regra: se o princípio P_1 , sob as circunstâncias \mathbf{C} , precede ao princípio P_2 , e se de P_1 , sob as circunstâncias

²¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001, p. 93

C, resulta a consequência **R**, então é válida uma regra que contenha **C** como pressuposto de fato e **R** como consequência jurídica: $C \rightarrow R$.

Em outras palavras, *“las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”*.²¹⁸

Pensamos que a melhor representação gráfica da “lei de colisão de princípios” deveria ser assim esboçada:

$$C (P_1 \leftrightarrow P_2) \rightarrow R (\uparrow P_1 \dots \downarrow P_2)$$

LEGENDA:

P_1 – Princípio 1;

P_2 – Princípio 2;

C – As condições concretas, sob as quais se estabelece a relação de precedência entre P_1 e P_2 .

\leftrightarrow – Representa a disposição de conflito;

R – Consequência jurídica;

\uparrow – Sinal de prevalência;

\downarrow – Sinal de desprestígio;

Na formula proposta o pressuposto fático material é trazido para frente porque após a sua verificação é que se pode estabelecer eventual conflito entre os princípios opostos. Já a consequência jurídica **R** deverá ser aquela decorrente da prevalência de um princípio em detrimento dos demais.

Isto é o que ocorre em uma colisão pura e simples entre dois princípios jurídicos propriamente ditos. Todavia, não raras vezes, o próprio legislador elege, através de ato normativo, as condições mediante as quais determinado princípio deve sempre prevalecer sobre outros em possível rota de colisão. Há, na espécie, uma ponderação prévia onde o princípio prevalente é escolhido pelo próprio legislador.

²¹⁸ Idem, p. 94.

É exatamente o que ocorre com a coisa julgada. O legislador estabeleceu como circunstância (C), suficiente a fazer prevalecer o princípio da segurança jurídica, o trânsito em julgado da sentença que decidir sobre o mérito de determinada causa exposta em processo judicial, de forma que daí resultará como conseqüência necessária (R) a indiscutibilidade e a irreversibilidade dos efeitos desta decisão. Não se pode negar a escolha do legislador de atribuir um caráter de definitividade, ausente nos princípios jurídicos, ao princípio da segurança jurídica, pela regra da coisa julgada.

Todavia, não se pode eliminar totalmente a possibilidade de em virtude do maior peso de um princípio contraposto ao princípio da segurança jurídica, vir a ser afastada a regra da coisa julgada, sob pena de se está criando uma relação de precedência incondicionada, e, indiretamente, elevar a segurança jurídica a um nível superior aos demais princípios constitucionais fundamentais, posição incompatível com a unidade constitucional.

Assim, sob condições especiais e excepcionais, poderá determinado princípio ser capaz de prevalecer sobre a segurança jurídica de maneira a justificar a não incidência da regra da *auctoritas rei iudicatae*.

Ao nosso sentir, somente se poderá desprezar a coisa julgada quando a sua inconstitucionalidade implicar, de maneira irrazoável e iníqua, violação frontal e grave do princípio da dignidade da pessoa humana em seus desdobramentos mais imediatos, como o direito à vida e à integridade física e psíquica, o direito à liberdade, em suas várias vertentes, o direito de propriedade, etc., além de princípios outros de fundamental importância, embora com menor grau de atribuição subjetiva, como o princípio democrático, republicano e o da moralidade administrativa. Não é, portanto, toda inconstitucionalidade capaz de justificar a quebra da coisa julgada, mas somente aquela que, no caso concreto, faz contrapor a segurança e valores superiores de justiça.

Na visão mais tolerante a coisa julgada, seria defensável a quebra se a sua manutenção implicasse, diretamente, numa agressão aos direitos fundamentais, já que, “*lutar pelos direitos fundamentais significa ter como meta a permanente e plena realização do princípio da dignidade da pessoa humana*”, como ensina INGO WOLFGANG SARLET²¹⁹.

²¹⁹ Os Direitos Fundamentais e sua Eficácia na Ordem Constitucional. In: Revista da Ajuris, doutrina e jurisprudência, Ano XXVI, nº 76, Porto Alegre, dez./1999, p. 382.

e) Interpretação conforme a constituição (arts. 535, §5º do NCPC e 884 da CLT).

Nos termos do parágrafo único do art. 535, §5º do NCPC e do § 5º do art. 884 da CLT não são exigíveis os títulos judiciais baseados em lei declaradas inconstitucionais ou em interpretação tidas por inconstitucionais pelo STF.

Entendemos que as disposições legais acima citadas somente poderão ser manejados se observados os limites antes demonstrados. Suas utilizações não podem ser indiscriminadas nem ilimitadas porque o aplicador da norma deve sempre ter em mente que no universo de providências jurídicas, não pode o intérprete apressar-se em aplicar fórmulas preestabelecidas, mas cotejar valores e princípios na busca da realização da justiça.

Por isso, pensamos que as disposições legais acima referidas necessitam ajustar-se a uma interpretação conforme a constituição, que lhe retire a aplicação ampla, irrestrita e automática.

Como dissemos, somente se poderá cindir a coisa julgada quando a sua inconstitucionalidade implicar, de maneira irrazoável e iníqua, violação frontal e grave do princípio da dignidade da pessoa humana em seus desdobramentos mais imediatos, ou a princípios outros de fundamental importância, embora com menor grau de atribuição subjetiva, como o princípio democrático, republicano e o da moralidade administrativa.

Mesmo assim, após uma criteriosa ponderação à luz das circunstâncias fáticas que o caso demande, até mesmo para que se verifique possível conflito recíproco entre duas preservações da dignidade da pessoa humana. Isto se dá, por exemplo, quando a relativização do caso julgado for intentada para se restaurar um direito fundamental molestado, mas, a sua permanência, preservar outro. A ponderação, neste caso é ainda mais relevante.

Por isso, entendemos que a aplicação irrestrita dos dispositivos acima indicados induzirá a sua flagrante inconstitucionalidade, quer por violação aos princípios da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana ou aos direitos fundamentais, quer por violar a regra da proporcionalidade, em suas múltiplas dimensões.

A preservação da constitucionalidade das normas aludidas reclama, como condição necessária, sejam interpretadas na conformidade com a constituição, que, nas palavras do Ministro GILMAR FERREIRA MENDES²²⁰, é oportuna “*sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição*”. Complementa o douto ministro:

Não raro afirma o *Bundesverfassungsgericht* a compatibilidade de uma lei com a Constituição, procedendo à exclusão das possibilidades de interpretação consideradas inconstitucionais.

A admissibilidade da interpretação conforme a Constituição é justificada pela doutrina e jurisprudência de forma diferenciada.

Um importante argumento que confere validade à interpretação conforme a Constituição é o princípio da unidade da ordem jurídica (*Einheit der Rechtsordnung*) que considera a Constituição como contexto superior (*Vorrangiger Kontext*) das demais normas. As leis e as normas secundárias devem ser interpretadas, obrigatoriamente, em consonância com a Constituição. Dessa perspectiva, a interpretação conforme a Constituição configura uma subdivisão da chamada interpretação sistemática.

Ressalta-se, assim, a dupla função desempenhada pela 'expressão literal' (*Wortlaut*) do texto normativo: 'sua plurissignificatividade constitui a base que permite separar interpretações compatíveis com a Constituição daquelas que se mostram com ela incompatíveis: a expressão literal do texto configura, por outro lado, um limite para a interpretação conforme a Constituição'. As 'decisões fundamentais do legislador', as suas valorações e os objetivos por ele almejados estabelecem também um limite para a interpretação conforme a Constituição. Não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária, assim como não se devem falsear os objetos pretendidos pelo legislador."

A interpretação conforme a Constituição determina que, quando o aplicador de determinado texto legal se encontrar frente a normas de caráter polissêmico ou, até mesmo, plurissignificativo, deve priorizar a interpretação que possua um sentido em conformidade com a Constituição. Por conseguinte, uma lei não pode ser declarada nula quando puder ser interpretada em consonância com o texto constitucional.

Observe-se, contudo, que a interpretação conforme a Constituição só é admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, que implicaria uma mudança na própria concepção original do legislador²²¹.

²²⁰ In *Jurisdição Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 222.

²²¹ A propósito, Rp. N.º 1.454, Relator Ministro Octavio Galoti, RTJ n.º 125, p. 997; Rp. N.º 1.389, Relator Ministro Oscar Corrêa, RTJ n.º 126, p. 514; Rp. N.º 1.399, Relator Ministro Aldir Passarinho, DJ de 09.09.1988.

A técnica de exegese aqui aplicada consiste, basicamente em - nas hipóteses de a norma examinada comportar diversas interpretações, sendo que a mais evidente delas apresenta-se incompatível com valores constitucionais -, refutar a leitura que importe em inconstitucionalidade, mantendo-se, entretanto, íntegro o texto normativo, para reconhecer sua aplicabilidade quanto aos sentidos que se afigurem constitucionalmente adequados. Nas palavras de JORGE MIRANDA²²²:

"A interpretação conforme a Constituição não consiste tanto em escolher entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito, o que seja mais conforme com a Constituição, quanto em discernir no limite - na fronteira da inconstitucionalidade - um sentido que, conquanto não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido necessário e o que se torna possível por virtude da força conformadora da Lei Fundamental".

Por isso, entendemos que o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal somente deixará de ser exigível se, num esquema qualificado de ponderação de princípios, o juízo concluir que a manutenção de sua exigibilidade viola a dignidade da pessoa humana ou os direitos fundamentais, de forma desproporcional e irrazoável. Do contrário, deve ser mantida a exigibilidade.

Esta é a única interpretação constitucional possível ao instituto.

CONCLUSÕES

Embora sem pretensão de reproduzir todas as idéias dantes desenvolvidas no presente trabalho, ao término do presente estudo, alguns pontos merecem destaque para sintetizar algumas das proposições mais importantes aqui defendidas.

No atual estágio histórico da humanidade, onde os fenômenos sociais são marcados pela velocidade e transitoriedade das relações intersubjetivas, vive-se uma verdadeira crise de segurança, originando um crescente anseio por estabilidade e previsibilidade, de modo a aliviar as angústias e incertezas advindas de uma dinâmica social criadora de riscos.

²²² In *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra Editora, 1997.

O direito deve ser um instrumento de tranquilidade ao cidadão que não deseja muito além do que conhecer previamente as conseqüências de suas atitudes.

É neste cenário que surge a regra da coisa julgada, com instrumento de concreção da segurança jurídica, e que somente deve ser afastada em casos extremos, quando sua manutenção importar numa situação teratológica, na qual realmente não faça sentido e seja de extrema inconveniência à sociedade o respeito a ela. Aplicáveis, na espécie, as considerações de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO²²³ ao concluir seu estudo sobre o tema:

"a linha proposta não vai ao ponto insensato de minar imprudentemente a auctoritas rei judicatæ ou transgredir sistematicamente o que a seu respeito assegura a Constituição Federal e dispõe a lei. Propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição - com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes. Não me move o intuito de propor uma insensata inversão, para que a garantia da coisa julgada passasse a operar em casos raros e a sua infringência se tornasse regra geral".

Também não se pode deixar de repudiar absurdos agressivos à inteligência e aos sentimentos do homem comum, sendo absurdo eternizar injustiças para evitar a eternização de incertezas. O homem da rua, imagem criada por PIERO CALAMANDREI, *l'uomo della strada*, simples, ingênuo é destituído de conhecimentos jurídicos, mas é capaz de distinguir entre o bem e o mal, o sensato e o insensato, o justo e o injusto, e não se curva ao sofisma bem elaborado.

Por isso, como a ordem jurídica é composta por um harmonioso convite a conciliação de valores por vezes discrepantes, procurou-se, no presente trabalho, deixar bem claro que a aparente tensão entre os princípios da segurança e da justiça, se resolve pela busca da convivência de ambos em uma relação de verdadeira complementaridade e interdependência, já que, em essência, a plenitude do cumprimento do objetivo de cada um não prescinde de um respeito mínimo ao do outro.

Verificamos que a coisa julgada é um modo de concreção da segurança jurídica cuja intangibilidade vem sendo flexibilizado, até mesmo porque os atos judiciais, assim como os

²²³ In *Relativizar a coisa julgada material*, pp. 31-32.

atos administrativos e legislativos, sendo espécies de atos estatais, estão também sujeitos ao princípio da constitucionalidade, de forma que também os juízes são capazes de atentar contra a Carta Magna.

Todavia, este abrandamento do caso julgado, não pode ser irrestrito, mas deve seguir o prodigioso caminho da ponderação de princípios e interesses, sempre com o propósito de preservar o ser humano, em suas múltiplas dimensões.

Compreendemos, assim, não ser toda inconstitucionalidade capaz de justificar a não incidência da *auctoritas rei iudicatae*, pois somente sob condições especiais e excepcionais poderá determinado princípio ser capaz de prevalecer sobre a segurança jurídica de maneira a justificar a não incidência da coisa julgada.

Com base nestas premissas, buscou-se contribuir com a formulação de uma interpretação ajustada a constituição das novas regras processuais encartadas nos artigos 535, § 5º do Novo Código de Processo Civil e no § 5º do artigo 884 da Consolidação das Leis do Trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.
- ALTERINI, Atílio Aníbal. **La Inseguridad Juridica**, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.
- ALVIN, Thereza. **Questões Prévias e os Limites Objetivos da Coisa Julgada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.
- ARAGÃO, Egas Muniz de. **Sentença e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. **Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. In: SOARES, José Ronald Cavalcante, Coordenador. **Estudos de direito constitucional: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: LTr, 2001.
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Incola & PASQUINO, Gioanfranco. **Dicionário de Política**. 2ª Edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**, 6ª Edição, Tomo I, Editora Almedina. Coimbra (Portugal), 1996.
- CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Limites Objetivos da Coisa Julgada**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1988.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Coimbra, 1993.
- _____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia Del Derecho**. Tradução para o espanhol de Angel Ossorio. México: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1940.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **O Princípio da Segurança Jurídica**. In Revista de Direito Tributário, v. 61.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin, **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2000.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos Del Derecho Processal Civil**. 3ª edição. Buenos Aires: Depalma, 1985.

CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ, **Responsabilidade Do Estado Por Atos Judiciais**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 99: 13-32, jan/mar. 1970;

DANTAS, Ivo. **Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DELGADO, José Augusto. **Responsabilidade do Estado-Ato jurisdicional**. In Revista Consulex. Ano II, n. 16, p. 34-37, Abril de 1998.

DERGINT, Augusto do Amaral, **Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais**. Rio de Janeiro, 1990.

Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa – versão 1.0 eletrônico

DIDIER JR., Fredie. **Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os egimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 01 de março de 2002.

_____. **Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico**. Salvador: JusPodium, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel, **A Reclamação no Processo Civil Brasileiro**. Juris Síntese nº 33 - JAN/FEV de 2002.

_____. **Relativizar a coisa julgada material**. publicado no Júrís Síntese, nº 33, Jan/Fev de 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito entre normas**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Is law a System of rules?** In: The Philosophy of Law, ed. by R. M. Dworkin, Oxford, Oxford University Press, 1977.

_____. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1999

The Model of Rules. University of Chicado: Law Review, 1967.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENGISCH, Karl. **Einführung in das Juristische Denken**, 1983, trad. port. de J. Baptista Machado, Introdução ao pensamento jurídico, 8ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2001.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Conceitos de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Trinunais, 1997.

ESTELLITA, Guilherme. **Da Cousa Julgada – Fundamento Jurídico e Extensão aos Terceiros**. Rio de Janeiro: [s.n], 1936.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle de Constitucionalidade de Leis Municipais**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 29 ed. S. Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Estado de direito e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

J. CARBONNIER. **Droit Civil**, 1, Introduction, PUF, 250 ed., 1997, n° 190 et 192.

KEELEN, Hans, **Teoria pura do Direito**. 2ª Ed. Revista da Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. **Teoria pura do direito**. 4. ed. Trad. João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1995.

_____. **What is justice?** trad. port. de Luís Carlos Borges, *O que é justiça? - A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 2. ed. Trad. Walter Stonner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

LE FUR Louis. **El fin del Derecho: Bien Común, Justicia, Seguridad**. In: “Los Fines del Derecho” (1967).

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945.

LOEWENSTEIN, Karl. **La Seguridad Jurídica**, 2. ed. Ver. Barcelona: Editora Ariel, 1994.

MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária**. Campinas: Millennium, 2000.

MARY KAY KANE, **Civil Procedure**, ST Paul (Minn), West Publishing, 1993..

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Curso de Direito Administrativo**, 13ª edição, São Paulo: Malheiros: 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira, **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

MENDES, João de Castro. **Limites Objectivos do Caso Julgado em Processo Civil**. Lisboa: Edições Ática, 1968.

MILLAR, **The historical relation of Estoppel by Record to res judicata.**, in Illinois Law Review, 1940.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Reimp., Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

_____. **Manual de Direito Constitucional – Constituição e Inconstitucionalidade.** 3ª Edição. Coimbra: Coimbra. 1996, T. II.

_____. **Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais.** 3ª Edição. Coimbra: Coimbra. 1996, T. IV.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito Constitucional.** 13ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORATO, Leonardo Lins. **A reclamação prevista na Constituição Federal.** In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. Coord.: Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Eficácia Preclusiva da coisa Julgada no Sistema do processo Civil Brasileiro in Temas de Direito Processual Civil.** Saraiva, 2ª.edição, São Paulo, 1998.

MULLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo.** Tradução de Peter Naumann, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004..

NASCIMENTO, Carlos Valder. **Coisa Julgada Inconstitucional.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

NEVES, Celso Neves. **Coisa Julgada Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais,** Coordenação de José Adércio Leite Sampaio, Belo Horizonte: DelRey, 2003.

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

PACHECO, José da Silva. **A "reclamação" no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 78, n. 646, 1989.

PEÑA, Guilherme. **Direito Constitucional – Teoria da Constituição.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito.** Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PEREZ LUNO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales.** 6. ed. Madri: Tecnos, 1990.

PINTO FERREIRA, **Teoria Geral do Estado,** 2º vol., 3. ed., Saraiva, 1995

RADBRUCH, Gustav. **Rechtsphilosophie,** s.a., trad. port. de L. Cabral de Moncada, Filosofia do direito, 5ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1974.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação Rescisória e a Retroatividade das Decisões de Controle de Constitucionalidade de Leis no Brasil.** Porto Alegre: Fabris Editor, 2001.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Hermenêutica constitucional.** In: SOARES, José Ronald Cavalcante, Coordenador. Estudos de direito constitucional: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: LTr, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.** In: Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análise à Luz da

Lei nº 9.882/99. TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). São Paulo: Atlas, 2001.

SALDANHA, Nelson. **O Poder Constituinte**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, 3º volume, Saraiva. 8ª edição. São Paulo, 1985.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1ª Edição. 3ª Tiragem. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2003.

SÉ, João Sento. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SERENI, Ângelo Pietro. **El Proceso Civil en los Estados Unidos**. Traducción de Santiago Sentis Melendo. EJEA. Buenos Aires: 1958.

SERRANO JÚNIOR. Odoné. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 1996.

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Proemio a la Constitución**. in Escritos y discursos de la Revolución. Tradução, prefácio, introdução e notas de Ramón Máiz. Madri: Centro de Estudos Constitucionais, 1990.

_____. **Qu'est-ce que le Tiers État?**. Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional**. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Bruno Boquimpani. **O Princípio da Segurança Jurídica e a Coisa Julgada Inconstitucional**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso realizado em 17 de maio de 2004.

SILVA, José Afonso da. Anais da XV Conferência Nacional da OAB.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____. **Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SIQUEIRA, Vicente Paulo de. **Da reclamação**. Ceará: Imprensa Universitária do Ceará, 1958.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional**. Lisboa: [s.n.], 1988.

SPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1992.

TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)**. 1º Volume. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva Velloso. **Controle Externo do Poder Judiciário e controle de qualidade do Judiciário e da Magistratura: uma proposta.** Porto Alegre: AJURIS, nº 63, 1995;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de Relativização.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia.** Trad. por Marina Grecón. Madrid: Trotta, 1995.

ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos.** 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.