

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA SENTENÇA PELA
RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL**

Melline Solfa Rodrigues

Presidente Prudente
2012

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA SENTENÇA PELA
RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL**

Melline Solfa Rodrigues

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel
em Direito, sob orientação do Prof. Rodrigo Lemos
Arteiro.

Presidente Prudente
2012

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA SENTENÇA PELA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão do Curso para obtenção do Grau de Bacharel
em Direito.

Rodrigo Lemos Arteiro

Sérgio Tibiriçá Amaral

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues

Presidente Prudente/SP, ____ de _____ de 2012.

Liberdade: palavra que o sonho humano alimenta, não há ninguém que explique e ninguém que não entenda.

Clarice Lispector

Àqueles que dão o melhor significado para as palavras amor, família, amizade, companheirismo e apoio: aos meus pais, que me ensinaram os primeiros passos, as primeiras palavras, as primeiras letras e os melhores sentimentos e ao meu irmão, que me ensinou a compartilhar o cuidado, a atenção, o amor e a história.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, simplesmente porque Ele é Deus em minha vida.

Sou grata ao meu orientador, prof. Rodrigo Lemos Arteiro, pela sua atenção, paciência e correções, sem ele esse trabalho não se concretizaria desta forma, não apenas pela importância de sua orientação, mas porque já tinha aprendido muito em suas aulas.

Agradeço ao meu pai, Eliódorio, por acreditar em mim, pelo amor e cuidado, pelos seus conselhos e pela sabedoria em suas palavras, ou até mesmo em seu silêncio. A minha mãe, Aparecida, que além de tudo que é inerente a uma boa mãe, me mostrou as portas do Direito.

Ao meu irmão, Marcelo, mestre em ciências cartográficas, meu exemplo de pesquisador.

RESUMO

Saber se é possível que uma sentença sofra algum controle de constitucionalidade, mesmo após ter sido acobertada pela coisa julgada e qual seria o mecanismo adequado para esse controle é o ponto principal deste trabalho. Neste estudo vale-se do método dedutivo, tendo como principal técnica de pesquisa a pesquisa bibliográfica, partindo do estudo de princípios e institutos para se chegar a uma abordagem específica do tema. Também há pesquisa de jurisprudência, apesar de pouco terem sido provocados os tribunais a respeito do tema, não havendo um posicionamento pacífico. Inicialmente, volta-se a atenção sobre a jurisdição constitucional e a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público e, então, demonstra-se que a sentença é também um ato do Poder Público. Passando por um breve estudo sobre a coisa julgada, chega-se ao cerne da questão, delimitar quais as situações em que haverá uma sentença inconstitucional e, portanto, merecedora de controle, ainda que já se verifique a coisa julgada, bem como analisar os meios processuais que poderão ser utilizados para o controle de constitucionalidade, já que é necessário transpor a barreira da coisa julgada. Conclui-se, pois, que as sentenças são sim merecedoras de controle de constitucionalidade, uma vez que o magistrado, intérprete da lei e da Constituição, possui limites formais e materiais, na aplicação do direito em si, não sendo admitida uma atividade jurisdicional que contrarie a Constituição, por também serem aplicados ao Poder Judiciário os princípios que norteiam o controle de constitucionalidade. Ao analisar os meios processuais a serem utilizados, chega-se a dois resultados, primeiro a *querela nullitatis* como meio de controle difuso, segundo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como meio de controle concentrado da sentença inconstitucional acobertada pela coisa julgada.

Palavras - chave: Constituição. Controle de Constitucionalidade. Inconstitucional. Ato do Poder Público. Sentença. Poder Judiciário. Coisa julgada. Relativização.

ABSTRACT

To know if it is possible that a sentence can suffer some constitutional control even after to be cloaked by the res judicata and what is the best mechanism to do this control it is the main point of this paper. In this paper it will be used the deductive method having as a techniques' research the bibliography research. The study's bottom lines are the principles and institutes to get at the paper's specific approach. There is also a jurisprudence law research despite not being consulted about the topic. So, that is why it doesn't have a pacific understanding. In a first moment, the focus of this paper is to know what the constitutional jurisdiction is. After, it tries to show the necessity of a constitutional control of the Public acts and then to demonstrate that the sentence is also a Public act. After a brief look at the res judicata it will get at the main point, delimiting which situations will have an unconstitutional sentence that deserves the control even if it already has the res judicata. Because it is necessary to go through the res judicata, this paper will also analyze the procedural methods that can be used to do the constitutional control. In conclusion, the sentence deserves the constitutional control once that the judge who interprets the law and the constitution has formal and material limits to obey while applying the law. It is not admitted a jurisdictional activity that goes against the constitution because all the principles that guide the constitutional control and the Constitution's supremacy and its primacy are applied to the Judiciary. The procedural's analysis will get in two ways to do the constitutional control: the "querela nullitatis" as a way to do diffuses control and the claim of breach of fundamental precept as a concentrated control of the unconstitutional sentence covered up by the res judicata.

Keywords: Constitution. Constitutional control. Unconstitutional public act. Sentence. Judiciary Power. Res judicata. Relativization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	12
2.1 O Sistema da Civil Law e o Sistema da Common Law	16
2.2 A Legitimidade da Jurisdição Constitucional	19
2.3 Jurisdição Constitucional e o contramajoritarismo	22
2.4 Atos do Poder Público Sujeitos ao Controle de Constitucionalidade	25
2.4.1 Súmulas vinculantes	26
2.5 Controle de Constitucionalidade no Brasil	28
2.5.1 Sistema difuso de controle de constitucionalidade	29
2.5.2 Sistema concentrado de controle de constitucionalidade	31
2.5.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade	32
2.5.2.1.1 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva	35
2.5.2.1.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão	36
2.5.2.2 Ação declaratória de constitucionalidade	37
2.5.2.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental	38
3 A SENTENÇA COMO ATO DO PODER PÚBLICO	41
3.1 A Visão de Paulo Otero	41
3.2 A Visão de Miguel Seabra Fagundes	43
4 ESTUDOS SOBRE A COISA JULGADA	46
4.1 As Ideias de Chiovenda	47
4.2 As Ideias de Canelutti	49
4.3 As Ideias de Eduardo Couture	51
4.4 As Ideias de Liebman	52

5 CONTEÚDO DA COISA JULGADA	56
5.1 Coisa Julgada Formal e Coisa Julgada Material	57
5.2 Limites Objetivos e Limites Subjetivos da Coisa Julgada	59
5.3 Efeitos da Coisa Julgada	63
5.4 A Transcendência dos Motivos Determinantes da Sentença	64
5.5 A Coisa Julgada e a Colisão de Direitos Fundamentais	68
6 COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	82
6.1 O Devido Processo Legal como Legitimador da Coisa Julgada	82
6.2 Coisa Julgada e a Justiça nas Decisões	85
6.3 Coisa Julgada e a Segurança Jurídica	89
6.4 Inconstitucionalidade Formal e Inconstitucionalidade Material	90
7 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA SENTENÇA E OS MECANISMOS DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	95
7.1 Ação Rescisória	96
7.2 Querela Nullitatis	100
7.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	102
8 CONCLUSÃO	108
BIBLIOGRAFIA	110

1 INTRODUÇÃO

A coisa julgada é um fenômeno processual definido pelo próprio legislador no artigo 467 do Código de Processo Civil, ainda que sujeito a críticas, possuindo resguardo constitucional entre os direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal). O instituto também se aplica ao processo penal, porém o legislador não o definiu neste código, sendo aplicada a mesma definição do processo civil.

É indiscutível a íntima ligação existente entre a coisa julgada e a segurança jurídica, podendo-se dizer que constituem pilares de um Estado Democrático de Direito, sendo por meio da primeira que as decisões judiciais se tornam imutáveis, impedindo que os litígios se prolonguem indefinidamente pelo tempo e não tenha um ponto final a discussão. Deste modo, a coisa julgada impede um estado de insegurança jurídica.

É do sistema jurídico que as partes possuam uma resposta do Poder Judiciário a seu litígio em tempo hábil, visto que também é garantia constitucional a celeridade e a duração razoável do processo, razão pela qual necessário se faz limitar a discussão no tempo.

Porém, a definitividade de uma sentença não é suficiente para gerar um real estado de segurança jurídica. Há certos vícios que, se presentes na sentença e perpetrados pela coisa julgada, farão o Poder Judiciário ficar desacreditado. São vícios que ferem princípios processuais como a imparcialidade do juízo, a proibição de uso de provas ilícitas, entre outros, conforme elencados no artigo 485 do CPC, que trata das hipóteses da ação rescisória e no artigo 621 do CPP, que trata das hipóteses de revisão criminal.

Portanto, a inconstitucionalidade presente na sentença, seja por seu conteúdo inconstitucional, seja por resultar de processo inconstitucional por desrespeitar os princípios constitucionais processuais, não está presente entre as hipóteses de relativização convencional da coisa julgada, pela ação rescisória no processo civil ou pela revisão criminal no processo penal.

A Constituição Federal é a lei fundamental do Estado brasileiro, na qual todo o ordenamento jurídico deve encontrar respaldo. Não apenas os atos normativos, mas todos os atos do Poder Público devem estar apoiados na Constituição Federal.

Dessa forma, há o controle difuso e concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos. Os atos do poder público, incluindo atos administrativos e decretos regulamentares estão sujeitos ao controle de constitucionalidade, sendo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ação que foi trazida pela Emenda Constitucional de 03/93 e regulamentada pela Lei 9.882/90 a ação constitucional mais ampla quanto ao seu objeto (até mesmo atos municipais podem ser submetidos ao controle). Os atos do Poder Judiciário, as sentenças e acórdãos, por excelência, não podem ser afastadas de qualquer controle de constitucionalidade.

As sentenças e acórdãos proferidos pelo Poder Judiciário refletem a vontade da lei aplicada à relação material entre as partes litigantes, não podendo resultar em conteúdo inconstitucional ou de processo inconstitucional.

Percebeu-se uma nova visão do legislador atual em se atentar para a constitucionalidade das sentenças pela nova redação do parágrafo primeiro do artigo 475-L do CPC, que considera inexigível o título judicial fundamentado em lei ou ato normativo, ou sua interpretação ou aplicação declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, de forma a não dar guarida à sentença que possuiu fundamento inconstitucional.

Diante da potencialidade de insegurança jurídica ocasionada pela sentença inconstitucional é que se faz necessário o estudo sobre a possibilidade da relativização da coisa julgada inconstitucional, como uma forma de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Judiciário.

Para tanto, partiu-se do estudo da jurisdição constitucional, a sua legitimidade e o controle de constitucionalidade, maneira como a jurisdição constitucional é mais visível. Buscou-se entender a sentença como um ato do Poder Público através dos estudos de Paulo Otero e Miguel Seabra Fagundes, justificando a necessidade de controle de constitucionalidade de tal ato.

Ainda, o presente trabalho enfocou o instituto da coisa julgada em suas principais nuances, o que foi de fundamental importância para compreender a dificuldade de se falar em controle de constitucionalidade da sentença e estruturar um meio para tal controle.

Chegou-se, então, à análise dos mecanismos processuais, ação rescisória, *querela nullitatis* e arguição de descumprimento de preceito fundamental, apontados pela doutrina a serem utilizados para a relativização da coisa julgada inconstitucional.

Com o objetivo de analisar o instituto da coisa julgada e a possível inconstitucionalidade da sentença, o que não seria aceito pelo ordenamento jurídico, e a necessidade de um meio para a impugnação da sentença já transitada em julgado, a pesquisa enfocou os principais pontos sobre a garantia da constituição e o controle de constitucionalidade, passando ao estudo da coisa julgada e as hipóteses em que haverá a formação da coisa julgada. Por fim, foi buscado o meio mais adequado para a relativização da coisa julgada com o fundamento em sua inconstitucionalidade.

O referencial teórico utilizado no presente trabalho pode ser dividido em dois grupos. O primeiro no que tange ao direito constitucional, foram utilizados primordialmente os trabalhos de Gilmar Ferreira Mendes e Alexandre de Moraes. No tocante à coisa julgada inconstitucional e sua relativização, foram adotados os trabalhos de Paulo Otero, Carlos Valder do Nascimento, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Farias.

Adotou-se, portanto, o método dedutivo, por meio do qual se partiu do estudo dos institutos da jurisdição constitucional e da coisa julgada para chegar à questão do controle de constitucionalidade da sentença pela relativização da coisa julgada inconstitucional.

2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A jurisdição constitucional, também chamada de garantia jurisdicional da Constituição, é o mecanismo pelo qual há a fiscalização da regularidade das funções estatais, tendo como parâmetro a Constituição Federal, não apenas do ponto de vista formal, mas a Constituição Federal como ato político de concretização de valores políticos e sociais e, há a interpretação da Constituição Federal, viabilizando sua aplicação.

Nas palavras de Lenio Luiz Streck (s.d., s.p.):

Desse modo, fazer jurisdição constitucional não significa restringir o processo hermenêutico ao exame da parametricidade formal de textos infraconstitucionais com a Constituição. Trata-se, sim, de *compreender a jurisdição constitucional como processo de vivificação da Constituição na sua materialidade*, a partir desse novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito. (grifado no original).

A jurisdição constitucional compete precipuamente ao Poder Judiciário pelo controle de constitucionalidade, seja concentrado ou difuso. Porém, o Poder Executivo e, porque não, o Poder Legislativo também interpretam a Constituição e podem deixar de executar uma lei que seja considerada inconstitucional.

É inegável que há um juízo de valores realizado pelo chefe do Poder Executivo quando este entender ser determinada lei inconstitucional e deixar de aplicá-la, determinando que assim o façam os demais órgãos da administração pública a ele subordinados.

Não se pode perder de vista que o Supremo Tribunal Federal, tribunal eleito pela Constituição como seu guardião, também possui caráter político a partir da forma de nomeação de seus membros pelo Poder Executivo.

Isto não traz maiores complicações ao exercício da jurisdição constitucional, visto que a interpretação da constituição não deve ser apenas jurídica, mas também política, sendo considerados os princípios que regem a vida em sociedade, ainda que não positivados, ou seja, o direito consuetudinário.

Não é possível realizar uma interpretação da Constituição e entender o contido nos direitos e garantias fundamentais sem um olhar social, sem olhar para o que está arraigado na sociedade que é regida por esta Constituição, mas que também a originou, visto que os

constituintes foram eleitos para formularem uma Constituição que atendesse aos clamores sociais de Justiça, entre outros fatores.

Necessário se faz a identificação do parâmetro utilizado pela jurisdição constitucional, ou seja, a Constituição Federal.

Etimologicamente, a palavra “constituição” significa a formação de determinado grupo ou organismo, organização. Juridicamente, conforme Alexandre de Moraes (2011, p. 06):

Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. (grifado no original).

A Constituição é uma lei, mas não uma lei comum, é uma lei que faz nascer uma nova ordem jurídica, uma lei à qual as demais devem ser elaboradas em conformidade e à qual todos os atos público também devem ser conformes, respeitando os direitos e garantias fundamentais delimitados por ela, a forma dos atos que ela rege, enfim, devem ser conformes à Constituição material (quanto ao conteúdo) e formalmente (quanto à forma, modo de elaboração).

As normas devem ser extraídas do texto constitucional pela sua interpretação, assim: “trata-se da Constituição, que, mais do que um texto, que é condição de possibilidade hermenêutica de outro texto, *é um fenômeno construído historicamente como produto de um pacto constituinte, enquanto explicitação do contrato social*” (STRECK, s.d.,s.p.) .

Nosso sistema consagra uma constituição rígida, que exige a conformidade de todo ordenamento jurídico. Da conformidade formal e material dos atos do poder público à Constituição extrai-se o princípio da constitucionalidade dos atos normativos, que, nas palavras de Canotilho (2002, p. 884), significa que:

(...) os actos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses actos, e qual não contrariem positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais.

Ainda, lembra-se que todo texto constitucional assim o é, independente da matéria tratada.

Deve-se ressaltar, neste momento, a auto-regulamentação constitucional, ou seja, ao passo que é criada uma norma constitucional, é a própria Constituição que tem competência para mitigá-la, criando exceções. Assim, também é a própria Constituição que diz quais são as normas que o legislador posterior não poderá abolir, são as chamadas cláusulas-pétreas¹.

Ainda, é importante ao estudo ressaltar que é a própria Constituição que estipula o seu processo de modificação, ou seja, a elaboração das Emendas Constitucionais, bem como regulamenta o processo legislativo das demais espécies normativas.

Pode-se perceber que a Constituição é a pedra fundamental de um Estado Constitucional, principalmente em um Estado Democrático de Direito como é o Brasil.

Assim, é preciso que haja mecanismos de controle dos atos do Poder Público para se verificar se estes são formulados e executados em conformidade com a Constituição Federal.

A Constituição Federal nos aponta um sistema de escalonamento das espécies normativas, conforme o modelo criado por Hans Kelsen. Desta forma, é preciso que todos os atos normativos estejam em conformidade com a Constituição e mais, que as leis ordinárias estejam em conformidade com as leis complementares, que os decretos e regulamentos estejam em conformidade com aquelas e que os atos de execução estejam em conformidade com esses.

Há atos públicos de criação e aplicação do direito, mas isto não são funções que se excluem. Desta forma, dentro destas normas hierarquizadas, conforme há especificação e regulamentação de uma situação, este ato é aplicação do direito em relação à norma que o previu anteriormente de forma mais abrangente, mas é criação do direito em relação aos atos que irão trazer maiores especificações, culminando com o ato administrativo e a sentença, que aplicam o direito a um determinado caso concreto (KELSEN, 2003, p. 125).

¹ Art. 60, CF/88: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º. Não será objeto de deliberação a emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Não havendo nenhuma distorção nesta escala, todos os atos praticados, legislativos e de execução, estarão em conformidade com a Constituição Federal. Assim, a Constituição consagra regras de controle de constitucionalidade dos atos legislativos, pois, estando estes conformes, os atos seguintes poderão ser analisados de uma perspectiva de legalidade, que estarão sendo, indiretamente, analisados do ponto de vista constitucional.

Porém, há algumas situações em que não é necessária a elaboração de uma lei para que haja um regulamento, passando-se aos atos de execução coletiva e, após, à execução individual do direito, podendo ocorrer esta execução diretamente ou com “pulos de etapas”.

As leis produzidas sob a égide de uma Constituição são, presumidamente, constitucionais, mas podem conter vícios formais e materiais. Isto é, as leis podem ter sido produzidas em dissonância ao processo legislativo regulamentado pela própria Constituição ou podem afrontar algum direito material nela previsto.

Ainda, há casos em que a afronta a determinada norma constitucional ocorre pela omissão do poder público em viabilizar a aplicação de um direito. Em outras situações, a lei pode ser interpretada de forma a se coadunar com os preceitos constitucionais.

É neste ponto em que o estudo da jurisdição constitucional, e não apenas do controle de constitucionalidade dos atos normativos, ganha maior importância, demonstrando-se sua indispensabilidade para garantia da ordem constitucional.

Como já dito acima, a jurisdição constitucional é um mecanismo de controle da regularidade das funções estatais. Pois bem, funções estatais não são apenas os atos normativos, mas também os atos de execução, função exercida tipicamente pelo Poder Executivo e, até mesmo, os atos do Poder Judiciário, que através de suas decisões individualiza o direito previsto genericamente na legislação brasileira.

Não se pode perder de vista que os princípios não mais são vistos como meros vetores, mas passaram a ter carga normativa e, portanto vinculante.

A Constituição Federal traz uma forte carga de princípios que vincula o exercício das funções estatais, ainda que não seja elaborada uma lei que traga regras subjacentes a este princípio e esta seja regulamentada, exceto quando a própria Constituição exige que haja a regulamentação.

Assim, necessário é que os atos executórios do Poder Público também sejam objeto da jurisdição constitucional. Atos executórios não são apenas aqueles realizados pelo

Poder Executivo, mas todos aqueles que individualizam um direito previsto em abstrato, ainda que este direito esteja contido em um princípio.

No sistema brasileiro, o exercício mais comum da jurisdição constitucional é o controle de constitucionalidade, que na via concentrada é realizado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Ainda, é fácil identificar o exercício da jurisdição constitucional através do controle de constitucionalidade pela via difusa, em que todos os magistrados possuem competência para analisar a constitucionalidade da norma no caso concreto.

Pela arguição de descumprimento de preceito fundamental, atos específicos do poder executivo também são submetidos ao exame do controle de constitucionalidade, mas, assim deve ser com todos os atos do poder público, a fim de garantir a regularidade do exercício das funções públicas.

2.1 O Sistema da Civil Law e o Sistema da Common Law

Os sistemas jurídicos da civil law e da common law são os que se mostram mais relevantes para este estudo, pois tais sistemas, por se dividirem entre Europa insular (Grã-Bretanha) e Europa continental (Europa ocidental), também são os sistemas predominantes na América.

Devido à forma de colonização, o Brasil herdou dos portugueses o sistema da civil law, enquanto que os Estados Unidos da América herdaram dos ingleses o sistema da common law, ocorrendo nas antigas colônias algumas modificações.

A base da diferenciação entre esses dois sistemas (também o termo tradição é utilizado por alguns doutrinadores) é a fonte precípua do direito. Enquanto na civil law tem-se o produto da atividade legislativa, a lei, como principal fonte do direito, na common law tem-se os *cases law*.

Pode-se dizer que, historicamente, foram as revoluções setecentistas e oitocentistas o divisor de águas desses dois sistemas, mas, alerta-se, que o ponto principal é a importância dada aos magistrados pelos revolucionários.

Nas revoluções gloriosa e puritana ocorridas na Inglaterra os magistrados tiveram importante papel de afirmação da nação, foram reconhecidos como “amigos”, e não como um grupo que merecia ser controlado para que não controlasse a população.

Já na revolução francesa, por exemplo, os magistrados eram vistos como apoio ao monarca e, portanto, contrários à revolução, de forma que seu poder e sua capacidade criativa do direito deveriam ser mitigados.

Desta forma, firmou-se na Inglaterra o que já era sua tradição, ou seja, o sistema common law. Em tal sistema não há uma codificação rígida, mas a produção do direito pelos magistrados a partir dos casos concretos que lhes são apresentados.

Cabe aos magistrados a interpretação dos valores sociais e dos direitos fundamentais, produzindo o direito a ser aplicado. A partir do debate dos casos pelos juízos singulares e tribunais se tem a consolidação de um entendimento expresso na decisão judicial.

Por outro lado, na civil law os magistrados passaram a ser simplesmente “a boca da lei”, havendo uma rigorosa codificação de normas que regulamentavam o maior número de situações possíveis a serem submetidas à apreciação do Poder Judiciário.

Tratou-se de um período de desacreditação do Poder Judiciário em relação à interpretação e criação do direito, haja vista que cabia aos doutrinadores o estudo e a interpretação das leis e outras situações que poderiam ser apresentadas, sendo o legislador orientado pelos pareceres de doutrinadores e os magistrados adstritos aos seus entendimentos.

E assim uma das grandes diferenças entre as tradições do Common Law e do Civil Law se assentam: enquanto o Continente encarava a elaboração de Códigos como uma *necessidade*, como instrumento de modernidade, a Inglaterra os dispensava, considerando-os mesmo desnecessários. (DRUMMOND e CROSETTI, 2010, p. 34).

Da forma posta, era inviável no sistema da civil law que o Poder Judiciário realizasse um controle de constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo, enquanto na common law o ambiente era fértil para a regulamentação dos casos segundo os preceitos fundamentais trazidos nas Constituições.

Como as revoluções foram paradigmas para o distanciamento dos dois sistemas, as grandes guerras, especialmente a segunda, levaram a uma aproximação desses mesmos sistemas.

O modelo dos juízes que apenas aplicavam a vontade do legislador ao caso concreto foi percebido como insuficiente para garantia de uma ordem democrática. Além do que o desenvolvimento das relações fez com que surgisse um número tão expressivo de novas situações a serem regulamentadas que o legislador não mais era capaz de suprir a necessidade de regulamentação de todas as situações.

Os magistrados ganham, também no sistema da civil law, maior capacidade interpretativa e criativa, através das cláusulas gerais previstas pelo legislador e da necessidade de um controle de constitucionalidade dos atos do Poder, para que estes não sejam contrários à ordem estabelecida.

Quanto ao controle de constitucionalidade especificamente, surge nos Estados Unidos o controle difuso, através do célebre caso *Madison x Marbury*, em que a supremacia das normas constitucionais é destacada e é reconhecido a todos os magistrados o poder/dever do controle de constitucionalidade.

Lembre-se que no sistema da common law a fonte principal do direito são os Cases Law, sendo natural o controle de constitucionalidade baseado em casos concretos apresentados ao judiciário.

Nesse sistema, o *stare decisis* é responsável por conferir uma caráter vinculante vertical (aos tribunais de instâncias inferiores) e horizontal (em relação à administração pública),

Do sistema da civil law, por ainda haver a forte atividade legislativa como criadora do direito, é originado o controle abstrato de constitucionalidade. Ora, se há a necessidade da lei no ordenamento com caráter abstrato e genérico, necessário que se faça um controle de constitucionalidade também do ponto de vista abstrato, para que atinja a todos e retire do ordenamento a norma inconstitucional.

Do exposto, percebe-se facilmente que, apesar da herança do sistema da civil law, o Brasil, da forma como é realizado atualmente o controle de constitucionalidade, apresenta um sistema misto, pois há a previsão tanto do controle abstrato, quanto do controle concentrado.

Como se irá explicar em linhas próximas, o controle de constitucionalidade abstrato não se apresenta exatamente como é no direito norte-americano, mas cada vez mais tem importado institutos desse sistema, assim como há grande importação do direito alemão, principalmente na questão no controle e interpretação da constituição.

2.2 A Legitimidade da Jurisdição Constitucional e a Figura do *Amicus Curiae*.

A competência do Supremo Tribunal Federal para julgamento das ações específicas do controle concentrado de constitucionalidade decorre da própria Constituição, assim como a competência de todos os magistrados para se pronunciarem sobre a constitucionalidade de determinada norma no controle de constitucionalidade pela via difusa.

O que se pretende, neste momento, é analisar a legitimidade da jurisdição constitucional, tanto a legitimidade das decisões do STF na via concentrada quanto das decisões dos magistrados em geral na via difusa. Para tanto, aborda-se as principais ideias de Jürgen Habermas, pensador alemão que tem como um ponto de seu pensamento a teoria do Discurso.

Pois bem. Primeiramente, necessário se faz estabelecer o que se entende aqui por legitimidade. Pode-se dizer que, no caso em tela, legitimidade é a validação, a autoridade conferida ao ato praticado do ponto de vista interno, ou seja, conferida pelo próprio ordenamento jurídico, e do ponto de vista externo, conferida pela sociedade.

Cabe, desde logo, estabelecer que a legitimidade se dará pelo procedimento que leva à produção e escolha do melhor argumento.

Como dito, a legitimidade não decorre apenas do próprio ordenamento jurídico isoladamente, mas também da sociedade, sendo necessário estabelecer uma ligação entre as normas inerentes à sociedade e o direito, qual seja, a moral.

A moral e a ética são produtos de uma sociedade ao mesmo tempo em que a regem. Ou seja, a mesma força que as regras da moral e da ética possuem para impor

determinadas ações às pessoas, a coletividade possui para modificar estas regras, através do consenso atingido pelo discurso social.

Consenso não significa “senso comum”, ou seja, aquela ideia transmitida e recebida sem uma reflexão profunda sobre o assunto. Pelo contrário, o consenso é fruto do diálogo, do debate da sociedade sobre determinado assunto que acaba por encontrar uma resposta a determinada situação por identificar a melhor solução do ponto de vista coletivo, e não do ponto de vista de uma minoria elitizada.

A relação entre moral e direito é de interdependência. Possuem uma relação semelhante à entre a sociedade e as regras da moral, ou seja, a moral apresenta, em muitos casos, o substrato da elaboração das normas, ao passo em que algumas vezes, é o direito quem impulsiona a mudança da moral, sendo ambos produtos do diálogo e da argumentação.

Ora, se a moral é resultado do consenso da sociedade, como pode o direito impulsionar alterações da moral? É também o diálogo, o discurso que legitima a formação do direito e, por isso, este possui força para provocar alterações da moral.

Isso é possível, pois cabe ao direito assegurar as liberdades individuais e a formação do convencimento de cada indivíduo da sociedade não apenas de um modo negativo, ou seja, impedindo interferências, mas também de um modo positivo, possibilitando a expressão de todos os grupos da sociedade.

Assim, uma questão sobre uma minoria, muitas vezes é rejeitada pela maioria, mas cabe ao direito conferir o direito de voz à essa minoria e ouvir os argumentos desse grupo para decidir com base simplesmente no melhor argumento. É o que ocorre, por exemplo, com a questão das relações homoafetivas decidida recentemente pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, é possível afirmar que é o debate, o diálogo, o discurso durante o procedimento de elaboração do direito que confere a ele legitimidade pela sociedade. Assim, a legitimidade de uma instituição e de um procedimento não está nele em si mesmo, mas no consenso social sobre ele.

Assim, a força do direito não está primeiramente nos meios de coerção que ele possui, mas sim no nexos que possui com a sociedade pelo discurso procedimental e que os melhores argumentos produzem a aceitação social.

Uma nova Constituição não é apenas uma lei que inaugura um novo ordenamento jurídico, mas, como lei fundamental, é produto do discurso da sociedade,

possibilitado pela soberania popular ao eleger seus representantes para a elaboração da Constituição.

No pensamento de Habermas, para que esse discurso seja realmente efetivo, ele deve ocorrer em um espaço público. Ao estudar o pensamento do filósofo referido, Marcos César Botelho (2010, p. 204) conclui que “o espaço público é o lugar em que o debate público ocorre, mediante uma rede de relacionamentos entre atores sociais, com uma liberdade no fluxo de troca de informações”.

Assim, para que o processo configure um espaço público há a necessidade de real interferência e exposição argumentativa dos interessados.

No controle de constitucionalidade pela via difusa isso é percebido rapidamente, visto que a decisão afetará apenas os sujeitos processuais, que tem direito constitucional do contraditório a assegurar o debate pelas partes.

Pontua-se, ainda, que o magistrado está inserido em uma sociedade que exerce influência na formação da sua convicção. Essa influência não apenas do debate das partes na fundamentação da decisão não a desqualifica, pelo contrário, também a confere legitimidade, uma vez que a relação material estabelecida entre as partes que se encontra em conflito também está inserida no contexto social.

O Supremo Tribunal Federal, ao processar e julgar as ações específicas do controle de constitucionalidade pela via concentrada gera efeitos *erga omnes*, de modo que o espaço público aqui também não se restringe às partes, visto que o interesse é coletivo.

Deste modo, cabe ao Supremo Tribunal Federal a interpretação da constituição com base no diálogo produzido pela sociedade, e não apenas no legitimado passivo que ingressou com a ação e a defesa da lei apresentada pelo Advogado-Geral da União.

Conforme o pensamento de Habermas, ao se realizar a interpretação da constituição está sendo também formado o direito. Todo o povo interpreta a constituição em seu cotidiano, de modo que não cabe ao STF substituir a vontade popular ao interpretar a constituição, mas unificá-la pelo melhor argumento.

O melhor argumento eleito pelo STF em suas decisões é explicitado através da fundamentação de suas decisões. Mas, não é simplesmente a fundamentação que torna o processo mais democrático, mas sim a influência que o discurso social possui sobre a fundamentação.

Assim, configurando a jurisdição constitucional um espaço público, o Supremo Tribunal Federal deve estar atento não apenas aos argumentos jurídicos, mas aos argumentos dos vários ramos do conhecimento, para que haja no procedimento jurisdicional a participação da coletividade, legitimando que a decisão do STF produza efeitos *erga omnes*.

Temos, então, como destaque de diálogo pela sociedade dentro dos procedimentos das ações específicas do controle de constitucionalidade pela via concentrada a possibilidade de admissão dos chamados *amicus curiae*.

Os *amicus curiae*, ou “amigos da corte”, são instituições representativas da sociedade que são admitidas durante o procedimento para auxiliar durante a instrução processual, trazendo seus conhecimentos sobre o assunto e valores sociais.

A figura do *amicus curiae* está prevista na Lei 9.868/99 no artigo 7º, §2º, devendo ser admitido pelo relator por decisão irrecorrível, cabendo, no entanto, ao plenário referendar a admissão ou decidir pela desnecessidade da intervenção.

A participação do *amicus curiae* foi sedimentada no julgamento da ADI 2.130 - MC/SC, em que o ministro Celso de Mello, em seu voto destaca ser a participação do *amicus curiae* um fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte.

O *amicus curiae* está previsto expressamente para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, mas tem sido admitido pelo STF também na Ação Declaratória de Constitucionalidade e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, por uma interpretação analógica do ordenamento jurídico.

2.3 Jurisdição Constitucional e o Contramajoritarismo

O Poder Judiciário não é eleito pelo povo, sendo seus membros escolhidos, principalmente, por critérios de meritocracia e não por critérios políticos.

Na escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal, apesar da Constituição delimitar requisitos, prevalecem critérios políticos, visto serem os membros do STF de livre

nomeação do Presidente da República, sendo a pessoa indicada sabatinada pelo Senado Federal.

Apesar da escolha de forma política, após integrarem o Poder Judiciário, os ministros do Pretório Excelso gozam das garantias dos magistrados brasileiros e, principalmente, proferem suas decisões com livre convencimento, lhes sendo imposto apenas o dever de fundamentação.

Assim, o Poder Judiciário é o único dos três poderes que não tem suas decisões influenciadas por pressões políticas de grupos dominantes.

A Constituição Federal consagra o princípio da igualdade e os direitos e garantias fundamentais a todas as pessoas que estejam sob sua égide, garantindo, portanto, as mesmas liberdades a todas as pessoas.

Trata a Constituição de uma expressão da vontade coletiva, não simplesmente da maioria, mas da vontade que visa o bem comum e não o bem de determinados grupos sociais e econômicos.

As escolhas dos membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo, em regra, representam a vontade da maioria atual do povo do país, visto que são eleitos pela maioria. Assim, poderia ser considerado ato antidemocrático a decisão do STF de julgar inconstitucional uma lei ou ato normativo que exprime a vontade da maioria.

Porém, por não estar submetido a pressões políticas, pode o Poder Judiciário decidir contramajoritariamente para a garantia da Constituição Federal, principalmente em questão de garantia dos direitos fundamentais às minorias.

Desta forma, evita-se que maiorias temporárias, visto que a sociedade é dinâmica, modifiquem a estrutura dada pela Constituição que visa o bem coletivo e é expressão de uma “maioria permanente”.

Garante-se, portanto, a autonomia da Constituição, que não pode ser violada por leis infraconstitucionais, cabendo ao Poder Judiciário interpretar a Constituição e garantir a sua soberania.

Para Lenio Luiz Streck (s.d., s.p.):

Não se pode olvidar, nesse sentido, que a questão da autonomia do Direito está relacionada com a (in)compatibilidade “democracia-constitucionalismo” e com o crescente deslocamento do polo de tensão da relação entre a legislação e a jurisdição em direção a esta última. Não é demais referir que a autonomia adquirida pelo Direito implica o crescimento do controle de constitucionalidade das leis, que é fundamentalmente contramajoritário.

Porém, em algumas situações o Poder Judiciário estará agindo majoritariamente na defesa da constituição, mesmo ao julgar inconstitucional uma lei ou ato normativo.

Isto porque há minorias que exercem forte influência nos Poderes Legislativos e Executivos, fazendo com que a maioria dos membros desses poderes lhes seja favorável, mesmo que eles não expressem a maioria do povo.

Isto ocorre, principalmente, em relação a grupos elitizados, de grande poder econômico, que através do chamado *lobby* conseguem maioria nas casas legislativas, protegendo seus interesses em prejuízo dos interesses da maioria.

Neste caso, o Poder Judiciário ao guardar as normas constitucionais e afastar a lei inconstitucional produzida, atuará de forma majoritária.

Assim, conclui-se que o Poder Judiciário pode atuar tanto majoritariamente quanto contramajoritariamente, desde que exerça seu papel de guardião da Constituição e, conseqüentemente, guardião das garantias e direitos individuais a todos do povo, evitando que o ordenamento jurídico seja utilizado para instituir uma ditadura da maioria ou uma ditadura da minoria.

2.4 Atos do Poder Público Sujeitos ao Controle de Constitucionalidade

No sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, os atos submetidos ao controle são, em regra, as leis e atos normativos.

Trata-se aqui de leis em sentido amplo, ou seja, as espécies primárias previstas no artigo 59 da Constituição Federal, quais sejam, emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

Atos normativos, por sua vez, são atos que não se enquadram entre as espécies primárias, mas possuem carga normativa, generalidade e abstração, ou seja, não regulamentam uma situação específica, mas vinculam a todos.

A edição de leis é função preponderante do Poder Legislativo, enquanto os atos normativos englobam os demais poderes, Executivo e Judiciário, como na formulação do regimento interno dos tribunais.

Quando se fala em controle de constitucionalidade, em regra, é pressuposto que a lei ou ato normativo objeto do controle tenha sido criada sob a égide da Constituição parâmetro e esteja em vigor, este último no caso do controle concentrado.

Leis e atos normativos municipais, estaduais, distritais ou federais podem ser objeto do controle de constitucionalidade pela via difusa. Porém, em regra, somente as leis federais, estaduais ou distritais serão objeto do controle de constitucionalidade concentrado.

Os decretos regulamentadores não serão, em regra, objeto do controle de constitucionalidade, pois, eventual afronta à lei a ser regulamentada será um vício de legalidade e não de inconstitucionalidade.

Mas, há casos em que não há lei anterior a ser regulamentada, constituindo o decreto verdadeiro decreto-autônomo, o qual poderá ser submetido ao controle concentrado da constitucionalidade.

As súmulas emitidas pelos tribunais também não serão submetidas ao controle de constitucionalidade, visto que possuem caráter abstrato e genérico, mas não apresentam

caráter vinculativo para serem considerados atos normativos a serem submetidos ao controle de constitucionalidade.

Outra questão a ser ressaltada é a não submissão ao controle de constitucionalidade das normas constitucionais originárias. Isto é, todas as normas constitucionais elaboradas pelo constituinte originário possuem presunção absoluta de constitucionalidade, ainda que violem direitos e garantias fundamentais.

Isto porque o constituinte originário não possui limitações, diferentemente do constituinte derivado que fica restrito quanto às cláusulas pétreas. É o constituinte originário, e somente ele, que tem a competência para excepcionar os direitos e garantias fundamentais por ele criados.

Conforme referido acima, passam pelo controle de constitucionalidade, em regra, as leis e atos normativos editados após a Constituição em vigor. Isto porque as leis e atos normativos anteriores à Constituição passam por uma análise de recepção.

Isto é, instaurada uma nova ordem constitucional, as leis anteriores podem ser recepcionadas ou não pela nova Constituição. As leis que não se coadunem à nova Constituição não serão por ela recepcionadas e, então, serão excluídas do ordenamento jurídico brasileiro.

As leis anteriores que não afrontem a nova Constituição serão por ela recepcionadas, como se recebessem um aval da nova Constituição para continuarem em vigor.

Ainda sobre o objeto do controle de constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental inova ao possibilitar a análise de atos do poder público municipal e leis anteriores à Constituição Federal.

2.4.1 Súmulas vinculantes

Faz-se aqui uma observação quanto às súmulas vinculantes previstas na Constituição a partir da Emenda Constitucional 45/04, emitidas pelo Supremo Tribunal Federal, as quais se subsumem ao conceito de ato normativo.

Há, porém, posição doutrinária que entende não ser possível submeter a súmula vinculante ao controle de constitucionalidade pelas ações diretas de inconstitucionalidade, por não ter a súmula vinculante carga normativa necessária, como é o posicionamento de Pedro Lenza (2012, p. 288), que entende haver o controle de constitucionalidade da súmula vinculante através de sua revisão ou cancelamento.

Fundamentam pelo caráter de natureza interpretativa da Constituição os doutrinadores que entendem não ser possível submeter a súmula vinculante ao controle de constitucionalidade.

Ainda, entendem ineficaz tal meio, visto que cabe ao STF, órgão emissor da súmula vinculante, o controle concentrado de constitucionalidade, nascendo a súmula vinculante com presunção de constitucionalidade. Assim, raramente o STF entenderia inconstitucional uma súmula por ele editada, sendo mais pertinentes os instrumentos da revisão ou cancelamento da súmula.

Posicionamento diverso, porém, já adotou o STF, no julgamento do HC 96.301, relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento monocrático em 30 de setembro de 2008:

Trata-se de habeas corpus preventivo impetrado em benefício de Fábio Feldman, Diretor Presidente da Guarda Municipal de Americana/SP, contra ato proferido por este Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na aprovação do enunciado da Súmula Vinculante nº 11 (fl. 02). [...] O habeas corpus não se presta à revisão, em tese, do teor de Súmulas da jurisprudência dos tribunais. O impetrante não demonstrou o ato concreto de cerceamento da liberdade de ir e vir dos pacientes ou a iminência da sua prática, que é requisito da ação constitucional do habeas corpus. Trata-se, em verdade, de mera irrisignação contra o teor da Súmula Vinculante nº 11, sem qualquer alegação de sua repercussão concreta, atual ou iminente, na liberdade de locomoção. Assim, nos termos do art. 103-A, §2º da Constituição da República, a tese sustentada pelo impetrante só pode ser veiculada em ação própria, por aqueles que possuem legitimidade para ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade. Do exposto, nego seguimento ao writ, nos termos do que me permite o art. 21, §1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Assim, apesar das críticas doutrinárias de ordem prática, a jurisprudência vem se posicionando conforme o entendimento de que, por se encaixar no conceito de ato normativo, deverá também a súmula vinculante ser atacada por meio das ações próprias do controle de constitucionalidade.

2.5 Controle de Constitucionalidade no Brasil

Em regra, se trata do controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário, mormente o controle repressivo da constitucionalidade, ou seja, aquele que visa retirar uma lei ou ato normativo que já possui vigência do ordenamento jurídico, por ser ele inconstitucional.

Ressalte-se que também há o controle preventivo de constitucionalidade, realizado pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, visando evitar que uma norma inconstitucional entre em vigor no ordenamento pátrio.

No legislativo, este controle é realizado, especialmente, por comissões especializadas, que na Câmara dos Deputados se chama Comissão de Constituição, Justiça e Redação e no Senado Federal se chama Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Essas comissões emitem pareceres sobre a constitucionalidade da norma e do processo legislativo desenvolvido, mas por serem apenas pareceres, não vinculam o plenário no momento da votação.

O controle preventivo da constitucionalidade realizado pelo poder Executivo é feito através do veto jurídico. Porém, esse veto pode ser derrubado pelas casas legislativas, em sessão única do Congresso Nacional.

Essa interferência do poder executivo é possível por ser a sanção da lei uma etapa do processo legislativo previsto pela própria Constituição.

É fácil perceber a razão pela qual o Poder Judiciário realiza, em regra, o controle repressivo.

Pelo princípio da inércia o magistrado não possui competência para, ao tomar conhecimento de um projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional agir de ofício e impedir a continuidade da tramitação daquele projeto.

A possibilidade de realização do controle preventivo pelo Poder Judiciário ocorre no caso de haver um projeto de lei flagrantemente inconstitucional, em que o parlamentar poderá ingressar perante o Supremo Tribunal Federal com um mandado de

segurança para ter resguardado seu direito líquido e certo a um processo legislativo constitucional que não tenha como objeto matéria violadora das cláusulas pétreas.

Ainda, a função típica do Poder Legislativo é legislar, não podendo o Poder Judiciário realizar tamanha interferência, sob pena de haver a quebra da separação e igualdade entre os poderes.

Há, ainda, duas hipóteses em que o Poder Legislativo realiza o controle repressivo de constitucionalidade. Cabe ao Poder Legislativo, conforme o artigo 49, V da Constituição Federal sustar o decreto legislativo ou a lei delegada que extrapolem os limites da delegação legislativa.

Também as medidas provisórias serão submetidas à apreciação do Poder Legislativo, que poderá rejeitá-las ou convertê-las em lei. Uma das hipóteses de rejeição da medida provisória é pelo fundamento da sua inconstitucionalidade, situação em que o Poder Legislativo realiza verdadeiro controle de constitucionalidade repressivo da medida provisória, retirando a eficácia do ato inconstitucional.

2.5.1 Sistema difuso de controle de constitucionalidade

O sistema difuso de controle de constitucionalidade é também chamado de via de defesa ou de exceção, isto porque ocorre incidentalmente em um processo judicial.

Compete a todos os magistrados brasileiros a análise da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo a ser aplicado no caso concreto. Uma vez suscitada dúvida sobre a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo que incide sobre a lide do processo, cabe ao magistrado dizer se aquela lei é constitucional e deve ser aplicada ou é inconstitucional e sua aplicação deve ser afastada.

Neste caso, tal decisão é incidental, ou seja, a lide não recai sobre a constitucionalidade da lei, mas sobre outra matéria qualquer, sendo o controle constitucional realizado pelo magistrado a resolução de uma questão prévia ao julgamento do mérito.

A hipótese de controle difuso se coaduna ao modelo do controle de constitucionalidade norte-americano, competindo a cada juiz analisar a constitucionalidade de determinada lei tendo em vista o caso concreto que lhe é apresentado.

Ao passo em que a Constituição coloca o Supremo Tribunal Federal como seu guardião maior, não afasta o dever de zelo pelo seu cumprimento que cabe a todo operador do direito, principalmente aos magistrados brasileiros, que não poderiam aplicar determinada lei sob a alegação da presunção da constitucionalidade enquanto não houver declaração de inconstitucionalidade pelo STF.

Lembre-se que ao falar em magistrados, estão englobados desde os juízes de primeira instância até os Ministros do Supremo Tribunal Federal em processos que são de sua competência originária ou recursal.

A exceção à possibilidade de análise incidental da constitucionalidade por qualquer magistrado brasileiro está prevista na própria Constituição, no artigo 97². Traz este artigo a previsão da chamada reserva de plenário.

As turmas e câmaras dos tribunais não poderão se manifestar sobre a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, ainda que incidental, devendo ser esta matéria remetida ao plenário ou, em tribunais que possuem mais de 25 membros, ao órgão especial.

Há, contudo, entendimento doutrinário e jurisprudência de mitigação da reserva de plenário, em que, presentes determinadas situações, o órgão fracionário do tribunal poderá apreciar a constitucionalidade da lei ou ato normativo àquele caso.

A primeira situação que possibilita o julgamento pelo órgão fracionário é quando o Supremo Tribunal Federal já tenha se manifestado pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

A segunda situação é quando, o plenário do tribunal a que pertence o órgão fracionário já tenha se manifestado sobre a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo questionado.

Por ser a declaração de inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo realizada incidentalmente em um processo, essa declaração só abrange as partes do referido processo, em regra.

² Art. 97, CF/88: Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Há no ordenamento brasileiro duas possibilidades de, em se tratando de controle difuso realizado pelo STF, haver a expansão da eficácia subjetiva da decisão, possuindo ela efeito *erga omnes*.

Primeiramente, a possibilidade do Senado Federal editar uma resolução suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte.

O Supremo Tribunal Federal, após a declaração de inconstitucionalidade da lei, comunica ao Senado Federal sobre a decisão de inconstitucionalidade.

Porém, essa possibilidade é pouco utilizada, por entender o STF que é um ato discricionário do Senado Federal a edição de tal resolução.

A outra possibilidade de conferir efeitos *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal é através da edição de uma súmula vinculante, prevista em nossa Constituição com a Emenda Constitucional 45/04.

Uma terceira possibilidade que não é prevista na legislação brasileira, mas já é aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, é a adoção da transcendência dos motivos determinantes do julgamento, hipótese que será melhor delineada à frente.

2.5.2 Sistema concentrado de controle de constitucionalidade

No sistema concentrado do controle de constitucionalidade, também chamada de via de ação, ocorre a análise da lei ou ato normativo em abstrato, não havendo um caso concreto a embasar a análise normativa.

Diferentemente do controle difuso, o controle concentrado compete somente ao Supremo Tribunal Federal, por determinação da própria Constituição, sendo o Pretório Excelso o guardião da Constituição.

Assim como as leis e atos normativos são formulados abstrata e genericamente, sem partirem de um caso específico, a análise de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal é realizada também abstratamente.

Aqui é considerada apenas a lei e a Constituição, não sendo considerados os processos instaurados em decorrência de conflitos resultantes das situações regulamentadas pela lei que tem sua constitucionalidade questionada.

O processo deflagrado perante o Supremo Tribunal Federal tem a discussão da constitucionalidade da lei como ponto principal de discussão, ou seja, é ele o objeto principal da ação, diferentemente do ocorrido no controle difuso, em que a constitucionalidade era questão incidental indispensável à solução do conflito.

O questionamento da constitucionalidade pelo controle concentrado pode ser realizado através da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que serão estudadas especificamente a seguir.

2.5.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade visa romper a presunção relativa de constitucionalidade inerente às leis através da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Assim,

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade é retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional, constituindo-se, pois, uma finalidade de *legislador negativo* do Supremo Tribunal Federal, *nunca de legislador positivo*. (Moraes, 2011, p. 771).

Não há necessidade de edição de resolução pelo Senado Federal, nem mesmo a edição de súmula vinculante pelo STF, a declaração de inconstitucionalidade por si só exclui do ordenamento jurídico brasileiro a lei ou ato normativo que viole a Constituição Federal, seja por vício formal ou material, atingindo, assim, sua finalidade.

Isto se deve à efetividade das decisões do Supremo Tribunal Federal e à própria separação dos poderes, visto que conferir ao STF a garantia da Constituição, mas não

lhe dar mecanismos autônomos de vinculação de suas decisões o tornaria um órgão inócuo, sem condições de dar efetividade às suas decisões.

A Constituição Federal atual inovou quanto à legitimação para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ao expandir a legitimidade para além do Procurador-Geral da República.

Prevê o artigo 103, CF o rol de legitimados, que são: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, as Confederações Sindicais, entidades de âmbito nacional e, como era previsto nas Constituições anteriores, o Procurador-Geral da República.

Com a extensão do rol de legitimados há a separação em dois grupos. O primeiro grupo é dos que possuem legitimidade ativa universal, ou seja, podem propor ADI sobre quaisquer leis ou atos normativos.

O segundo grupo são os legitimados dos quais é exigida a demonstração de pertinência temática. Isto é, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, do Governador do Estado ou do Distrito Federal e as Confederações Sindicais ou Entidades de Âmbito Nacional precisam demonstrar que há ligação entre a lei ou ato normativo impugnado e a defesa dos interesses do legitimado.

A lei 9.868/99 trouxe disposições regulamentares sobre a ADI e outras ações constitucionais. Questão importante trazida por esta lei foi a possibilidade de pedido cautelar em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

O pedido cautelar, no caso, comporta-se como verdadeira tutela antecipada, visto que não há ação futura a ser proposta, mas visa suspender os efeitos da lei que tem sua constitucionalidade questionada.

A ação direta de inconstitucionalidade possui efeitos *erga omnes*, vinculantes, *ex tunc*, e repristinatório.

O efeito *erga omnes* se refere aos limites subjetivos da lide, que aqui são expandidos. Isto é, apesar de haver um número restrito de legitimados, por ser a ADI uma ação em que não há análise de um caso específico, mas uma análise abstrata da

constitucionalidade da lei, a decisão do Supremo Tribunal Federal atinge a todos os jurisdicionados.

O efeito vinculante se refere à obrigatoriedade da decisão. A lei julgada inconstitucional deixará o ordenamento jurídico brasileiro, não podendo mais ser aplicada por qualquer ente do Poder Público, inclusive o Poder Judiciário.

O efeito *ex tunc*, retroativo à edição da lei, é a regra, mas pode haver modulação desse efeito. A lei declarada inconstitucional é nula desde o princípio. Mas, a lei 9.868/99 trouxe a possibilidade de modulação deste efeito temporal pela votação de 2/3 dos ministros do STF.

A legislação conferiu ao STF o poder de avaliar as implicações práticas da nulidade da lei desde sua produção, as relações jurídicas que serão afetadas e decidir o momento menos prejudicial para que a lei deixe de ter vigência no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, pode o STF fixar que a decisão de nulidade retroage até a propositura da ação, até outro momento no meio do processo, e até mesmo prever efeito futuro, fixando uma data futura para que a decisão passe a surtir efeitos e a lei inconstitucional deixe o ordenamento jurídico brasileiro.

O efeito repristinatório não se confunde com a repristinação. Nas palavras de Alexandre de Moraes (2011, p. 791):

Na repristinação, ocorre o retorno de vigência de lei anteriormente revogada pela revogação de sua lei revogadora, desde que, nos termos do art. 2º, §3º, da Lei de Introdução do Código Civil, houver expressa previsão. (...) Diversamente, nos efeitos repristinatório da declaração de inconstitucionalidade, se a lei revogadora foi decretada nula e, conseqüentemente, jamais teve a força de revogar a lei anterior, essa manteve sua vigência permanente.

Ainda, quanto aos efeitos da ADI, diz-se que esta ação e a ADECON são ações de sinais trocados. A ADECON visa a declaração da constitucionalidade de determinada norma, ou seja, visa que a presunção relativa de constitucionalidade da norma passe a ser absoluta.

A improcedência da ADI provoca o efeito desejado na propositura da ADECON, ou seja, o efeito que seria atingido pela procedência desta. Do mesmo modo, a

improcedência da ADECON gera o efeito de procedência da ADI, declarando a nulidade da norma pela sua inconstitucionalidade.

A decisão do pedido cautelar também possui efeitos *erga omnes*, vinculante, repristinatório, mas o indeferimento do pedido cautelar não gera o efeito da improcedência da ação, ou seja, não declara a lei constitucional.

2.5.2.1.1 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva

A Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva é um meio de restrição da autonomia de determinado Estado-membro. Questiona-se lei estadual que viole um dos princípios sensíveis previstos no artigo 34, VII, CF/88³.

Essa ação é de legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República, sendo discricionariedade dele a propositura ou não da ação. A ADI Interventiva não possui apenas finalidade jurídica, mas também finalidade política, como explica Alexandre de Moraes (2011, p. 795):

A ação direta interventiva possui dupla finalidade, pois pretende a declaração da inconstitucionalidade formal ou material da lei ou ato normativo estadual (finalidade jurídica) e a decretação de intervenção federal do Estado-membro ou Distrito Federal (finalidade política) constituindo-se, pois, um controle direto, para fins concretos, o que torna inviável a concessão de liminar.

A intervenção é uma medida extrema dentro de um Estado Federativo assim, se a declaração de nulidade da lei ou ato normativo inconstitucional for suficiente para que volte à normalidade, não haverá necessidade do Presidente da República decretar a intervenção.

³ Art. 34, CF/88: A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal exceto para:

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

2.5.2.1.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Nesta ação não há lei para ser analisada e, eventualmente, retirada do ordenamento jurídico. Exatamente nisto está a inconstitucionalidade, ou seja, na conduta omissiva do Poder Legislativo ou órgão Administrativo que deveria regulamentar a matéria.

Algumas normas constitucionais possuem eficácia limitada, ou seja, o direito previsto constitucionalmente precisa de uma regulamentação para ser exercido. Outras normas são vinculadas ao princípio da legalidade. Estas são as hipóteses em que é possível ingressar com a ADI por omissão em caso de silêncio do Poder Legislativo.

A omissão pode ser parcial ou total, desde que inviabilize a efetividade do direito previsto pelo legislador constitucional. Ainda, deve ter transcorrido tempo razoável entre a previsão constitucional e o ingresso da ADI por omissão, visto que pode ter ocorrido uma Emenda Constitucional e o legislador ainda não ter tido tempo de regulamentar aquele assunto.

A inconstitucionalidade do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, quando couber a este regulamentar o assunto, consiste no descumprimento da imposição constitucional de criação da norma de modo a dar efetividade à previsão do constituinte.

Os legitimados para a propositura da ADI por omissão são os mesmos da ADI, devendo também ser observado o retro mencionado quanto à pertinência temática de determinados legitimados.

O procedimento da ADI por omissão também foi regulamentado pela lei 9.868/99, não sendo obrigatória a participação do Advogado-Geral da União, pois não há lei a ser defendida.

Caso seja a ação julgada procedente e couber a órgão administrativo a regulamentação sobre o tema, o STF dará ciência a este órgão para que tome as providências cabíveis no prazo de 30 (trinta) dias, possibilitando a responsabilização em caso de continuidade da conduta omissiva.

Sendo da competência do Poder Legislativo a criação da lei, a Constituição Federal não prevê prazo para a adoção das providências, para que não haja afronta ao princípio da separação dos poderes, visto ser função típica do legislador a criação de leis.

2.5.2.2 Ação declaratória de constitucionalidade

A ação declaratória de constitucionalidade (ADECON) não era prevista no texto original da Constituição, tendo sido acrescentada pela Emenda Constitucional nº 03/1993.

Não há impugnação de lei ou ato normativo, pelo contrário, o que se busca é uma declaração do Supremo Tribunal Federal de que aquela norma é constitucional e, por isso, não pode mais ser afastada por via do controle difuso ou rejeitada sua aplicação pelo Poder Executivo sob a fundamentação de sua inconstitucionalidade.

Destaca-se que, diferentemente da ADI, não é possível a propositura da ADECON para declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual e distrital, mas apenas de lei ou ato normativo federal.

Como já dito, toda lei ou ato normativo que ingressa em nosso ordenamento possui uma presunção *iuris tantum* de constitucionalidade, ou seja, uma presunção relativa, o que permite que ela seja afastada no caso concreto.

Assim, visa a ADECON ultrapassar a presunção relativa da constitucionalidade da lei ou ato normativo, através de uma decisão vinculante do STF que afirme, categoricamente, que determinada lei ou ato normativo é Constitucional, passando a uma situação de certeza sobre sua constitucionalidade.

Conforme o artigo 14 da lei 9.868/99, admite-se o ingresso desta ação quando a norma em questão vem sendo amplamente debatida na via do controle difuso ou pelo poder Executivo, que afastou a sua incidência em determinado caso, o que justifica haver uma situação de incerteza sobre a sua constitucionalidade.

Os legitimados da ADECON são os mesmos legitimados da ADI, cabendo aqui, também, as observações realizadas quanto à pertinência temática de alguns legitimados. Diferente da ADI, aqui não há polo passivo, visto que não há impugnação da lei pelo autor da ADECON.

O STF entende ser possível a concessão de liminar, que teria o efeito apenas de suspender as ações em que a norma possui sua constitucionalidade questionada pela via difusa, garantindo a aplicabilidade dela.

Assim como na ADI, a decisão do Pretório Excelso possui efeitos *ex tunc, erga omnes* e vinculante. Lembra-se que ADI e ADECON são ações de sinais trocados, em que a improcedência de uma gera o mesmo efeito da procedência da outra.

No julgamento da ADECON pode o STF julgar procedente a pretensão do autor, afirmando a constitucionalidade de toda a lei ou ato normativo. Ainda, pode julgar parcialmente procedente, declarando constitucional parte da norma e inconstitucional a outra parte.

Por fim, poderá o Supremo Tribunal Federal declarar a norma constitucional, mas realizar a sua interpretação conforme a Constituição, ou seja, dizer a interpretação que deve ser dada à norma para que seja constitucional.

Aqui está uma situação em que a jurisdição constitucional não possui apenas o papel de legislador negativo, como ocorre na maioria dos casos, e como era vista tradicionalmente, ou seja, se restringia a declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo e retirá-lo do ordenamento jurídico.

2.5.2.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental

A última ação do controle de constitucionalidade concentrado se distancia em alguns pontos das ações acima analisadas, mas também possui alguns pontos de contato com aquelas.

O rol de legitimados ativos e a competência do STF para processar e julgar tal ação são os principais pontos de contato, bem como a sua função precípua, garantir a obediência à Constituição.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) tem como parâmetro para o controle de constitucionalidade os preceitos fundamentais, e não todas as normas constitucionais. Assim, primeiro se faz necessário tratar o que é preceito fundamental.

A Constituição Federal e a Lei 9.882/99, que regulamentou a ADPF, não conceituaram preceito fundamental. O Supremo Tribunal Federal algumas vezes afastou a

ADPF por entender que não havia preceito fundamental a ser violado no caso concreto, mas também não conceituou ou enumerou o quais seriam os preceitos fundamentais.

Algumas normas constitucionais podem ser facilmente identificadas como alicerces da Constituição, sendo de fácil identificação como preceito fundamental, assim, conforme explica Gilmar Ferreira Mendes (2010, p.1333):

Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétreia do art. 60, § 4º, da CF: o princípio federativo, a separação dos Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico.

Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados “princípios sensíveis”, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros (art. 34, VII).

Assim, além destas normas de fácil identificação que são consideradas preceito fundamental pela doutrina constitucional, as demais normas dependerão de pronunciamento do STF, caso a caso, se configuram ou não preceito fundamental.

A Constituição Federal trouxe duas hipóteses de cabimento da ADPF. A lei 9.882/99 acrescentou uma terceira hipótese de cabimento da ADPF, chamada de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental por equiparação, sofrendo a lei grandes críticas, até mesmo sobre sua constitucionalidade, por ter o legislador infraconstitucional ampliado a competência do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade abstrato.

Convém ressaltar que ao prever a ADPF, o legislador constituinte não disse ser cabível contra lei ou ato normativo, mas sim contra atos do poder público, gerando uma maior amplitude do objeto da ADPF.

Das hipóteses previstas na Constituição, pode-se dizer que uma prevê uma tutela repressiva, ou seja, de reparação do dano provocado pelo descumprimento do preceito fundamental por ato do poder Público.

Inovação ocorre ao prever o constituinte a possibilidade da ADPF preventiva, ou seja, a possibilidade de evitar que o ato do Poder Público cause uma lesão efetiva. Ressalta-se que se trata de evitar a lesão, e não o ato do Poder Público em si, de forma que não é possível a propositura da ADPF contra projeto de lei em trâmite.

A hipótese trazida pela lei 9.882/99 cuida de situações em que há relevante controvérsia judicial sobre a matéria, tendo sido ampliado o objeto do controle de

constitucionalidade, prevendo o legislador o cabimento de ADPF contra lei ou ato normativo municipal ou anterior à Constituição Federal.

Deverá o autor da ADPF demonstrar a relevante controvérsia existente, cabendo a ele instruir a petição inicial com cópia das decisões conflitantes, para que reste demonstrada a necessidade de pronunciamento do STF a fim de garantir a segurança jurídica.

Admite-se na ADPF a concessão de medida liminar, para que sejam suspensos os processos que tem por objeto a matéria tratada na ADPF.

A ADPF, por tratar-se de controle abstrato, também possui efeitos *erga omnes* e vinculante ao Poder Público, bem como efeito *ex tunc*, que pode sofrer a modulação dos efeitos temporais, da mesma forma que ocorre na ADI.

3 A SENTENÇA COMO ATO DO PODER PÚBLICO

Em um primeiro momento pode parecer estranha a necessidade deste capítulo durante este estudo, aliás, não há dúvidas de que o Poder Judiciário é um Poder Público, portanto, seus atos são atos do Poder Público.

Porém, como já visto, a jurisdição constitucional se ocupa, no Brasil, basicamente do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, deixando descobertos de fiscalização atos políticos e não jurídicos do Poder Executivo e as sentenças, (aqui também incluídos os acórdãos e decisões monocráticas).

Ainda, as decisões judiciais não são apenas aplicadoras do direito, mas são criadoras de direitos em determinadas situações, como já foi dito no capítulo anterior, até pela consagração do princípio da inafastabilidade da jurisdição, em que deverá o magistrado decidir ainda que não haja um texto normativo que se coadune exatamente àquela situação.

Deste modo, poderá a sentença ser violadora de posições jurídicas subjetivas das partes e, não apenas a sentença, mas também as decisões interlocutórias, ao violar direito processual das partes durante a marcha do processo, o que levará a uma sentença inconstitucional, uma vez que está baseada em processo inconstitucional.

3.1 A Visão de Paulo Otero

Importante é o estudo de Paulo Otero sobre a coisa julgada inconstitucional, visto que é um doutrinador pioneiro no tema e é inegável a aproximação das origens do direito brasileiro com as origens do direito português, uma vez que nossas primeiras legislações vieram de Portugal e nossa primeira Constituição, que, apesar de outorgada, foi uma das mais avançadas de sua época, foi praticamente copiada na Constituição portuguesa de 1826.

Como já dito, ao passo que parece tão claro serem as decisões judiciais atos do Poder Público, isto parece ter sido esquecido com relação à criação de mecanismos de controle. Isto possui uma explicação histórica, trazida por Otero e que é necessário pincelar para entendimento do tema.

Durante a monarquia absolutista, todo o poder estava concentrado nas mãos do monarca, que não sofria nenhuma espécie de controle de seus atos, uma vez que tal controle seria, em verdade, inócuo, pois não havia como realizar o controle da legalidade de atos de quem poderia mudar a lei a seu bel-prazer.

Com a teoria da separação dos poderes e o início de sua aplicação, não coube aos tribunais qualquer controle dos atos administrativos, pois estava enraizada a ideia de que “julgar a Administração é ainda administrar” (Otero, 1993, p. 21).

Aconteceu, neste caso, como em regra ocorre quando se inicia uma nova ordem: a prática distorce a teoria em alguns pontos. Assim, os três poderes eram independentes, a ponto de não existir fiscalização de um sobre os atos do outro.

Conforme leciona Otero (1993, p. 24) foi somente a partir da consagração do princípio da legalidade nos atos públicos é que os atos da Administração passaram a ser submetidos ao controle do Poder Judiciário, uma vez que a fiscalização dizia respeito apenas à verificação da legalidade do ato, ainda que a execução da sentença fosse realizada pela própria administração.

Desta forma, surgiram diversos mecanismos de controle da legalidade e, posteriormente, da constitucionalidade dos atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, ficando agora este com o controle dos demais poderes em suas mãos, mas sem qualquer controle de seus atos.

Por ser o Poder Judiciário o guardião da Constituição e das leis, se tornou difícil pensar que tal órgão pudesse atuar em desacordo com a legislação, em afronta aos direitos das partes em litígio ou, até mesmo, de terceiros.

Mas, não se pode esquecer que “tal como sucede com os outros órgãos do poder público, também os tribunais podem desenvolver uma actividade geradora de situações patológicas, proferindo decisões que não executem a lei, desrespeitem os direitos individuais ou cujo conteúdo vá ao ponto de violar a Constituição” (Otero, 1993, p. 32).

Ora, as sentenças possuem sua força embasada exatamente no poder jurisdicional de que os magistrados estão revestidos. Assim, as sentenças são atos do Poder Público, ainda que resguardadas as peculiaridade do Poder Judiciário em relação aos demais poderes.

Ressalta Otero (1993, p. 33) que muitas vezes o Poder Judiciário é interprete da Constituição e das leis, que contém expressões abertas, o que pode gerar uma deturpação da vontade do legislador da aplicação da lei, sendo a Constituição o que o Poder Judiciário interpreta, e não necessariamente o que expressamente está dito.

A atuação do Judiciário como intérprete da Constituição, principalmente em alguns casos polêmicos como a união homoafetiva, em que o Judiciário é chamado a dar uma resposta à sociedade sem uma legislação específica, vem ganhando cada vez mais relevância e, de certa forma, cada vez mais uma pitada de autonomia em relação ao texto frio da Constituição.

Por fim, Otero (1993, p. 51) reconhece que haverá um problema a ser enfrentado: quem fiscalizará as decisões do Poder Judiciário e quem fiscalizará este fiscal?

Apresenta-se um problema que parece sem fim, sempre deveria existir um segundo órgão para fiscalizar a decisão do primeiro, e assim por diante. Mas, a questão posta é que mesmo as sentenças de primeiro grau não possuem um mecanismo de controle de constitucionalidade.

3.2 A Visão de Miguel Seabra Fagundes

Em sua obra “O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário”, Seabra Fagundes chama atenção para a diferenciação entre funções públicas e os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Os poderes executivo, legislativo e judiciário não realizam apenas funções que correspondem a suas denominações, ou seja, funções próprias, mas também funções

impróprias, de modo que o Poder Legislativo também realiza função administrativa quando, por exemplo, contrata seus funcionários.

Então, o autor divide os poderes em dois grupos, criador de direitos e concretizador de direitos. O Poder Legislativo é criador dos direitos, enquanto os Poderes Executivo e Judiciário são concretizadores dos direitos.

Destoa Fagundes da ideia de Kelsen em que conforme há a especificação do direito ocorre, em verdade, criação de direito. Fagundes entende que, ao especificar direitos e torná-los possível, os poderes executivo e judiciário podem “criar direito”, mas não “criar o direito”.

Criar direito significa, portanto, tirá-lo do campo do abstrato e fazer com que ele passe a existir materialmente, substancialmente. Assim, declarando uma sentença que determinada situação se amolda a uma previsão jurídica, estaria construindo o edifício do direito arquitetado pelo legislador.

Desta forma, Poder Executivo e Poder Judiciário muito se aproximam ao executar suas tarefas e suas funções, ainda que a um caiba administrar e a outro caiba julgar.

Em verdade, adote-se uma ou outra teoria, é possível tal aproximação para demonstrar quão próximos estão os atos de poderes distintos, sendo evidente que a sentença, instrumento utilizado pelo Poder Judiciário para realizar sua principal função, é um ato do Poder Público que poderá conter distorções do direito criado quer pelo legislador ordinário, quer pelo legislador constituinte.

Ainda que o Poder Judiciário exerça função atípica, como a de administrar, seus atos não estão isentos da observação da legalidade, quanto mais da constitucionalidade, por se tratar de ato do Poder Público, que deve respeitar a vontade coletiva transcrita na Constituição, que, principalmente, não pode ser alterada pelas cortes superiores ao interpretar a Constituição.

Da obra de Seabra Fagundes não restam dúvidas de que, assim como os atos dos Poderes Executivo e Legislativo, os atos do Poder Judiciário também são atos do Poder Público, inclusive se aproximando dos atos administrativos ao concretizar direitos.

Assim como os atos dos Poderes Executivo e Legislativo podem fugir da constitucionalidade e legalidade, os atos do Poder Judiciário também podem escapar do

cumprimento da Constituição e precisam de um controle, para que não haja arbitrariedade do Poder Judiciário ao julgar.

4 ESTUDOS SOBRE A COISA JULGADA

A coisa julgada é, sobretudo, uma opção política do legislador, no caso brasileiro, do legislador constitucional. O Código de Processo Civil brasileiro trata da coisa julgada e faz desse instituto um dos basilares do direito processual, seguindo a tradição do direito romano, em que já existia a coisa julgada, mas esta fazia com que desaparecesse o direito anterior ao processo e surgisse um novo direito.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXVI prevê que lei posterior não prejudicará a coisa julgada, fazendo desta um baluarte da segurança jurídica no âmbito das decisões do Poder Judiciário.

Não é inerente ao processo que haja a formação da coisa julgada. Poderia o legislador ter prestigiado sobremaneira a justiça nas decisões possibilitando o seu reexame a qualquer tempo. Porém, sopesou o legislador os valores e entendeu necessário dar maior destaque à coisa julgada e à segurança jurídica nas decisões, sem com isso refutar a justiça nas decisões.

Importantes doutrinadores desenvolveram suas ideias sobre o instituto da coisa julgada, e é necessário trazer à tona as ideias dos principais doutrinadores que influenciaram e influenciam o direito processual brasileiro.

Não se tem a pretensão de chegar às minúcias dos pensamentos desenvolvidos, nem criticar tais teorias, mas apenas demonstrar as principais ideias sobre a natureza jurídica do instituto, conceito sua base.

4.1 As Ideias de Chiovenda

As ideias de Chiovenda sobre a coisa julgada estão construídas sobre dois pilares: o bem da vida deduzido na pretensão do autor e a preclusão.

O autor volta ao que entendia o direito romano sobre a coisa julgada, enxergando além das teorias processualísticas, a razão social da coisa julgada, que é conferir segurança jurídica às relações julgadas.

Tal segurança jurídica não tem outra função senão a de garantir o gozo do bem jurídico conferido a uma das partes pela sentença, seja em favor do autor ao julgar procedente o pedido, seja em favor do réu ao julgar improcedente o pedido formulado pelo autor.

Podemos igualmente asseverar que a coisa julgada não é senão o *bem julgado*, o bem reconhecido ou desconhecido pelo juiz; e apenas substituímos a alternativa do texto romano (sentença de condenação ou de absolvição) pela alternativa mais abrangente (porque nela se compreendem também as sentenças declaratórias) de sentença de recebimento ou de rejeição. (CHIOVENDA, 2000, p. 447)

O processo então se destina a emanar a vontade da lei ao caso concreto, estabelecendo a sentença se a lei confere determinado direito ao autor ou ao réu, a fim de definir quem irá desfrutar do bem sem contestações e quem não mais irá poder reivindicá-lo.

Deste modo, não se pode admitir ser a coisa julgada uma “verdade formal”, uma vez que o fim a ser atingido não é o de declarar determinados fatos como verdadeiros ou não, bem como não passa em julgado a fundamentação da sentença em que o juiz desenvolve sua atividade interpretativa e intelectual para alcançar, o que é a finalidade da sentença, a vontade da lei, expressa no dispositivo da sentença, em que é determinado a quem a lei confere o bem da vida objeto da lide.

O juiz, portanto, enquanto razão, não representa o Estado; representa-o enquanto lhe afirma a vontade. A sentença é unicamente a afirmação ou a negação de uma vontade do Estado que garante a alguém um bem da vida no caso concreto; e só a isto se pode estender a autoridade do julgado; com a sentença só se consegue a certeza da existência de tal vontade e, pois, a incontestabilidade do bem reconhecido ou negado. (CHIOVENDA, 2000, p. 449).

Uma vez demonstrado o primeiro pilar de sustentação da coisa julgada na teoria de Chiovenda, passa-se ao segundo, a preclusão.

Uma vez preclusas todas as possibilidades de recursos, ou seja, quando não mais se pode questionar a sentença pelo decurso do prazo para oposição de recurso sem que se tenha agido, ou quando já foram esgotados os recursos possíveis, ocorrerá a coisa julgada formal, ou seja, a sentença será imune a impugnações.

Neste momento se consideram preclusas não apenas as questões suscitadas durante o processo pelas partes, mas também as que poderiam ter sido arguidas e não foram no momento oportuno, de modo que novo argumento jurídico não possa motivar a reanálise do caso, uma vez que a sentença já passou em julgado e o bem já foi atribuído a uma das partes que pode gozá-lo sem enfrentar contestações.

Preclusas, portanto, todas as questões propostas ou proponíveis, temos a coisa julgada, isto é, a afirmação indiscutível, e obrigatória para os juízes de todos os futuros processos, duma vontade concreta de lei, que reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes [...] A relação, portanto, entre coisa julgada e preclusão de questões pode assim formular-se: a coisa julgada é um bem da vida reconhecido ou negado pelo juiz; a preclusão de questões é o expediente de que se serve o direito para garantir o vencedor no gozo do resultado do processo (ou seja, o gozo do bem reconhecido ao autor vitorioso, a liberação adversária ao réu vencedor) (CHIOVENDA, 2000, p. 452).

Apesar de intimamente ligadas, preclusão e coisa julgada não se confundem, mas esta se opera através daquela. A coisa julgada material apenas se alcança se formada a coisa julgada formal.

Como já dito, a coisa julgada formal consiste em não mais poder ser questionada a decisão do magistrado sobre a lide. A coisa julgada material visa a produzir seus efeitos em relação a processos futuros, de modo que não sobrevenha decisão contraditória à primeira.

Surge, então, um instituto da exceção da coisa julgada, em que em processo futuros, a parte possa alegar que tal matéria já foi julgada, a fim de evitar novo julgamento. Não se fala em evitar julgamento contraditório, mas em obstar novo julgamento sobre aquele mérito, sendo este o efeito negativo da coisa julgada.

Por outro lado, há o efeito positivo da coisa julgada, em que todos os juízes são obrigados a reconhecer que há julgamento sobre determinada questão em processos futuros, ainda que neste se trate de questão incidente.

Finalizando, a coisa julgada não dependerá do resultado da lide para produzir seus efeitos: da maneira em que for julgada e transitar em julgado, assim estará posta a sentença que não será modificável, seja pelo interesse do autor ou do réu.

4.2 As Ideias de Carnelutti

Primeiramente, o doutrinador italiano apresenta traços da natureza jurídica da decisão judicial, para que possa ser bem compreendida em que consiste a coisa julgada em sua visão.

Estabelece, então, dois pontos: a decisão judicial é um juízo, mas também é um comando. Ora, a sentença traduz o juízo do magistrado em relação à lide existente entre as partes, orientado pelo direito vigente e provas produzidas nos autos.

Mas, a decisão judicial também se apresenta como um comando, como uma declaração que vincula as partes. A força vinculante da sentença é atribuída ao magistrado pelo próprio legislador, mas cabe àquele decidir a questão posta em juízo.

Mas se a decisão é um juízo, não é apenas um juízo. Quem quiser se convencer disso, compare o juízo do juiz com o do consultor: entre os dois medeia a diferença que o segundo deixa em liberdade o interessado acerca da conduta a seguir, enquanto que o primeiro o vincula ou obriga. (CARNELUTTI, 2000, p. 409).

Desta decisão mandado e juízo, Carnelutti distingue duas espécies de eficácia, uma endoprocessual e outra extraprocessual. A eficácia endoprocessual o doutrinador chamou de imperatividade. Já a eficácia extraprocessual foi chamada de imutabilidade.

A imperatividade da decisão é chamada também coisa julgada, em vez de autoridade de coisa julgada, como afirma a lei (arts. 1350 e 1351 do Código Civil), porque a teor da observação feita no nº 93, a expressão “coisa julgada” refere-se tanto ao ato quanto ao efeito de decidir. Sem embargo, como a eficácia da sentença não é unicamente esta de ser imperativa e também sua outra espécie de eficácia se chama assim, é necessário distinguir, mediante um atributo, as duas espécies de eficácia, ou seja, uma e outra coisa julgada. Esta distinção se consegue contrapondo a coisa julgada material à coisa julgada *formal* (infra nº 104), a imperatividade da decisão representa, exatamente, a coisa julgada material. (CANELUTTI, 2000, p. 414/415).

Para Carnelutti, a imutabilidade da decisão (coisa julgada formal) não é requisito para a sua imperatividade (coisa julgada material), pois pela possibilidade de inúmeros recursos, há maior contribuição à justiça na decisão se o litígio for julgado e esse julgamento for imperativo desde logo do que deixá-lo sem solução por mais tempo.

Eis aqui por que, coisa julgada material e coisa julgada formal, não são, em minha opinião, duas faces mas duas fases do julgamento até o ponto em que pode haver imperatividade sem imutabilidade e ainda antes desta. Isto não exclui que, praticamente, a eficácia da sentença imperativa e, portanto, o benefício que dela deriva para a composição do litígio, seja tão menor quanto maiores forem as possibilidades de sua mudança. (CARNELUTTI, 2000, p. 426).

Enquanto a lei pode ser alterada pelo legislador, pontua Carnelutti que o mandado do magistrado deve ser imutável. Tal imutabilidade, por impedir nova decisão, é chamada de coisa julgada formal, por ser a “eficácia processual da decisão”.

Desta forma, relaciona-se a coisa julgada formal a um efeito preclusivo da coisa julgada, pois impede novo julgamento sobre o mérito de um processo já resolvido. Não podendo mais ser alvo de impugnações, a sentença terá se tornado “firme”.

Há na formação da coisa julgada um equilíbrio entre a necessidade de justiça nas decisões e segurança jurídica. Isto porque prevê o sistema processual uma série de recursos que possibilitam a reanálise do mérito e verificação da justiça na decisão proferida.

Por outro lado, em determinado momento são esgotadas as possibilidades de recurso, ou a parte se abstém de impugnar a decisão, tornando-a, então, firme, tendo sido superado o problema da justiça nas decisões.

4.3 As Ideias de Eduardo Couture

Eduardo Couture, conhecido doutrinador uruguaio, também merece ter seus principais pensamentos sobre a coisa julgada destacados neste trabalho. Inicialmente, destaca-se que coisa julgada não deve ser entendida a partir da semântica literal destes termos, mas do instituto existente há muito no direito.

Tratando, pues, de definir el concepto jurídico de cosa juzgada, luego de tantas advertências preliminares, podemos decir que *es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla.*(COUTURE, 1997, p. 401).

Ainda nas denominações, mas correto é chamar-se autoridade da coisa julgada, para explicitar que a coisa julgada não é um efeito, da sentença, mas um atributo do ato emanado do Poder Judiciário, com caráter de definitividade.

Ademais, complementando o conceito de coisa julgada, incorpora-se uma pitada de eficácia, dividida em três vertentes: a inimpugnabilidade, a imutabilidade e a coercibilidade.

No entendimento de Couture (1997, p. 402), por não poder ser a matéria já discutida e abarcada por uma sentença transitada em julgado novamente discutida em um novo processo, possui a coisa julgada o caráter de inimpugnabilidade, podendo a coisa julgada ser matéria de exceção em processo futuro.

Enquanto a coercibilidade se relaciona à possibilidade de execução do título produzido pela sentença transitada em julgado, a imutabilidade significa que não é possível alterar os termos daquela sentença transitada em julgado, não podendo ela ser objeto de recursos.

Assim, a inimpugnabilidade consiste em não poder ser a matéria da sentença transitada em julgado objeto de novo processo, enquanto a imutabilidade consiste em não poder ser a sentença transitada em julgado modificada, através de recurso, por instância superior.

Ao tratar da natureza da coisa julgada, Couture (1997, p. 405/407) rompe a ideia de que a coisa julgada é um instituto de direito natural, afirmando, ao contrário, que a coisa julgada é a vitória da segurança na luta contra a verdade, sendo que esta sim é inerente ao direito.

De tal forma, a coisa julgada é uma escolha política e prática, a fim de impedir que, a cada descobrimento de nova prova, se renove o julgamento, gerando uma crise de certeza. Deste modo conclui: “La cosa juzgada es, em resumen, una exigencia política y no propriamente jurídica: no es de razón natural, sino de exigencia práctica.” (COUTURE, 1997, p. 407).

A ligação entre processo e coisa julgada é a de meio e fim, em que o processo é o instrumento para se atingir a coisa julgada, de modo que se não houver coisa julgada, ter-se-á apenas procedimentos, ou o processo ainda não chegou ao seu fim, conforme o pensamento de Eduardo Couture (1997, p. 411/412).

Enfrentando a última questão posta pela doutrina sobre a natureza da coisa julgada, Couture (1997, p. 412) entende que a coisa julgada não é exatamente o mesmo direito que existia antes do processo, apenas declarado pela sentença. Também não entende que é um novo direito, criado pela sentença. Mas, a coisa julgada é o direito existente antes do processo, transmutado durante este, para que lhe sejam somados os atributos da coisa julgada, quais sejam, inimpugnabilidade, imodificabilidade e coercibilidade.

4.4 As ideias de Liebman

O estudo das ideias de Enrico Tullio Liebman sobre qualquer assunto que esteja abarcado pelo processo civil se mostra de grande importância no Brasil, uma vez que seu entendimento orientou, em muitos pontos, o legislador processual brasileiro e tal doutrinador pode ser chamado de pai da escola paulista de processo, de onde emergiram muitos dos primeiros grandes processualistas brasileiros.

O cerne do pensamento de Liebman sobre a coisa julgada está em retirá-la do âmbito da eficácia da sentença, não confundindo a autoridade da coisa julgada com os efeitos naturais da sentença.

“[...] a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias das sentenças.” (LIEBMAN, 2007, p. 06).

Inicialmente, Liebman refuta que seja a coisa julgada equivalente apenas ao efeito declarativo da sentença, por reconhecer que é possível que haja coisa julgada também em sentenças constitutivas, pois, uma vez identificada a coisa julgada com a declaração da sentença, estaria a entendendo como um efeito da sentença.

Pode-se assim reconhecer que uma declaração destituída de autoridade da coisa julgada é para quem a obteve pouco menor que inútil (embora a existência de atos de declaração não contidos na sentença, mas, por exemplo, em ato administrativo, diminua a força desta observação); e não é improvável que a própria figura da sentença declaratória esteja ligada ao instituto da coisa julgada, e que, se este viesse a desaparecer, também aquela faltaria.

Contudo, estas considerações práticas não tiram nenhum valor, do ponto de vista lógico, à observação há pouco assinalada, nem à afirmação de que, na realidade, a declaração contida na sentença faz derivar a sua força obrigatória, ou, mais genericamente, a sua eficácia jurídica, da natureza imperativa e “autoritativa” do ato que a produz, nem mais nem menos do que advém pela mudança da relação jurídica produzida pela sentença constitutiva, ou pelo título executório oriundo da sentença condenatória. Uma coisa é distinguir os efeitos da sentença segundo sua natureza declaratória ou constitutiva, outra é verificar se eles produzem de modo mais ou menor perene e imutável. De fato, todos os efeitos possíveis da sentença (declaratório, constitutivo, executório) podem, de igual modo, imaginar-se, pelo menos em sentido puramente hipotético, produzidos independentemente da autoridade da coisa julgada, sem que por isso se lhe desnature a essência. A coisa julgada é qualquer coisa mais que se ajunta para aumentar-lhes a estabilidade, e isso vale igualmente para todos os efeitos possíveis das sentenças. (LIEBMAN, 2007, p. 23).

Os efeitos naturais da sentença são eficazes desde a prolação da sentença, independente de terem maior ou menor imutabilidade conferida ou não pela autoridade da coisa julgada.

Para demonstrar que não é a autoridade da coisa julgada que confere eficácia à sentença, o doutrinador italiano usa não apenas as situações em que é possível a execução provisória, mas também quando, uma vez esgotados os recursos ordinários e pendente recurso extraordinário, pode a sentença ser executada, independente de ter passado em julgado.

Desta forma, a autoridade da coisa julgada é entendida como uma qualidade que é adicionada aos efeitos naturais da sentença, lhes conferindo maior estabilidade, uma vez que a coisa julgada impede o reexame do caso, mantidas as mesmas situações.

Ao distinguir a eficácia jurídica da sentença da autoridade da coisa julgada, Liebman usa a separação formulada por Carnelutti entre a imutabilidade e a imperatividade, questão já abordada neste trabalho.

Assim, nas palavras de Liebman (2007, p. 41):

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

Mesmo podendo a sentença com autoridade da coisa julgada ser oposta em outro processo, para que tal matéria não seja novamente discutida e julgada, inclusive contraditoriamente, não admite Liebman que a autoridade da coisa julgada seja reconhecida como um efeito autônomo da sentença.

Isto porque, em verdade, a autoridade da coisa julgada faz com que a sentença possa ser apresentada em qualquer situação rotineira, em processo futuro, em um contrato, ou em algum outro ato do Poder Público, que deverá respeitar a vontade da lei individualizada naquele caso.

Aceita Liebman que haja uma nova sentença e esta também tenha autoridade da coisa julgada em relações continuadas, como a prestação de alimentos, sem que haja qualquer afronta aos princípios da autoridade da coisa julgada. Isto porque todas as sentenças conteriam a cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, julgam conforme a situação lhe é posta naquele momento. O que difere, em verdade, é o tipo de relação posta sob julgamento. Se permanecerem inalteradas as circunstâncias, a autoridade da coisa julgada impede o reexame do caso, mas, uma vez modificada a situação, é *possível* que seja proferida nova sentença, pois se estará analisando uma situação diferente da primeira.

Concluindo seu pensamento a fim de conceituar a autoridade da coisa julgada, Liebman afirma ser a sentença um *comando* individualizado da interpretação da lei para aquele caso específico. Tal comando não é apenas imutável, o que impede o reexame através de recursos, por uma instância superior.

O comando também adquire *definitividade* conferida pela coisa julgada, de modo a impedir que o caso seja reanalisado em outro processo e sobre ele emitida nova sentença contendo *comando* diverso.

Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a *definitividade* e intangibilidade do ato que pronuncia o *comando*; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato. (LIEBMAN, 2007, p. 51).

Deste modo, a autoridade da coisa julgada tem a função de conferir imutabilidade aos efeitos da sentença, com eles não se confundindo e de impedir um novo julgamento contrário à sentença precedente.

Em relação à distinção entre coisa julgada formal e material, o doutrinador italiano admite sua diferenciação, mas confere a ela menor importância, uma vez que “indica, pois, a coisa julgada formal a imutabilidade da sentença como ato processual, e a coisa julgada substancial indicada a mesma imutabilidade, em relação ao seu conteúdo e mormente aos seus efeitos.” (LIEBMAN, 2007, p. 55)

Com efeito, não entende que as sentenças que não julguem o mérito não produzam coisa julgada material. O que se altera entre sentenças definitivas e terminativas é o comando contido na sentença, o que faz com que as definitivas irradiem efeitos extraprocessuais, enquanto o comando contido nas sentenças terminativas não importem para relações jurídicas posteriores, contendo, ambas, autoridade da coisa julgada formal e material.

5 CONTEÚDO DA COISA JULGADA

Expostos os pensamentos de grandes doutrinadores processualistas sobre a conceituação da coisa julgada, percebe-se que não há entre eles consenso sobre o tema. A escola paulista de processo se fundou nas ideias de Liebman, o que fez com que esse doutrinador fornecesse o fundamento para o Código de Processo Civil vigente.

Desta forma, deve-se destacar que, para o direito brasileiro, o termo mais correto para o que se diz coisa julgada seria autoridade da coisa julgada. Segundo, a autoridade da coisa julgada não se confunde com a eficácia da sentença ou seus efeitos, mas é a qualidade da imutabilidade que se agrega aos efeitos da sentença.

Vem à tona, então, a lição de José Carlos Barbosa Moreira, que se distancia ligeiramente da visão de Liebman, pois não entende ser a autoridade da coisa julgada a imutabilidade dos efeitos da sentença, mas sim a imutabilidade da própria sentença.

Na visão de Barbosa Moreira (1971, p. 144), Liebman ainda não consegue se desvencilhar por completo da relação entre coisa julgada e eficácia da sentença, por atribuir a imutabilidade conferida pela autoridade da coisa julgada justamente aos efeitos desta.

Assim, partindo da *res judicata* do direito romano, relaciona Barbosa Moreira (1971, p. 146) a coisa julgada em si com uma situação jurídica que passa a existir após o trânsito em julgado (questão temporal), adquirindo a sentença, em tal situação, a imutabilidade, sem com esta confundir-se a coisa julgada, mas sim a sua autoridade.

Isto posto, apesar de variações conceituais, o que mais importa neste estudo é que a autoridade da coisa julgada não está ligada à eficácia da sentença, mas sim à sua imutabilidade. Imutabilidade esta existente a partir do trânsito em julgado, momento definido pelo legislador em que a sentença assumirá a qualidade especial de imutável.

Cabe agora distinguir as vertentes da coisa julgada formal e da coisa julgada material e outros pontos relevantes do tema.

5.1 Coisa Julgada Formal e Coisa Julgada Material

Primeiramente, convém estabelecer o que é o chamado trânsito em julgado de uma decisão judicial. O trânsito em julgado é a questão temporal para a existência da coisa julgada.

O legislador pátrio estabeleceu que o trânsito em julgado é o momento em aquela decisão judicial não pode mais ser impugnada dentro do processo. Isto pode acontecer por uma via positiva, ou seja, o esgotamento dos recursos cabíveis, ou por uma via negativa, conformação das partes com a sentença proferida de modo a escoar o prazo recursal sem a impugnação da decisão.

Assim, sentença transitada em julgado (também é comum a expressão passada em julgado) é aquela sentença que não mais pode ser impugnada, pois atravessou o momento em que o legislador definiu para o trânsito em julgado.

Posto isto, passa-se à coisa julgada formal e material.

Diferentemente da voz de Carnelutti, que relacionava a coisa julgada formal à imutabilidade da sentença e coisa julgada material à sua imperatividade, vigora que tanto a coisa julgada formal quanto a coisa julgada material se referem à imutabilidade, imutabilidade com limites diferentes, intensidades diferentes.

Todas as decisões judiciais serão revestidas pela coisa julgada formal, enquanto nem todas as decisões judiciais serão revestidas pela coisa julgada material.

A coisa julgada formal é também chamada de preclusão máxima, pois basta que a decisão transite em julgado que a coisa julgada formal estará formada, não exigindo outros requisitos para que ocorra.

A coisa julgada formal tem o próprio processo como seu limite, ou seja, a imutabilidade da decisão mantém naquele processo seus efeitos, como ondas produzidas pela agitação da água em um recipiente, que tem o próprio recipiente como seu limitador.

Por outro lado, a coisa julgada material irradia seus efeitos dentro e fora do processo em que foi dado o pronunciamento judicial.

Para que haja a coisa julgada material, é preciso que a sentença transite em julgado, ou seja, que ocorra a coisa julgada formal, que, presente outro elemento da coisa julgada material, ocorrerão simultaneamente.

Aqui, a imutabilidade e indiscutibilidade da decisão fazem com que, não somente no processo em que houve o pronunciamento, mas nos futuros, aquela questão posta em litígio e julgada pelo magistrado não seja mais alterada e sequer discutida.

O que faz com que a decisão seja acobertada pela coisa julgada material (e, portanto, também a coisa julgada formal) ou apenas pela coisa julgada formal é o seu conteúdo.

As sentenças terminativas, aquelas que extinguem o processo sem resolução de mérito, apenas fazem coisa julgada formal. Isto porque a lide não foi solucionada, de forma que o magistrado decidiu devido a questões processuais, podendo a ação ser reproposta para que enfim a lide seja resolvida, desde que corrigidos eventuais vícios que levaram à extinção do processo sem julgamento de mérito.

Quando houver julgamento do processo com resolução de mérito (artigo 269, CPC), então haverá a coisa julgada material, impedindo a rediscussão da lide no mesmo processo e impedindo que seja dado novo pronunciamento com o mesmo objeto.

Cabe neste ponto tratar do artigo 474 do Código de Processo Civil, que traz a chamada questão do “deduzido ou deduzível”. Isto significa que tanto as matérias que podem ser alegadas pelo autor em determinada demanda como as matérias de defesa que podem ser arguidas nesta demanda estarão preclusas com o julgamento, ainda que tais matérias não tenham sido levantadas pelas partes.

Assim, o que o sistema do Código deixa bem evidenciado é que, mesmo não incidindo a coisa julgada sobre os motivos da sentença, não poderão eles ser invocados para, em novas demandas, ou em decisões supervenientes no mesmo processo, provocar a modificação ou frustração daquilo que se acha sob a autoridade da *res iudicata*. Nem mesmo alegações e defesas que, se usadas a seu tempo, modificariam o julgamento da causa podem ulteriormente fundamentar decisões em detrimento daquilo que logrou alcançar o *status* de coisa julgada. (THEODORO JUNIOR, 2011, p. 559).

Esta previsão visa a impedir que haja ofensa mascarada à coisa julgada, mediante a não exposição de todos os fatos já conhecidos e todos os argumentos que

poderiam ser levantados. Ao julgar, estará o magistrado julgando a lide posta, não podendo esta ser renovada, ainda que em alguns casos não pareça haver correlação imediata.

5.2 Limites Objetivos e Limites Subjetivos da Coisa Julgada

Os limites objetivos da coisa julgada definem qual a parte do pronunciamento será coberta pela imutabilidade e indiscutibilidade através da coisa julgada. Já os limites subjetivos dizem respeito aos sujeitos que serão atingidos pela coisa julgada.

Os artigos 469 e 470 do Código de Processo Civil tratam dos limites objetivos da coisa julgada, trazendo o primeiro aquilo que não fará coisa julgada, cabendo aqui reproduzi-lo:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

- I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
- II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;
- III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

A sentença é dividida classicamente em três partes: relatório, fundamentação e dispositivo. No relatório apenas está exposto o desenrolar do processo, as teses levantadas e provas produzidas. Na fundamentação o juiz exporá as suas razões de decidir, o seu raciocínio para chegar a determinada solução, a valoração das provas, o acolhimento ou rejeição das teses levantadas e a solução de questões prejudiciais. Por fim, o dispositivo conterà efetivamente a solução dada pelo magistrado à lide.

Pois bem. Não há interesse em acobertar o relatório com a coisa julgada, uma vez que este sequer é objeto de impugnações, por apenas demonstrar as principais ocorrências durante o processo.

Por outro lado, a questão se coloca em fazer coisa julgada a fundamentação e o dispositivo da sentença ou apenas o dispositivo? Da leitura do artigo acima transcrito infere-se que a coisa julgada apenas tornará imutável o dispositivo da sentença.

Isto porque é no dispositivo que o juiz realmente julga a lide, soluciona o litígio posto em análise. Como dito no segundo capítulo deste trabalho, a sentença é individualização da norma geral criada pelo legislador e é o dispositivo da sentença que contém essa norma individualizada.

Tanto o é que o artigo 470⁴, CPC estabelece que a coisa julgada apenas operará em relação a questão prejudicial discutida no processo se a parte o requerer, o que acontece através da ação declaratória incidental, que transportará para o dispositivo da sentença a solução da questão prejudicial.

Temos aqui um ponto de contato da “coisa julgada atual” com a *res judicata*⁵ dos romanos. No direito romano, o que se ressaltava da *res judicata* era justamente a situação de ter sido o objeto do litígio apreciado e julgado. Enquanto isso, na questão dos limites objetivos, opera-se a coisa julgada na parte da sentença em que há o efetivo julgamento, e não a exposição da atividade cognoscível que levou o magistrado ao julgamento.

Há relação entre o abrangido pela coisa julgada material e a teoria dos capítulos da sentença, desenvolvida por Cândido Rangel Dinamarco. Tal teoria se refere aos capítulos decisórios da sentença, que estão definidos justamente no dispositivo da sentença.

Cada capítulo decisório, quer todos de mérito, quer heterogêneos, é uma unidade elementar autônoma, no sentido de que cada um deles expressa uma deliberação específica; cada uma dessas deliberações é distinta das contidas nos demais capítulos e resulta da verificação de pressupostos próprios, que não se confundem com os pressupostos das outras. Nesse plano, a autonomia dos diversos capítulos de sentença revela apenas uma distinção funcional entre eles, sem que necessariamente todos sejam portadores de aptidão a constituir objeto de julgamentos separados, em processos distintos e mediante mais de uma sentença [...] (DINAMARCO, 2008, p. 34).

Caminham sempre juntos os capítulos decisórios que dizem respeito ao pedido mediato e ao pedido imediato, mas podem ser absolutamente cingidos quando se tem mais de um pedido mediato na mesma demanda.

⁴ Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

⁵ Entre os romanos, o particípio *iudicata* qualificava o substantivo *res*, para indicar, em relação a este, a situação particular que advinha de já se ter proferido o julgamento (1) - tal como a expressão *in iudicium deducta* qualificava a *res* submetida ao conhecimento do juiz, mas ainda não julgada. Mas, tanto na locução *res in iudicium deducta*, como na outra, *res iudicata*, o elemento que ressaltava era uma substância, algo que se punha como o objeto da atividade cognitiva judicial - visto, ali, de um ângulo anterior e, aqui, de um ângulo posterior à prolação da sentença. (MOREIRA, 1971, p. 133/134).

Opera a coisa julgada sobre todos os capítulos da sentença, mas se trata de uma cobertura particularizada a cada capítulo, apesar de formar um todo contínuo. Desta forma, havendo capítulos sobre o qual a sentença não foi impugnada, haveria coisa julgada sobre determinado capítulo antes do trânsito em julgado de outro capítulo.

Porém, este entendimento é apenas utilizado na justiça do trabalho, em que o Tribunal Superior do Trabalho já o explicitou através da súmula 100, não sendo o entendimento aplicável pelo Superior Tribunal de Justiça, por uma questão de utilidade.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO DO RECURSO DO SERVIDOR. AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA DO DIREITO DE OBTER A RESCISÃO DO JULGADO INTERPOSTO PELA ORA AGRAVANTE.

1. A agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o termo inicial para ajuizamento de ação rescisória se inicia com o trânsito em julgado material, o qual somente ocorre quando esgotada a possibilidade de interposição de qualquer recurso, sendo incabível o trânsito em julgado de capítulos da sentença ou do acórdão em momentos diversos. (EREsp 404.777/DF, Rel. Min. Fontes de Alencar, Rel. p/ acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 11/4/2005).

3. Da análise dos autos, depreende-se que o trânsito em julgado da última decisão ocorreu em 28.4.99 e que a presente ação foi ajuizada somente em 11.5.01, ou seja, após o prazo legal de dois anos. Assim, claro está que ocorreu a decadência do direito de obter a rescisão do julgado.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1056694/RS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 27/02/2012)

Há que se ressaltar um ponto. A coisa julgada material opera sobre o dispositivo da sentença, porém isso ocorre “enquanto as circunstâncias (fáticas e jurídicas) da causa permanecerem as mesmas, *inseridas que estão na causa de pedir da ação*” (MARINONI, 2007, p. 656).

Isto leva a duas situações. A primeira é que o mesmo pedido pode ser refeito, desde que baseado em circunstâncias diversas do primeiro pedido e essas circunstâncias não existiam ao tempo da primeira demanda⁶.

A segunda situação é que não poderá ser proposta nova ação com base nas mesmas circunstâncias, que não foram totalmente exploradas na causa de pedir da ação já

⁶ Por exemplo, A propõe uma ação de indenização por danos morais contra B, que é julgada procedente. Tempos depois, B pratica atos que realmente provocam dano moral em A, podendo este propor nova ação de indenização.

julgada, ou seja, não será admitido novo processo em que a lide é a mesma já transitada em julgado, apenas maquiada⁷. É o que se depreende do artigo 474 do Código de Processo Civil, que é chamado por alguns doutrinadores de princípio do deduzido e dedutível ou eficácia preclusiva da coisa julgada, já tratado acima.

Surgem discussões na doutrina sobre a possibilidade e conveniência da fundamentação da sentença também ser acobertada pela coisa julgada, ponto que será abordado no próximo tópico.

Passa-se ao exame dos limites subjetivos da coisa julgada, regulamentados no Código de Processo Civil no artigo 472.

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Tem-se então algumas possibilidades quanto aos limites subjetivos: em regra, a coisa julgada atinge os litigantes; em situações específicas, a coisa julgada pode atingir terceiros interessados no processo e, por fim, pode a coisa julgada surtir efeitos *erga omnes*.

Para melhor entendimento dos limites subjetivos da coisa julgada é necessário retornar ao que é a coisa julgada, principalmente na visão de Liebman, que orientou o código de processo civil de 1973.

Lembre-se que a coisa julgada não é um efeito da sentença, mas uma qualidade especial que se agrega aos efeitos da sentença. Portanto, é preciso distinguir entre o alcance dos efeitos da sentença e o alcance da coisa julgada.

É claro que, se a sentença não produz para as partes o efeito da coisa julgada, não poderá tampouco estender aos terceiros os afirmados efeitos reflexos da coisa julgada. A eficácia da sentença não produz - já se viu - consistente propriamente na emanção de um comando, que declara ou modifica as relações jurídicas ou condena o devedor; se se produz essa eficácia também para os terceiros, é coisa que se examinará a seu tempo. A coisa julgada, contudo, assim como não é para as partes um efeito da sentença, *a fortiori* não pode sê-lo para os terceiros, nem por via direta nem por via reflexa. (LIEBMAN, 2007, p. 85)

⁷ Após o julgamento de procedência de uma ação reivindicatória promovida por C contra D, não poderá D ingressar com uma ação de usucapião do imóvel em questão, não tendo arguido tal questão na ação reivindicatória.

Os efeitos da sentença, em regra, também não podem extrapolar o limite dos litigantes, estando essa limitação ligada a princípios processuais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Ora, estender a alguém que não participou do processo, que não teve dele conhecimento e oportunidade de se defender seria violar os princípios já mencionados.

O que muito já se debateu na doutrina é sobre os efeitos reflexos da coisa julgada. Trata-se, em verdade, de efeitos reflexos da sentença, o que não é objeto deste estudo. Isto é, o ponto sob luzes não trata de casos em que a execução de uma sentença condenatória, atingindo apenas os bens de um cônjuge, possa reverberar e atingir indiretamente os demais membros da família. A questão é que não poderá os bens dos demais familiares responder pela condenação devido a uma dívida particular de apenas um, por exemplo.

Em casos expressos pela lei, poderá a coisa julgada atingir terceiros. É o caso do litisconsórcio unitário, em que se apenas um litisconsorte participar o processo, os efeitos da coisa julgada também recairão sobre os demais.

Por fim, é possível que a coisa julgada surta efeitos *erga omnes*, como no caso de ações do controle de constitucionalidade concentrado, como já explicado no segundo capítulo deste trabalho.

Ressalte-se, isso ocorre apenas em casos expressos pelo legislador, e não por variar a teoria dos limites da coisa julgada em situações casuísticas.

5.3 Efeito Positivo e Negativo da Coisa Julgada

As partes, ao debaterem em juízo, legitimam a decisão do magistrado que os obriga. A obrigatoriedade da decisão não provém da coisa julgada, mas da própria jurisdição. Necessário se faz fixar esta ideia para que não se confunda o efeito positivo e o efeito negativo da coisa julgada com a sua eficácia e obrigatoriedade.

Por atribuir aos efeitos do pronunciamento a imutabilidade e indiscutibilidade, a doutrina distingue como efeitos da coisa julgada duas situações que surgirão. Efeitos da coisa julgada e tratar a coisa julgada como efeito da sentença não se confundem.

Primeiro, tem-se como efeito negativo a proibição de rediscussão da lide, cuja sentença já transitou em julgado. Isto é, as partes não poderão simplesmente ignorar tal pronunciamento e propor novamente a mesma demanda.

“Por sua vez, a chamada função negativa da coisa julgada captura o instituto como pressuposto processual negativo, isto é, como um fato impeditivo de rediscussão por qualquer órgão jurisdicional ou pelas próprias partes.” (BUENO, 2011, p. 427).

Se proposta nova ação, esta não deverá ser julgada no mérito novamente, ainda que o entendimento do magistrado sobre a lide fosse no mesmo sentido da sentença já transitada em julgado.

O efeito positivo implica na obrigatoriedade de reconhecimento daquela questão já decidida e transitada em julgada em novo processo em que esta questão não fosse a principal, mas incidente.

Não poderá o magistrado reanalisar a questão já julgada, mas deverá observá-la como ponto já resolvido, como questão que já tem certa sua solução.

5.4 A Transcendência dos Motivos Determinantes da Sentença

Discussão que ganha cada vez mais vulto é a que envolve a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença, principalmente após o julgamento pelo STF dos casos Mira Estrela e possibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos, em que tal teoria seria aplicada também ao controle difuso.

Como já dito, a regra processual é que faz coisa julgada apenas o dispositivo da sentença, servindo a exposição de motivos do processo cognitivo do juiz para melhor entender o dispositivo e até a sua abrangência. Ademais, é a fundamentação que também permitirá embasar recurso contra tal pronunciamento judicial.

Quando se trata de ações civis, penais e administrativas, cada fato que não houver conexão será julgado separadamente, até porque há uma análise casuística, sendo possível que determinada situação se repita e sejam propostas diversas ações. Por exemplo, caso um devedor tenha vários credores, um agente pratique diversos crimes sem que haja qualquer concurso, a administração de um município realiza diversas licitações com irregularidades.

Porém, voltam-se os olhos para o controle de constitucionalidade e a visão que se terá será diferente. Principalmente quando se trata do controle concentrado de constitucionalidade é realizada a análise abstrata da lei ou ato normativo frente à Constituição, excluindo-se a casuística que permeia as demais ações.

Como regra, também nas ações do controle concentrado de constitucionalidade a coisa julgada apenas se opera em relação ao dispositivo do acórdão proferido, servindo a fundamentação de orientação do que faz com que tal lei ou ato normativo seja inconstitucional.

O que se tutela nessas ações é a ordem jurídica, o Estado Democrático de Direito, direitos fundamentais, enfim, bens que não devem sofrer constantes e repetidas violações pelo Estado.

Acobertando a coisa julgada apenas o dispositivo da decisão que julga inconstitucional determinada lei ou ato normativo, expresso no dispositivo da decisão, poderia o Poder Público praticar novo ato violador da Constituição.

Explicitando a vinculação dos fundamentos das decisões de inconstitucionalidade pelo STF, tem-se alguns julgados deste tribunal, dos quais se pinça a ementa de uma reclamação que bem ilustra o entendimento.

E M E N T A: RECLAMAÇÃO. 2. Seqüestro de recursos do Município de Capitão Poço. Débitos trabalhistas. 3. Afronta à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. 4. Admissão de seqüestro de verbas públicas somente na hipótese de quebra da ordem cronológica. Não equiparação às situações de não-inclusão da despesa no Orçamento. 5. Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. 6. Eficácia que transcende o caso singular. 7. Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão. 8. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1662. 9. Reclamação que se julga procedente. (Reclamação 2363/PA; relator Min. Gilmar Mendes, j. 23/10/2003).

Necessário se faz, porém, definir o que são os motivos determinantes da decisão que também terão força vinculante. Os fundamentos da decisão podem ser divididos em dois grupos, motivos determinantes e motivos secundários.

Para solucionar tal questão, a doutrina e a jurisprudência do Pretório Excelso sugerem sejam separados os fundamentos da decisão em duas espécies: a) Os motivos determinantes da deliberação (*ratio decidendi* ou *tragende Gründe*), os quais incluem as principais razões jurídicas pelas quais se concluiu pela (in)validade de determinado dispositivo. E, b) os motivos secundários (*obiter dictum*), ditos apenas de passagem para embasar as teses principais, esclarecer os assuntos tratados ou delimitar as especificidades do caso julgado. (ZANON JUNIOR, 2008, s.p).

Dessa forma, apenas os motivos determinantes, principais, sem os quais a decisão careceria de parte de fundamentação é que irão ter força vinculante, juntamente com o dispositivo da decisão.

Poder Executivo e Poder Judiciário, que por força do artigo 102, § 2º da Constituição são vinculados às decisões de inconstitucionalidade do STF, também o serão aos motivos determinantes da decisão, de forma a não aplicar norma ou ato administrativo que também viole a Constituição na forma como explicitada nos motivos da declaração de inconstitucionalidade.

Há, portanto, uma proteção mais ampla aos preceitos constitucionais do que apenas a retirada do ordenamento de determinada lei inconstitucional ou de ato normativo que igualmente o seja declarados no dispositivo da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Tal teoria também vem ganhando força em sede de controle difuso de constitucionalidade, tendo em vista questões como o princípio da supremacia da Constituição e que sua aplicação deve se dar de forma igualitária entre os jurisdicionados.

Tem-se, por exemplo, o julgado do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade sobre a possibilidade de progressão de regime de pena nos crimes hediondos.

Tal situação não é prevista pela Constituição Federal nem pela legislação infraconstitucional que trata do controle difuso de constitucionalidade, mas a jurisprudência do STF vem ampliando os limites subjetivos das declarações *incidenter tantum* de inconstitucionalidade. Contudo, ressalte-se que, apesar de ganhar cada vez mais peso a corrente que admite essa ampliação, tal posicionamento não é pacífico.

Nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura significativamente ousada, conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes. [...] Tal procedimento evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade do direito municipal. (MENDES, 2010, p. 1250).

A fundamentação para que isso seja possível é que uma lei inconstitucional é desprovida de validade, independente da edição de resolução pelo Senado Federal para suspender a execução de determinado dispositivo.

Se a lei inconstitucional não encontra sua validade na Constituição Federal, ela sequer tem validade e eficácia, sendo a edição de resolução pelo Senado Federal apenas um ato de publicidade da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Também, há o mecanismo da edição de súmulas, inclusive súmula com efeito vinculante, que são baseadas em julgamentos do controle difuso de constitucionalidade e, uma vez editada a súmula vinculante, não será admitido ato da Administração ou do Poder Judiciário que lhe seja contrário.

Tem-se, portanto, um capítulo da sentença fora do seu dispositivo. Cada dispositivo legal declarado inconstitucional seria um capítulo da decisão, conforme a teoria dos capítulos da sentença desenvolvida no Brasil pelo professor Cândido Rangel Dinamarco.

Mas, diversamente do pensado pelo ilustre doutrinador, haveria ainda um capítulo fora do dispositivo da decisão, nos motivos determinantes que estão presentes na fundamentação.

É possível perceber que, em determinadas situações, haverá dúvidas do que é motivo determinante e o que é motivo secundário da decisão, uma vez que tanto um quanto o outro integram a fundamentação, sem que haja separação expressa entre eles. Em casos tais, quando se entender que os motivos determinantes não estão sendo observados, caberá reclamação perante o STF, que dirá se tal parcela da fundamentação realmente possui efeito vinculante por ser motivo determinante ou se é apenas motivo secundário, desprovido de força vinculante.

Ainda, seria um capítulo contendo uma obrigação de não-fazer. Significa dizer, Poder Executivo e Judiciário tem a obrigação de se abster de praticar novos atos que

violem a Constituição, tendo em vista os motivos determinantes da decisão de inconstitucionalidade de determinado ato.

Não poderá a Administração pública editar novo ato normativo, por exemplo, da mesma forma que deverão os magistrados, não apenas acatar o pronunciamento de inconstitucionalidade, mas também as razões de decidir expostas pelo Pretório Excelso.

Entende o STF ser possível reclamação em caso de ato administrativo inconstitucional por violação aos motivos determinantes da decisão, conforme transcrita ementa de julgamento da reclamação 2363/PA.

Vinculando também ao Poder Judiciário o entendimento de inconstitucionalidade e às razões de decidir expostas pelo Supremo Tribunal Federal, parece positiva a resposta quanto à possibilidade de cabimento de reclamação contra essa decisão, sendo, portanto, um possível meio de controle de constitucionalidade do pronunciamento judicial.

O Poder Legislativo, entretanto, não está vinculado à decisão do STF, devido ao princípio da separação dos poderes e legislar é a função típica do Poder Legislativo. Mas, nova lei que tenha o mesmo conteúdo contrário à Constituição ingressará no ordenamento com uma presunção de inconstitucionalidade, diferente da regra que é o ingresso de uma norma com presunção de constitucionalidade.

5.5 A Coisa Julgada e a Colisão de Direitos Fundamentais

Primeiramente, se faz necessário delimitar o que aqui será tratado por direitos fundamentais, haja vista a pluralidade de termos como “direitos humanos”, “liberdades fundamentais”, “direitos fundamentais”, “direitos do homem”, entre outros, que por vezes são utilizados para designar um mesmo grupo de direitos e outras vezes são utilizados com definições distintas.

Não há na doutrina um consenso sobre qual seria o melhor termo a ser utilizado e quais destes termos se prestam a designar direitos diversos, não havendo aqui a pretensão de

tecer minúcias sobre esse ponto e estabelecer, por uma teoria semântica, qual seria o termo mais adequado.

Porém, para aplicação neste trabalho, oportuna a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais realizada por Ingo Wolfgang Sarlet, que leciona serem os direitos humanos de cunho *jusnaturalista*, inerentes à pessoa humana, principalmente aqueles estabelecidos no âmbito internacional. Enquanto isso, os direitos fundamentais são aqueles trazidos e positivados na Constituição, contando com um sistema de proteção interna que lhes confere maior eficácia. Ainda, vale ressaltar que os direitos fundamentais podem ser de abrangência maior ou menor em relação aos direitos humanos, a depender da Constituição.

[...] a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais também pode encontrar um fundamento, na circunstância de que, pelo menos de acordo com uma determinada concepção, os direitos humanos guardam relação com uma concepção *jusnaturalista* (*jusracionalista*) dos direitos, ao passo que os direitos fundamentais dizem respeito a uma perspectiva positivista. Neste sentido, os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo transformados em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de “fundamentalização” (precisamente pela incorporação às constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional. (SARLET, 2012, p. 32).

Tal diferenciação se mostra relevante, pois na aplicação do direito pelo magistrado, um direito fundamental não deverá ser preterido por um direito humano não fundamentalizado pela Constituição e que não esteja previsto em tratado internacional do qual o Brasil é signatário.

Por outro lado, o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição prevê a fundamentalização de direitos humanos previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário e sejam incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro por votação especial no Congresso Nacional.

Há de se ressaltar, ainda, que os direitos fundamentais deixaram de ser vistos apenas como de aplicação vertical, ou seja, direitos que deviam ser respeitados pelo Estado em relação ao homem (liberdades) e outros efetivados pelo Estado em relação ao homem (garantias). Mas, também são aplicados os direitos fundamentais em sua vertente horizontal, ou seja, entre particulares eles devem ser respeitados e, se assim não o forem, caberá ao Estado zelar pela sua efetividade.

Caberá ao Estado e não apenas ao Poder Judiciário zelar pela efetividade dos direitos fundamentais, pois apesar de não ser o objeto deste estudo, não se pode olvidar da atribuição e da competência de órgãos ligados ao Poder Executivo, como as agências reguladoras, de intervir em determinadas situações a fim de evitar lesões a direitos fundamentais da coletividade.

Pois bem. Antes de tratar da questão da colisão dos direitos fundamentais, cabe pincelar algumas considerações sobre sua eficácia.

As normas constitucionais são divididas por José Afonso da Silva em três grupos, tomando por base sua eficácia, ressaltando-se que “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da Constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada” (SILVA, 2008, p. 81).

O primeiro grupo é o de normas de eficácia plena, que são aquelas que não precisam de nenhuma regulamentação do legislador infraconstitucional para a efetividade do direito previsto pelo constituinte. Essas normas produzem todos os seus efeitos jurídicos, independente de regulamentação, de forma integral e imediata. Não há previsão pelo constituinte de restrição a essas normas pelo legislador infraconstitucional.

O segundo grupo é o de normas de eficácia contida, que também não precisam de regulamentação para que sejam concretizadas, mas pode o legislador infraconstitucional regulamentar tal direito e restringi-lo, havendo expressa previsão do legislador constituinte a essa atividade. Tais normas não produzem seus efeitos de forma integral, pois poderão ser limitadas pelo legislador infraconstitucional, apesar de produzir efeitos imediatamente, por ser a regulamentação infraconstitucional prescindível à sua aplicabilidade.

O terceiro grupo é o de normas de eficácia limitada, que necessitam de uma regulamentação do legislador infraconstitucional para que sejam efetivadas. Há uma expectativa constitucional de direito pelo cidadão, mas o legislador negativo impede a concretização do direito. São também chamadas de normas de eficácia reduzida e mediata, conquanto é imprescindível a atividade do legislador infraconstitucional para que tenha aplicabilidade. Neste caso é que se torna relevante o mandado de injunção e a ADI por omissão.

Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. (SILVA, 2008, p. 82/83).

Quanto à eficácia dos direitos fundamentais, necessária se faz, primeiramente, uma análise da abrangência do artigo 5º, § 1º⁸, da CF. Ao estipular a eficácia imediata dos direitos fundamentais, o primeiro ponto a ser considerado é se tal norma está apenas se referindo aos direitos elencados no artigo 5º, ou se também abarca os demais direitos fundamentais, inclusive os dispersos em outros títulos da Constituição.

Seja de uma análise do termo genérico utilizado pelo constituinte, seja pela análise da fundamentalidade dos direitos assim previstos na Constituição e não apenas os do artigo 5º, conclui-se que tal norma abrange a todos os direitos fundamentais previstos em nossa Constituição.

Isto porque não se pode retirar dos direitos sociais, por exemplo, igual fundamentalidade dos direitos elencados no artigo 5º, assim como os direitos trabalhistas, políticos e de nacionalidade. Ademais, exceto quando o próprio constituinte excepciona, tais normas teriam por si próprias eficácia imediata.

Se há na Constituição outras normas, que não as que expressam direitos fundamentais, com eficácia imediata e, em algumas normas de direitos fundamentais há previsão expressa de regulamentação pelo legislador ordinário, em que implica a previsão do artigo 5º, §1º?

Há na doutrina brasileira diversas correntes, desde as que tornam vazia a previsão do artigo 5º, §1º, entendendo que a eficácia das normas de direitos fundamentais é determinada rigorosamente como as demais normas constitucionais, até as que entendem que tal previsão faz com que indiscriminadamente todas as normas de direitos fundamentais tenha eficácia imediata e plena.

⁸ Art. 5º, §1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Adotando uma posição intermediária e considerando as diversas formas de positivação e objetivo das normas de direitos fundamentais, desta forma se posiciona SARLET (2012, p. 270/271):

Levando-se em conta esta distinção, somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, §1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, entendimento este sustentado, entre outros, no direito comparado, por Gomes Canotilho e compartilhado, entre nós, por Flávia Piovesan. Percebe-se, desde logo, que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisto reside uma de suas diferenças essenciais relativamente às normas -princípio), de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual seu alcance (isto é, o *quantum* em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta. (p. 270/271).

Diante dessa consideração, tem o Poder Judiciário papel de destaque quando o legislador infraconstitucional se faz omissivo em regulamentar determinada situação, não podendo tal omissão ser óbice ao exercício de direitos fundamentais para cada caso concreto, cabendo ao julgador a individualização da norma, considerando também princípios de direito administrativo, como a reserva do possível, na aplicação da norma constitucional ao caso concreto.

A falta de concretização não poderá, de tal sorte, constituir obstáculo à aplicação imediata pelos juízes e tribunais, na medida em que o Judiciário - por força do disposto no art. 5º, §1º, da CF -, não apenas se encontra na obrigação de assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, mas também autorizado a remover eventual lacuna oriunda da falta de concretização, valendo-se do instrumental fornecido pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil [...]. (SARLET, 2012, p. 269).

Como dito, a máxima efetivação da norma de direito fundamental será aplicada de maneira diversa em se tratando de direitos diversos, principalmente quando se diz de categorias diversas de direitos fundamentais. A divisão dos direitos fundamentais em “direitos de defesa” e “direitos sociais prestacionais” se faz relevante, pois o conflito em que aparecem diante do Poder Judiciário será de modo distinto.

Os ditos direitos de defesa possuem carga normativa suficiente e ampla para sua aplicabilidade imediata, não necessitando de regulamentação do legislador ordinário para

sua eficácia plena. São, em regra, as liberdades e garantias, que no mais das vezes implica em uma posição abstencionista do Estado.

Em casos específicos, é possível que haja a previsão de regulamentação pelo legislador ordinário, mas tal regulamentação não retira da norma sua eficácia imediata, apenas possibilita a posterior limitação de tal direito.

Tem-se, portanto, que em discussões sobre tais direitos, a intervenção do Poder Judiciário se faz necessária, em regra, para garantir que tal direito não seja lesionado, e não para implantá-lo.

Assim, se considerarmos as três categorias tradicionais de eficácia de normas constitucionais de José Afonso da Silva, nos direitos de defesa estão presentes normas de eficácia plena e de eficácia contida.

[...] verifica-se que os direitos de defesa constituem, em princípio, direito subjetivo individual, enquadrando-se - em se utilizando a classificação proposta por Celso A. Bandeira de Mello - naquelas situações em que a norma constitucional outorga ao particular uma situação subjetiva ativa (um poder jurídico), cujo desfrute imediato independe de qualquer prestação alheia, bastando, para tanto, uma atitude abstencionista por parte do destinatário da norma. (SARLET, 2012, p. 279).

Diferentemente dos direitos de defesa que requerem uma posição abstencionista do Estado, ou outro particular destinatário, os direitos sociais prestacionais implicam em uma postura positiva e ativa do Estado. Daí poderem sofrer uma maior dependência da regulamentação pelo legislador ordinário para que tenham eficácia, ou, reclamarem uma intervenção do Poder Judiciário para sua efetivação.

Apesar de não estarem repletos da carga normativa necessária para que tenham aplicabilidade imediata e, portanto, necessitem de regulamentação principalmente por, ao exigirem uma postura ativa do Estado, dependerem da questão de recursos públicos, possuem os direitos a prestação certa eficácia.

Tais normas podem ser caracterizadas como repletas de conteúdo programático, ao passo em que definem uma diretriz a ser seguida tanto pelo legislador quanto pelo órgão executivo.

Desta forma, sua eficácia, resumidamente, obriga o legislador a adotar determinada posição na efetivação das prestações previstas e possibilitam uma impugnação a conduta deste quando é contrária ao disposto na norma constitucional.

Os direitos fundamentais prestacionais de cunho programático constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (demais normas constitucionais e normas infraconstitucionais), já que contêm princípios, diretrizes e fins que condicionam a atividade dos órgãos estatais e influenciam, neste sentido, toda a ordem jurídica, resultando, ainda neste contexto, no condicionamento da atividade discricionária da Administração do Poder Judiciário na aplicação, interpretação e concretização de suas normas e das demais normas jurídicas. (SARLET, 2012, p. 297).

É também necessário que se estabeleça a vinculação aos direitos fundamentais pelos Poderes Estatais e pelos particulares, uma vez que desrespeitada essa vinculação surgirá interesse na provocação do Judiciário para se manifestar, seja em caso de colisão de mais de um direito fundamental, seja em caso de descumprimento de um desses direitos.

Tal vinculação aos Poderes Estatais abrange o exercício de suas funções típicas e atípicas, ou seja, o Poder Legislativo, ao administrar, não poderá se furtar à observância dos direitos fundamentais, assim como o Executivo no exercício de sua função típica, que é justamente administrar.

Do efeito vinculante inerente ao art. 5º, § 1º, da CF decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos Poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que, numa acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais. (SARLET, 2012, p. 375).

No sistema brasileiro, o Poder Legislativo é o órgão com maior discricionabilidade no exercício de suas funções, uma vez que cabe a ele a edição de leis que podem revogar leis anteriores, ou seja, não se opera o princípio da legalidade do ponto de vista material e, ainda, lhe cabe a regulamentação dos direitos fundamentais, podendo inclusive dispor sobre suas restrições.

Tal discricionabilidade encontra limites nas normas constitucionais e, principalmente, nas normas com previsão de direitos fundamentais. Tal limitação é maior e mais evidente quando se tem os direitos de defesa do que quando se trata de direitos a prestação, que dependem de uma regulamentação.

Porém, mesmo estes direitos prestacionais vinculam o legislador ao lhe exigirem uma postura positiva para sua regulamentação e concretização, atentando-se para a norma do art. 5º, § 1º, da CF de máxima efetivação dos direitos fundamentais e, ainda,

vinculam o legislador ao lhe exigirem uma postura negativa, constituindo uma vedação à criação de leis que lhes são contrárias e dificultam a sua efetivação.

Além de o legislador comum sujeitar-se aos direitos fundamentais, também o poder de reforma da Constituição acha-se vinculado aos direitos fundamentais, ao menos na medida em que o art. 60, § 4º, da Carta veda emendas tendentes a abolir direitos e garantias individuais.

Não há dúvida, portanto, de que os atos normativos do Poder Legislativo sujeitam-se aos direitos fundamentais, mas também outros atos desse Poder, com eficácia externa - atos de comissões parlamentares de inquérito, por exemplo -, não escapam à sujeição aos direitos fundamentais. (MENDES, 2010, p. 322).

O Poder Executivo, por outro lado, além de observar a constitucionalidade de seus atos, deve obediência ao princípio da legalidade. A administração pública também se encontra vinculada aos direitos fundamentais sob dois aspectos, um positivo e outro negativo.

No aspecto positivo, deve a administração pública fiel observância aos direitos fundamentais, seja no exercício de suas funções típicas, seja no exercício de suas funções atípicas. Isto é, necessário se faz que a Administração Pública observe tanto os direitos de defesa quanto os direitos de prestação, encontrando nestes maior discricionariedade no modo de concretização, observando também o princípio da legalidade.

Ainda, não é permitido ao Poder Executivo se furtar à vinculação dos direitos fundamentais pela concessão de suas funções aos particulares.

No que tange à medida da vinculação aos direitos fundamentais, poderá afirmar-se que, quanto menor for a sujeição da administração às leis (de modo especial na esfera dos atos discricionários e no âmbito dos atos de governo), tanto maior virá a ser a necessidade de os órgãos administrativos observarem - no âmbito da discricionariedade de dispõem - o conteúdo dos direitos fundamentais, que, consoante já assinalado, contém parâmetros e diretrizes para a aplicação e interpretação dos conceitos legais indeterminados. Isto significa, em outras palavras, que nas hipóteses de uma maior fragilidade do princípio da legalidade, o conflito desta com o princípio da constitucionalidade acaba por resolver-se tendencialmente em favor da última. (SARLET, 2012, p. 380).

No aspecto negativo, a Administração Pública não deve agir de modo a contrariar os direitos de defesa e a dificultar a concretização dos direitos prestacionais. Aqui se tem uma problemática.

Pode o Poder Executivo se deparar com uma lei que contrarie direitos fundamentais, momento em que a observância do princípio da constitucionalidade e da legalidade estará em confronto.

Poderá o Poder Executivo afastar a aplicação de determinada lei sob o argumento de sua inconstitucionalidade? A doutrina se divide em duas posições. A primeira prevê que deverá a Administração se abster da prática de atos de cumprimento de lei que afronte aos direitos a vida e integridade pessoal e quando tais atos constituam crime. A segunda, mais liberal, prevê a abstenção da execução de tal lei inconstitucional quando assim o for em evidente afronta a direitos fundamentais.

Tal ampla discricionariedade do Poder Executivo é questionada pelos defensores da primeira corrente, mas a situação se torna mais branda se o questionamento da constitucionalidade da lei for submetido ao Poder Judiciário, por meio do controle concentrado, uma vez que o chefe do Poder Executivo possui legitimidade para provocar o STF a um pronunciamento.

Antes da análise da vinculação ao Poder Judiciário, oportuno se faz tratar da questão da vinculação dos particulares. Primeiramente, destaca-se que determinados direitos fundamentais são dirigidos exclusivamente ao Estado, como ao garantir a educação fundamental a todos.

Outros direitos fundamentais destinam-se claramente aos particulares, não havendo dúvidas sobre sua vinculação, como ao prever o dever de indenizar em caso de abuso do direito.

A questão que se discute é se os demais direitos vinculariam ou não as relações particulares e de que forma, se direta ou indiretamente.

Existem também dois grupos de relações privadas, uma em que há certa desigualdade de poder entre as partes, como no caso das relações de consumo, em que é mais pacífica a eficácia direta dos direitos fundamentais.

A discussão se assevera quando se tem em tela relações entre particulares com certa igualdade. Determinada corrente, e isso é o mínimo que se pode aceitar, defende uma eficácia indireta dos direitos fundamentais, ao orientarem a interpretação das normas de direito privado e o preenchimento de lacunas e cláusulas gerais presentes nestas.

Por outro lado, há defensores de uma vinculação e eficácia direta dos direitos fundamentais também nas relações privadas, ainda que não se tenham cláusulas gerais a serem interpretadas, sendo necessária, contudo, observar as peculiaridades de cada caso.

Se a tese da assim designada eficácia mediata (indireta) segue dominante na doutrina e jurisprudência alemãs, inclinamo-nos hoje - pelo menos à luz do direito constitucional positivo brasileiro - em prol de uma necessária vinculação direta (imediata) *prima facie* também dos particulares aos direitos fundamentais, sem deixar de reconhecer, todavia, na esteira de Canotilho e outros, que o modo pela qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas mediante recurso, em especial, à ponderação e correlato teste da proporcionalidade. (SARLET, 2012, p. 391).

Por fim, tem-se a vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais. No exercício da função jurisdicional, os direitos fundamentais se operam tanto no procedimento quanto na materialidade da decisão. Isto é, todos os órgãos do Poder Judiciário estão obrigados a observarem os procedimentos previstos em lei, à luz dos direitos fundamentais processuais.

Por outro lado, ao decidirem, estão os magistrados vinculados aos direitos fundamentais no julgamento do mérito, seja para aplicarem diretamente direito fundamental, seja para que estes orientem a interpretação de determinada norma aplicável ao caso.

No que concerne à vinculação aos direitos fundamentais, há que ressaltar a particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem, para além disso (e em função disso) o controle de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais, de tal sorte que os tribunais dispõem - consoante já se assinalou em outro contexto - simultaneamente do poder e do dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade. (SARLET, 2012, p. 381).

Através do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, seja pela via difusa ou concentrada, a vinculação ocorre definindo os limites das decisões proferidas e os parâmetros usados para interpretação de determinadas normas, declarando-as constitucionais ou inconstitucionais.

Também em casos de conflitos entre particulares que são levados à apreciação do Poder Judiciário, estará este vinculado aos direitos fundamentais, uma vez que também se aplicam às relações particulares, conforme já exposto.

Pontuadas algumas noções sobre a eficácia e vinculação dos direitos fundamentais, chega-se ao ponto principal sob luzes nesse tópico, a colisão dos direitos fundamentais.

A efetividade e a prática dos direitos fundamentais passam pelo enfrentamento da questão sobre a sua limitação. Certos direitos fundamentais são excepcionados pelo próprio constituinte que, por exemplo, ao prever a inviolabilidade de domicílio, já prevê também hipóteses de limitação a esse direito fundamental⁹.

De modo diverso, o constituinte não previu limites a outros direitos fundamentais, mas previu que o legislador infraconstitucional poderia disciplinar sobre a matéria, como é o caso do art. 5º, XIII¹⁰.

Há ainda outras situações em que o constituinte sequer previu a possibilidade de limitação do direito fundamental pelo legislador infraconstitucional, mas isto não significa que tal direito seja absoluto, uma vez que já é firme o entendimento da doutrina e jurisprudência de que os direitos fundamentais não são absolutos.

Em cada caso, teremos um conflito diverso a ser analisado.

Primeiramente, tem-se a questão do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Isto é, é necessário estabelecer para cada direito quais situações estão ali compreendidas, qual é o bem jurídico protegido.

Tal definição decorre de uma interpretação sistemática da própria Constituição e, em regra, será realizada pelo Judiciário quando alguém se sentir ameaçado ou lesionado em seu direito fundamental, seja por um órgão público seja por um particular e pela doutrina ao estudar o tema.

Desta forma, não é possível estabelecer uma técnica pela qual ao se ler o texto constitucional seja possível, sem maiores reflexões, a identificação das situações ali abarcadas. Trata-se, assim, de uma análise casuística de cada direito e de cada situação.

Estabelecido o âmbito de proteção do direito fundamental, surge a questão de sua limitação. Como já dito, a própria Constituição traz, em alguns casos, limitações a direitos

⁹ Art. 5º, XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

¹⁰ Art. 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

nela previstos, sem que tais limitações consistam em excludentes do âmbito de proteção do direito.

A limitação dos direitos fundamentais está intimamente ligada à reserva legal exposta pelo constituinte em determinadas situações e, o que por diversas vezes causa maior polêmica, implícita em outros direitos, por não serem eles absolutos.

Não apenas a simples regulamentação, mas a limitação dos direitos se mostra, por diversas vezes, necessária para a sua efetivação e para a convivência harmônica da sociedade. Porém, tal limitação não pode ser de modo a inviabilizar determinado direito, o que configuraria um caso de abolição mascarada de direito fundamental.

Tem-se, pois, os limites do limite, ou seja, o legislador encontra-se limitado em seu poder de limitar direitos fundamentais. A primeira limitação que o legislador infraconstitucional encontra é a necessidade de encontrar respaldo na própria Constituição para o seu intento.

Desta forma, direitos que não possuem previsão explícita ou implícita na Constituição de restrição, não devem ser restringidos ao bel-prazer do legislador ordinário. Assim, a limitação deve ser adequada à previsão constitucional explícita, ou à necessidade da sociedade para sua efetiva aplicação e manutenção da harmonia das relações.

Encontra-se no postulado normativo da proporcionalidade a base para a definição do limite dos limites, a fim de evitar abusos por parte do Poder Público. Tal proporcionalidade não se trata de um juízo subjetivo, mas de uma análise em que a doutrina identificou três elementos: adequação ou conformidade; necessidade; proporcionalidade em sentido estrito ou razoabilidade.

O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito). (ÁVILA, 2012, p. 184).

No critério adequação, é adequada a opção pela administração e pelo legislador que é apta a promoção do fim visado, a partir de uma análise prévia, de forma abstrata e

genérica, não tornando inadequado o ato que se mostrou ineficaz posteriormente, quando este era o meio hábil na prognose realizada.

Na análise da necessidade é realizada uma atividade comparativa entre o meio escolhido pelo legislador ou pela administração e outros meios existentes. Primeiro é preciso identificar se há outros meios que também promoveriam aquele fim. A partir de tal identificação é realizada a comparação para saber se o meio escolhido é o menos gravoso e menos restritivo dos direitos fundamentais atingidos colateralmente.

Enquanto isso, no exame da proporcionalidade em sentido estrito não há um olhar apenas para o meio, mas para o próprio fim a ser alcançado. Isto significa que deverão ser analisadas as vantagens e as desvantagens da promoção daquele fim visado, uma relação de prevalência entre a concretização do fim almejado e os direitos fundamentais atingidos para tanto.

A análise mais detalhada do postulado normativo da proporcionalidade não é possível dentro deste estudo, por ser sozinho tema suficiente para um extenso trabalho. No momento, é o que basta para o entendimento que se requer.

Há, ainda, que se pensar sobre o chamado “núcleo essencial” dos direitos fundamentais, isto é, um mínimo intocável pelo legislador para que tal direito não se torne letra morta dentro da Constituição. A preservação de tal núcleo essencial também se mostra como um limite aos limites do legislador ordinário e do reformador da Constituição.

A ordem constitucional brasileira não contemplou qualquer disciplina direta e expressa sobre a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais. É inequívoco, porém, que o texto constitucional veda expressamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, §4º, IV). Tal cláusula reforça a ideia de um limite do limite também para o legislador ordinário.

Embora o texto constitucional brasileiro não tenha consagrado expressamente a ideia de um núcleo essencial, afigura-se inequívoco que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte.

A não admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental. (MENDES, 2010, p. 398).

Quando o legislador extrapola os limites às limitações que possui, caberá ao Poder Judiciário a análise da legislação com base no postulado normativo da proporcionalidade. Aqui, a proteção dos direitos fundamentais não se trata de conflito entre dois direitos, mas de excesso de limitação a um destes, sendo, portanto, caso da análise da inconstitucionalidade da lei, seja pela via difusa ou concentrada.

Sem perder de vista a coisa julgada, mais interessa a hipótese de controle concentrado, em que a proteção dos direitos fundamentais terá efeito vinculante e *erga omnes*, que se tornará imutável pela coisa julgada.

Há, por outro lado, situações em que se estará diante de colisões entre dois direitos fundamentais, o que acontece principalmente na relação entre particulares. Tal situação decorre da impossibilidade do legislador prever todas as circunstâncias a serem regulamentadas.

Em tal caso, mais uma vez estará o Judiciário se valendo do postulado normativo da proporcionalidade para a análise de um caso concreto e interpretação sistemática da Constituição, de forma que sua decisão não poderá ser contrária à ordem jurídica.

Situações de colisão de direitos fundamentais figuram-se cada vez mais frequentes na prática jurídica brasileira devido ao alargamento do âmbito e da intensidade de proteção dos direitos fundamentais levado a cabo pela Constituição Federal de 1988, notadamente em função do já referido caráter analítico do catálogo constitucional de direitos. [...] A solução desse impasse, como é corrente, não poderá dar-se com recurso à ideia de uma ordem hierárquica abstrata dos valores constitucionais, não sendo lícito, por outro lado, sacrificar pura e simplesmente um desses valores ou bens em favor do outro. Com efeito, a solução amplamente preconizada afirma a necessidade de se respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos no quadro da unidade da Constituição, buscando harmonizar preceitos que apontam para resultados diferentes, muitas vezes contraditórios. (SARLET, 2012, p. 403).

Desta forma, não se trata de preterir um direito em preferência de outro, mas de harmonizá-los. Aqui, a coisa julgada se faz ainda mais necessária para a segurança jurídica, uma vez que estão em jogo valores constitucionais. Trata-se, portanto, de uma limitação casuística de direitos fundamentais realizada pelo Poder Judiciário na análise do caso concreto, que receberá uma especial qualidade de imutabilidade através da coisa julgada.

6 COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Impossível separar a coisa julgada do pronunciamento judicial sobre o qual ela ocorreu, uma vez que é um instituto que se opera tornando os efeitos deste pronunciamento imutáveis, na visão de Liebman já exposta.

Ainda quando se adota a visão de Barbosa Moreira, também já apontada, não é possível separar a coisa julgada do pronunciamento judicial, pois é uma situação jurídica que o pronunciamento passa a apresentar.

Assim, havendo uma sentença inconstitucional, inconstitucional também será a coisa julgada que sobre ela se operar. Neste capítulo, serão tratadas as relações entre a coisa julgada e a justiça nas decisões e a segurança jurídica, valores que são defendidos por alguns doutrinadores para justificar sua posição, favorável ou contrária à possibilidade de relativização da coisa julgada.

Também é preciso delimitar em que consiste a inconstitucionalidade de uma sentença, como ela se forma, para que então se possa falar em controle de constitucionalidade.

6.1 O Devido Processo Legal como Legitimador da Coisa Julgada

Diferente da coisa julgada e de grande parte dos institutos jurídicos brasileiros, o princípio do devido processo legal não se origina no direito romano, mas como muitos institutos recentes, principalmente de direito constitucional, tem origem no direito alemão, mas ganhou maior notoriedade a partir da Magna Carta de 1215, documento inglês.

A noção de devido processo legal como cláusula de proteção contra a tirania é ainda mais antiga: remonta ao Édito de Conrado II (Decreto Feudal Alemão de 1037 d.C.), em que pela primeira vez se registra por escrita a ideia de que até mesmo o Imperador está submetido às “leis do Império” (DIDIER JUNIOR, 2011, p. 46).

O devido processo legal é entendido como um sobreprincípio, uma vez que prevê um estado ideal tão amplo que diversos outros princípios constitucionais processuais estão nele inseridos, sendo hoje dividido em devido processo legal formal e devido processo legal substancial.

Em sua vertente formal, o devido processo legal abarca princípios como o acesso a justiça, o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural e imparcial, o duplo grau de jurisdição, a duração razoável do processo, a publicidade dos atos processuais, o livre convencimento motivado.

Tais direitos que acabaram sendo consagrados como princípios constitucionais são os hoje apontados como preponderantes para que se tenha um processo devido, para que através deste possa a liberdade, o patrimônio e demais direitos serem restringidos.

A obediência ao devido processo legal formal não ocorre apenas no âmbito dos processos judiciais, mas em todos os processos que visem à restrição de direitos, incluindo os processos administrativos e até mesmo os procedimentos investigatórios realizados pela polícia no Brasil, que aos poucos deixa de ser entendido apenas como expressão de modelo inquisitivo e passa a ser visto com olhos garantistas, ainda que seja um olhar tímido.

O Poder Legislativo e Poder Executivo no exercício de suas funções típicas também devem observar o devido processo legal formal. O legislador tem que seguir o processo de criação legislativa, sob pena de inconstitucionalidade formal da lei, enquanto o administrador público também deve seguir os procedimentos regulamentados pela legislação, como nos processos de licitação.

No âmbito do Poder Judiciário se mostra gritante a necessidade de observância do devido processo legal, uma vez que, em regra, os cidadãos buscam o Judiciário quando já sofreram uma lesão em seu direito ou sentem este ameaçado.

Como já dito quando tratado da legitimidade da jurisdição constitucional, legitimidade não se confunde com competência, sendo a validade conferida a um ato, de forma interna e externa.

O devido processo legal na vertente formal confere legitimidade interna ao processo e à decisão, encarregando-se primordialmente do procedimento. Desta forma, pode-se dizer que o devido processo legal formal implica em um devido procedimento legal.

Os princípios decorrentes do devido processo legal já citados orientam a marcha do processo, orientam até mesmo os meros despachos de expediente do magistrado e, mormente em casos de eventual lacuna na lei, orientam a participação das partes no processo.

Assim, um procedimento judicial que observa o devido processo legal valida a decisão proferida ao seu final, devendo esta decisão também observar o devido processo legal formal, ao ser proferida por juiz natural, com livre convencimento motivado e seguir a forma prevista em lei.

Valem aqui as considerações feitas referentes à legitimidade da jurisdição constitucional em relação ao discurso efetivo por meio da participação das partes, principalmente através do contraditório.

Já a vertente material/substancial do devido processo legal está ligada ao conteúdo devido dos atos do Poder Público, sejam eles realizados pelo Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário.

“Nos EUA, desenvolveu-se a dimensão *substancial* do devido processo legal. Um processo devido não é apenas aquele em que observam exigências formais: devido é o processo que gera *decisões jurídicas* substancialmente devidas.” (DIDIER JUNIOR, 2011, p. 49).

Não basta que os procedimentos obedeçam à regulamentação legal, é essa regulamentação que também deve observar o devido processo legal, considerando o princípio da razoabilidade.

Tal ideia é extraída de julgamentos proferidos pela Suprema Corte Americana, que identificou o devido processo legal com a razoabilidade.

Entre os doutrinadores brasileiros não há unanimidade sobre serem a razoabilidade e a proporcionalidade institutos idênticos ou distintos. Ainda entre os que entendem serem distintos, não há consenso sobre a relação de continência e conteúdo entre eles.

Além da razoabilidade, há vozes doutrinárias que identificam no devido processo legal substantivo o princípio da isonomia no trato com os cidadãos e, no caso do Poder Judiciário, os jurisdicionados.

Essa vertente também se aplica aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, importando uma análise do conteúdo do ato e não de sua forma, como ocorre com o devido processo legal formal.

No âmbito do Poder Judiciário, pode-se dizer que a incidência do devido processo legal substancial está ligado à relação jurídica processual, implicando em uma devida relação jurídica processual legal substantiva.

Isso porque o devido processo legal substancial orientará o conteúdo dos atos processuais e, no âmbito do desenrolar da relação jurídica processual, o conteúdo das decisões interlocutórias, observando a razoabilidade e a isonomia, de forma a conferir iguais condições às partes litigantes.

Na decisão judicial, o devido processo legal substancial se mostra principalmente durante a fundamentação do magistrado, pois uma ordem jurídica individualizada é produto de um juízo científico e razoável das teses, dos fatos e das provas postos à análise do magistrado.

Cuida a observância ao devido processo legal substancial de conferir legitimidade externa, uma vez que relacionado à aplicação do próprio direito material e, sobretudo, sujeito à fiscalização da sociedade.

6.2 Coisa Julgada e a Justiça nas Decisões

Apesar de parecer inerente às decisões do Poder Judiciário, a justiça é questão de necessária abordagem. Há muitos debates na doutrina sobre o tema, a iniciar-se pela delimitação do que é entendido e abrangido por este tema.

A própria definição do que é a justiça, do que é justo permeia o pensamento de filósofos desde a antiguidade até os filósofos e juristas contemporâneos. Abordar tal tema não é uma missão fácil, mas necessária quando se trata da coisa julgada e sua relativização. Aliás, as hipóteses de relativização da coisa julgada tradicionalmente previstas na legislação, mormente no caso da ação rescisória, não visam senão a corrigir injustiças nas decisões.

Tratar-se-á, em verdade, o caminho para a constituição da justiça nas decisões, passando por duas estradas: a equivalência fática da sentença e o mundo e a interpretação e aplicação da lei, mormente a Constituição, ao caso concreto.

Assim, não parece restar dúvidas de que a justiça se alcança por meio da tutela dos direitos constitucionalmente amparados e da legitimidade de suas decisões. Nessa perspectiva, será analisado o instituto da coisa julgada como garantidor da definitividade e imodificabilidade das decisões judiciais. (NICOLAU JUNIOR, 2011, p. 251).

Para ser justa, a sentença deve equivaler à situação fática apresentada. Isto é, não tem a sentença a aptidão para tirar a existência de um fato que já ocorreu, simplesmente negando existência a uma relação jurídica verdadeiramente existente, ou seja, a coisa julgada não pode fazer “do redondo o quadrado”.

Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmorone ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente, que desconheça que o branco é braço e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa. (DELGADO, 2004, p. 56).

Não se trata, aqui, de questões probatórias. A injustiça pela discrepância entre o contido na sentença e a realidade não se apresenta em relação aos fatos provados, à valoração da prova, mas à declaração de situações jurídicas. É o que se reconheceu, por exemplo, ao se admitir a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, uma vez que diversos casos declaravam a paternidade biológica de forma discrepante da realidade.¹¹

¹¹ EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do

Tal situação deve ser bem entendida. Ainda no âmbito do direito de família e, especificamente, da paternidade, há hoje a possibilidade de reconhecimento da paternidade sócio-afetiva. Trata-se de uma regulamentação de uma situação já vivida faticamente. Não há discrepância entre a sentença que reconhece a paternidade sócio-afetiva e a realidade, porém, a sentença destoaria da realidade se reconhecesse a paternidade biológica onde há paternidade sócio-afetiva, e não biológica.

Apesar de ambas tratarem de uma relação de paternidade-filiação, em uma há consonância com a realidade, enquanto em outra não há. É necessária, portanto, a análise de cada tipo de ação, a que se presta cada ação, se justamente a modificar uma realidade modificável ou não.

A questão da justiça nas decisões também engloba a aplicação do direito e a legitimidade da decisão. A aplicação do direito pelo magistrado não se trata apenas de legalidade, mas de justiça, principalmente ao interpretar a lei, o caso concreto e entender que tal caso merece determinada solução.

Ao julgar, não deve ser orientado o magistrado apenas por um juízo de legalidade da situação, mas também pela busca da moralidade e da ética. Não se trata apenas de um exercício comparativo se a lide se encaixa nas hipóteses previstas pelo legislador, mas também um exame sistemático do ordenamento para saber se é aquela a justa solução ou não.

Quando se diz que a processualística pode instrumentalizar um direito justo, isso decorre da possibilidade de a decisão veicular um conteúdo dessa natureza. A justiça não se acha embutida na lei, mas no conteúdo decisório quando plasmado no elemento de ordem axiológica, que constitui a solução dada ao caso concreto pelo julgado (NASCIMENTO, 2011, p. 107).

direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (RE 363889, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011)

Se torna mais clara a ideia quando para o litígio não há uma clara regulamentação legal, que levará o juiz a julgar com base em princípios (lembrando que os princípios possuem carga normativa), costumes e analogia¹².

Que dirá, então, quando estão em conflito direitos fundamentais. Não é justa uma decisão que viole preceitos constitucionais e imponha limites aos direitos fundamentais sem a devida necessidade em consequência de conflito com outro direito fundamental.

Se for retirada do magistrado a sua possibilidade de interpretação das normas, da busca da melhor regulamentação para aquele caso, será gerada uma situação de latente injustiça, uma vez que as disposições legislativas podem não se mostrar adequadas ao caso concreto.

Por outro lado, sem a legalidade, haverá também uma situação de latente injustiça, pois a tão ampla liberdade do magistrado poderia gerar distorções e decisões autoritárias.

A legitimidade da decisão do magistrado na aplicação do direito é justamente a demonstração de sua atividade cognoscível que o levou a aplicar determinada regulamentação, em prejuízo de outra.

É, portanto, a fundamentação, a argumentação a legitimadora da aplicação do direito material. No entender de Robert Alexy (2011, p. 214), a fundamentação se mostra de suma importância não para o convencimento das partes, porque estão em busca, na maioria das vezes, de decisões que lhes sejam benéficas, independente de serem justas ou legais, mas para dar uma explicação racional da decisão que afeta os interesses dos envolvidos.

Ainda, na argumentação jurídica podem ser distinguidas duas fundamentações: a justificação interna e a justificação externa. Para Alexy (2011, p. 219), a justificação interna trata do estabelecimento lógico de premissas que levam à solução do caso.

Enquanto isso, “o objeto da justificação externa é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna” (ALEXY, 2011, p. 228).

Desta feita, a fundamentação do magistrado legitima a decisão e demonstra as razões pelas quais tal decisão é justa, sendo, também, uma forma de se atingir a justiça nas decisões, ao coibir decisões arbitrárias.

¹² Dec. Lei 4.657/42 - Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

6.3 Coisa Julgada e Segurança Jurídica

À segurança jurídica foi conferido status de norma constitucional e se manifesta claramente na coisa julgada, além de outros institutos. A segurança jurídica traz quietude às relações jurídicas, principalmente às situações que já foram levadas ao Judiciário e decididas.

É necessária a garantia da segurança jurídica para uma boa convivência em sociedade. A instabilidade jurídica levaria os cidadãos a viverem em estado de alerta para alterações que suas relações pudessem sofrer a qualquer momento e, com elas, suas posições jurídicas subjetivas.

A segurança jurídica é o mínimo e previsibilidade necessária que o Estado de direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes. Quando uma dessas normas se torna controversa e o Estado, por meio do poder competente que é o Judiciário, declara quem tem razão, atuando a vontade da lei, ele revela e impõe aos demandantes a norma que licitamente devem respeitar como representativa na vontade do próprio Estado, não sendo lícito a este, depois de tornada imutável e indiscutível essa manifestação de vontade oficial, desfazê-la em prejuízo das relações jurídicas e dos respectivos efeitos travados e produzidos sob a égide da sua própria decisão, salvo se violadora de direito fundamental. A coisa julgada é, assim, um instrumento de acesso à garantia essencial do direito fundamental à segurança jurídica. (NICOLAU JUNIOR, 2011, 256).

A principal questão que se coloca em torno da segurança jurídica é se haveria real violação ou não ao se relativizar a coisa julgada que se formou sobre uma sentença inconstitucional, considerando também o já tratado sobre a justiça nas decisões.

O que se busca demonstrar é exatamente que Justiça e Segurança Jurídica não são valores que se excluem, mas que caminham lado a lado.

Uma decisão injusta não traduz o que é esperado pelos jurisdicionados, pois é violadora das normas constitucionais e infraconstitucionais, o que não corresponde às expectativas do jurisdicionado. Mesmo aquele que foi beneficiado pela injustiça sentirá a situação de instabilidade, pois poderia ser prejudicado em igual situação.

A coisa julgada é necessária para a estabilidade das relações jurídicas, tanto para os que eram litigantes, quanto para aqueles com que eles realizam contratos e

estabelecem outros vínculos jurídicos. Por isso, a coisa julgada constitui um forte obstáculo, não podendo ser facilmente rompida.

Porém, quando há conflito entre a segurança jurídica e outros princípios constitucionais de grande importância, deve ser possível mitigar a concretude da segurança jurídica pela coisa julgada, sob pena de se gerar uma situação de ainda maior insegurança.

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. (NICOLAU JUNIOR, 2011, p. 266).

A possibilidade de relativização da coisa julgada em casos de inconstitucionalidade não tem o condão de retirar das decisões transitadas em julgado a sua segurança, mas reforça tal característica, uma vez que eliminando o que é contrário à Constituição, as normas (incluindo as sentenças) em vigor se fortalecem ainda mais, por terem sua validade garantida pela Constituição.

6.4 Inconstitucionalidade Formal e Material da Sentença

Assim como acontece com os atos do Poder Legislativo, podem os atos do Poder Judiciário ser inconstitucionais formal ou materialmente.

Uma lei ou ato normativo que apresente vício de inconstitucionalidade formal é aquela que não observa o procedimento legislativo. Uma sentença inconstitucional é aquela oriunda de um processo que não observou o devido processo legal formal.

Como já dito, o devido processo legal formal legitima o procedimento, que culmina com o ato processual sentença. Em um processo que houve restrição ao contraditório

ou à ampla defesa, por exemplo, o ato processual da sentença será maculado em sua forma, por ser produto do procedimento maculado.

Determinados vícios formais poderão ser sanados na forma prevista na legislação processual. Alguns vícios são sanados inclusive pela preclusão em sua alegação, ocorrendo a convalidação da sentença com a coisa julgada formal, que como já visto também é chamada de preclusão máxima.

Porém, há violações que não poderão ser sanadas, ainda que haja a coisa julgada. Por exemplo, uma sentença proferida por juízo ou tribunal de exceção será inconstitucional independente do lapso temporal que tenha transcorrido, não havendo mecanismo hábil à sua convalidação.

Nestas hipóteses, a coisa julgada há de ser relativizada, ou então se terá uma institucionalização da contrariedade à Constituição.

Já a inconstitucionalidade material decorre da aplicação do direito contrariamente à Constituição. É o desrespeito ao devido processo legal substantivo, que como visto é legitimador da relação jurídica e, portanto, do direito material discutido e aplicado.

Há de se distinguir algumas situações que geram a inconstitucionalidade material da sentença apontadas por Paulo Otero em sua obra sobre o caso julgado inconstitucional. A primeira situação é a de afronta direta a preceito constitucional. É o que ocorre, na maioria das vezes, quando a sentença é baseada em norma de eficácia plena, sem regulamentação pelo legislador ordinário ou, melhor dizendo, a sentença é contrária a tal norma.

No entanto, em paralelo a tais casos de decisões judiciais inconstitucionais (v. infra), importa reconhecer que podem existir decisões judiciais cujo conteúdo ofenda directa e imediatamente a Constituição, sem interposição de qualquer norma. [...] A título de exemplo, pense-se na decisão judicial que recusa o reconhecimento de um direito consagrado na Constituição através de norma exequível por si mesma. Ou ainda, num outro exemplo, a decisão de um tribunal administrativo que recuse a anulação de um acto administrativo violador do princípio constitucional da proporcionalidade, fundamentando a decisão com o argumento de que este princípio não tem acolhimento na Lei Fundamental. (OTERO, 1993, p. 66).

As demais situações que podem ocorrer se relacionam ao controle difuso das leis e atos normativos. Poderá o magistrado aplicar lei inconstitucional; afastar a aplicação de

lei constitucional sob o argumento da inconstitucionalidade aplicando lei inconstitucional; afastar a aplicação de lei constitucional sob o argumento de inconstitucionalidade de lei constitucional.

Em determinados casos, uma lei inconstitucional será a primeira a regulamentar a matéria, sem que a sua vigência implique a revogação de outra lei. É, por exemplo, o caso de lei que exorbita na possibilidade de regulamentação e limitação de direito fundamental, o tornando impraticável.

Se o magistrado se basear em tal lei, estará proferindo uma sentença também inconstitucional, uma vez que a norma individualizada expressa pelo pronunciamento judicial é resultado de uma norma geral inconstitucional.

A decisão judicial pode também ser inconstitucional porque aplica uma norma desconforme com a Constituição, verificando-se aqui que o respectivo tribunal viola o dever de recusar a aplicação de quaisquer normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados. (OTERO, 1993, p. 69/70).

Tal inconstitucionalidade já tem sido reconhecida no nosso ordenamento para os casos de ações condenatórias. Isso porque há previsão legal de inexigibilidade do título executivo judicial baseado em lei posteriormente declarada nula pelo STF.¹³ Percebe-se, portanto, uma tímida preocupação do legislador com sentenças inconstitucionais já transitadas em julgado.

Tal questão ainda é debatida na doutrina, havendo posicionamento no sentido de que tal previsão seria absurda e afrontaria principalmente à segurança jurídica.

Este é o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2007, p. 681), que se posicionam contrariamente à possibilidade de relativização da coisa julgada sob o fundamento de sua inconstitucionalidade: “Acontece que a coisa julgada não se sujeita - ou poderá se sujeitar - aos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, e, assim, mesmo antes do art. 27 da Lei 9.868/99 - que, na realidade, com ela não tem relação -, já era imune a tais efeitos.”

¹³ Art. 475-L, §1º, CPC: Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Por tratar de questão envolvendo o sistema cocentrado de controle de constitucionalidade, a ele deve se coadunar, de forma que se houver modulação dos efeitos temporais do julgamento de inconstitucionalidade, a coisa julgada poderá não ser atingida.

Tal situação não configura inconstitucionalidade superveniente da sentença, pois a lei em que ela se fundou já era inconstitucional desde sua edição, e assim também a sentença. A declaração posterior de inconstitucionalidade não significa que apenas posteriormente aquela lei veio a ser inconstitucional.

Ainda que haja a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, isso não retira o caráter de inconstitucionalidade da norma desde sua edição, apenas significa que sopesando a afronta à Constituição e as relações jurídicas já estabelecidas, é preferível que as relações já estabelecidas sejam mantidas, para que não haja afronta a outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente.

Também poderá ser inconstitucional a sentença por entender inconstitucional lei que é, em verdade, constitucional e aplicar lei inconstitucional, ou aplicar outra lei também constitucional. Não se trata de conferir o efeito repristinatório ao entendimento de inconstitucionalidade no controle difuso, o que não é possível.

Trata-se de situações em que há aparente conflito de normas ou, o que ainda é pior, quando o magistrado utiliza a lei inconstitucional para julgar pela analogia, por entender que a lei que disciplina a matéria especificamente é inconstitucional e não deve ser aplicada.

Há, aqui, a aplicação de norma inconstitucional, não havendo alteração, do ponto de vista do controle de constitucionalidade, por ter sido repelida norma constitucional.

Por fim, em situações iguais às já descritas, o magistrado irá afastar a aplicação de lei constitucional, sob o fundamento de inconstitucionalidade, mas aplicará outra lei constitucional.

Neste caso, o que se apresenta poderá ser um problema de ilegalidade, pelo desrespeito a determinada lei e aplicação de outra, mas não haverá inconstitucionalidade por ser a lei aplicada também constitucional.

Se a norma que o tribunal vai aplicar é também ela não inconstitucional, tal como a norma que ele afastou, então esta situação não é substancialmente diferente das decisões judiciais ilegais decorrentes da aplicação da lei x, em vez da lei y. A única diferença entre a hipótese F e os casos de decisões judiciais ilegais ou injustas reside no seguinte facto: na hipótese F, o fundamento que leva o juiz a aplicar uma outra norma, em vez da norma devida, reside no entendimento (errado) de que a primeira é inconstitucional, (OTERO, 1993, p. 74).

Vale ressaltar que há discussão doutrinária sobre a inexistência ou nulidade da sentença inconstitucional. Para aqueles que entendem ser a sentença inconstitucional inexistente, entende que é requisito mínimo para a existência da sentença a sua constitucionalidade, como Carlos Henrique Soares (2008, p. 247).

De outra banda, assim como para os demais atos do Poder Público declarados inconstitucionais, grande parte da doutrina entende ser nula, inválida, a sentença inconstitucional.

Uma decisão judicial que viole diretamente a Constituição, ao contrário do que sustentam alguns, não é inexistente. 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 à exigência absoluta da ordem constitucional, falta-lhe condição para *valer*, isto é, falta-lhe aptidão ou idoneidade para gerar os efeitos para os quais foi praticado. (THEODORO JUNIOR e FARIA, 2011, p. 197).

A constitucionalidade do ato normativo é requisito para sua validade, de modo que as normas declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal são nulas, mas não inexistentes. Deste modo, também é requisito de validade do pronunciamento judicial que ele encontre respaldo na Constituição.

7. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA SENTENÇA E OS MECANISMOS DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Assim como os atos dos demais Poderes Públicos, pode o pronunciamento judicial estar contaminado com vício de constitucionalidade, sob os argumentos já demonstrados.

Como leciona Paulo Otero (1993, p. 85), “as normas inconstitucionais nunca se consolidam na ordem jurídica, podendo a todo o momento ser destruídas judicialmente”. Como norma individualizadora do direito, a sentença inconstitucional também não pode sobreviver na ordem jurídica.

O Poder Judiciário é o que exerce com excelência a jurisdição constitucional, lhe cabendo interpretar e zelar pelo respeito às normas constitucionais. Tal dever ainda se mostra mais evidente em caso de afronta a direito fundamental, o que não pode ser admitido em nenhuma hipótese.

Por derradeiro, ainda no âmbito de uma vinculação dos juízes e tribunais aos direitos fundamentais, não se deverá perder de vista que os próprios atos judiciais que atentem contra os direitos fundamentais poderão constituir objeto de controle jurisdicional, fiscalização esta que, entre nós, é exercida, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal, na condição de autêntica Corte Constitucional, a quem incumbe, na medida em que ele próprio vinculado à Constituição e aos direitos fundamentais, não apenas a guarda, mas o próprio desenvolvimento da nossa Lei Fundamental. (SARLET, 2012, p. 382).

Enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença, o sistema recursal prevê mecanismos para o ataque da decisão inconstitucional, desde o agravo de instrumento até o recurso extraordinário.

A grande barreira para o ataque do pronunciamento judicial inconstitucional é, exatamente, a coisa julgada que confere aos efeitos da decisão a qualidade de imutabilidade e indiscutibilidade, de modo que nem mesmo se o magistrado que proferiu a sentença já transitada em julgado reconhecer que ela é inconstitucional poderá modificá-la.

Há no ordenamento jurídico brasileiro a previsão de hipóteses de relativização da coisa julgada: ação rescisória e revisão criminal. No âmbito criminal, a discussão acerca do tema é menos acirrada, pois a revisão criminal sempre é possível em benefício do réu e não é admitida em prejuízo a este. Além disso, a doutrina processualista penal não se ocupa muito do tema coisa julgada, como o faz a doutrina processualista civil, pela própria peculiaridade proveniente da matéria discutida no âmbito penal, o *jus puniendi* do Estado e o direito de liberdade do acusado.

Resta, então, estabelecer qual o mecanismo adequado para a relativização da coisa julgada pelo fundamento de sua inconstitucionalidade. Não se pretende sugerir a criação de uma nova modalidade de ação apenas para o questionamento da constitucionalidade das decisões, mas se pretende analisar as ações já existentes e destacadas pelos estudiosos do tema como possibilidades para a relativização da coisa julgada inconstitucional.

7.1 Ação Rescisória

A opção legislativa da coisa julgada demonstra, como já dito, a eleição da segurança jurídica. Porém, previu o legislador medidas e hipóteses específicas para a desconstituição da coisa julgada, sem afetação à segurança jurídica.

Enquanto no processo penal é possível a revisão criminal (apenas em favor do réu), há no processo civil a figura da ação rescisória, disciplinada nos artigos 485 a 495 do Código de Processo Civil.

Não é a ação rescisória um recurso, mas sim uma ação autônoma, e, no entendimento de Pontes de Miranda (1964, p. 61), por se tratar de “julgamento de julgamento” só entrará na relação jurídica processual examinada ao “desconstituí-la”, podendo, a partir de então, ser proferido novo julgamento.

Assim, o objeto dessa nova ação é justamente o pronunciamento judicial anterior já transitado em julgado que se quer desconstituir, abrindo-se a possibilidade para novo julgamento do caso.

É requisito para a propositura da ação rescisória que tenha havido o trânsito em julgado da decisão anterior. Dessa forma, não é possível concomitância entre recurso e ação rescisória. Assim, seria a ação rescisória a última medida prevista pelo legislador para a modificação do *decisum*.

O recurso visa a evitar ou minimizar o risco da injustiça do julgamento único. Esgotada a possibilidade de impugnação recursal, a coisa julgada entra em cena para garantir a estabilidade das relações jurídicas, muito embora corra o risco de acobertar alguma injustiça latente no julgamento. Surge, por último, a ação rescisória, que colima reparar a injustiça da sentença transitada em julgado, quando o seu grau de imperfeição é de tal grandeza que supere a necessidade de segurança tutelada pela *res iudicata*. (THEODORO JUNIOR, 2011, p. 719).

Há de se ressaltar dois pontos importantíssimos para a análise da possibilidade do cabimento da ação rescisória para a relativização da coisa julgada inconstitucional: a ação rescisória possui prazo decadencial de dois anos para sua interposição e só é cabível nos casos expressos no artigo 485¹⁴.

O prazo se mostra importante nessa análise, pois após esses dois anos tem-se a chamada coisa soberanamente julgada, uma vez que já rompido o prazo para a propositura da ação rescisória.

Não é aceitável, em se tratando de vício de constitucionalidade, que a sentença seja absolutamente sanada após o prazo da ação rescisória. A inconstitucionalidade continuará a ser inconstitucionalidade e, portanto, inadmissível a intangibilidade da sentença inconstitucional.

A segunda questão relevante é quanto às hipóteses de cabimento. Não há no rol taxativo do artigo 485 a previsão de rescisão da sentença por violação à Constituição. Há na

¹⁴ Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão, ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer so, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

doutrina e na jurisprudência entendimento de uma interpretação mais abrangente do inciso V, art. 485, para permitir da rescisória de sentença que viole literal disposição da Constituição.

Ao abarcar possibilidade de violação a disposição constitucional, entendeu a jurisprudência também ser afastada a aplicabilidade da súmula 343 do STF, para permitir que o cabimento da ação rescisória ainda que a sentença tenha sido fundada em dispositivo com interpretação controvertida nos tribunais ao tempo da decisão.

“O óbice do STF 343, segundo a qual é incabível ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando fundada a decisão rescindenda em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, é afastado quando a matéria é de índole constitucional.” (STJ, 3ª Seção, AR 1359-RO, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima).

Há, porém, um grande inconveniente. Poderá ocorrer de haver uma interpretação à época do julgado e essa interpretação ser modificada futuramente. É o que ocorre em caso mutação constitucional, de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e de interpretação conforme, métodos que são utilizados cada vez com mais frequência pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao prever a possibilidade de ação rescisória por literal violação a dispositivo de lei, não pretendia o legislador vincular tal possibilidade ao posicionamento dos Tribunais, mas tratava de situações de violações evidentes.

Ademais, haverá situações em que a inconstitucionalidade será formal, decorrente de *erro in procedendo*, contrário aos princípios constitucionais processuais, com a produção de um processo inconstitucional, sentença inconstitucional e consequente coisa julgada inconstitucional.

Nesses casos, não haverá direta e exclusivamente na sentença violação a dispositivo constitucional, mas trata-se de uma inconstitucionalidade irradiada pelo processo inconstitucional.

Percebe-se, portanto, que para admitir a ação rescisória como meio hábil a combater a coisa julgada inconstitucional deverá esta receber um tratamento diferenciado das demais causas de cabimento dessa ação. Apesar da inconstitucionalidade ser realmente um vício diferenciado da sentença, não parece ser da melhor técnica dar à mesma ação duas disciplinas diferenciadas.

Por essas razões, entende-se inapropriada a ação rescisória como meio hábil ao controle de constitucionalidade da sentença já transitada em julgado.

Não se acolhe, porém, o fundamento exposto por Carlos Henrique Soares (2009, p. 246):

Partindo do pressuposto de que a formação da “coisa julgada constitucional” depende de um processo legítimo e da preclusão impugnativa, isso, por si só, afasta a possibilidade legal de utilização da ação rescisória. Pois a decisão que não atende a um processo legítimo não transita em julgado; logo, não permitirá a utilização da ação rescisória, que tem como requisito legal para seu ajuizamento o trânsito em julgado.

Ora, apesar de conter o vício de inconstitucionalidade, até que seja declarada inconstitucional a sentença possui também uma presunção de constitucionalidade e, apesar de não encontrar fundamento de validade na Constituição, não se pode simplesmente afirmar que este não existe e, por isso, não houve o trânsito em julgado.

Ademais, poderá haver o entendimento pela constitucionalidade da sentença que se argumenta a inconstitucionalidade, passando a uma presunção absoluta de constitucionalidade.

Não se trata, pois, de retroatividade da formação da coisa julgada no caso de declaração da constitucionalidade da sentença, mas de retroatividade da declaração de inconstitucionalidade da mesma, a tornando sem qualquer validade.

Porém, diferente é o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, para os quais o instrumento hábil à desconstituição da coisa julgada seria a ação rescisória, porém sem a observância do prazo para a rescisória, pois “a coisa julgada inconstitucional é nula e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais” (2011, p. 207).

Refutar o prazo estipulado pelo legislador não é a melhor solução, pois implica em dar uma nova regulamentação a um instituto já regulamentado pelo legislador, que não é o que se busca neste trabalho.

7.2 *Querela Nullitatis*

A *querela nullitatis* é, também, uma ação autônoma, sobre a qual “põe-se de acordo a doutrina que, no art. 741, I, subsiste a vetusta *querela nullitatis* romana” (ASSIS, 2004, 218), podendo ser manejada após o prazo da ação rescisória.

Cuida-se de ação utilizada para invalidar sentença existente. Não há previsão ou regulamentação expressa em nosso sistema processual para esta ação, mas a doutrina a identifica a uma possibilidade de impugnação ao cumprimento de sentença e embargos à execução da Fazenda Pública, quando é proferida decisão contrária ao réu e o processo correu à sua revelia, porque não foi citado ou porque sua citação foi nula.

Portanto, visa a ação de *querela nullitatis* desconstituir a coisa julgada nula, que é exatamente o que se busca quando há a formação da coisa julgada inconstitucional.

Em que pese haver entendimento doutrinário no sentido de que a *querela nullitatis* se presta a declarar a inexistência de um ato, entende-se, como dito, que se trata de ação para desconstituição de sentença existente, porém inválida, nula e já acobertada pela coisa julgada. Tal discussão advém das origens da *querela nullitatis*, devido ao termo “nulo” utilizado no direito romano que alguns entendem que equivaleria a inexistente.

A *querela nullitatis* foi concebida com o escopo de atacar a imutabilidade da sentença convertida em *res judicata*, sob o fundamento, consoante Moacir Amaral Santos, de achar-se contaminada de vício que a inquinasse de nulidade, visando a um *indicium rescindens*.(NASCIMENTO, 2012, p. 53/54).

Uma sentença inconstitucional não pode ser perpetrada no ordenamento jurídico pela coisa julgada, de modo a merecer a declaração de nulidade a qualquer tempo que alegada, sendo impossível a convalidação de um vício de inconstitucionalidade.

Seria, portanto, a *querela nullitatis* o instrumento a ser utilizado para atacar a coisa julgada inconstitucional. Resta, então, a questão da competência para a análise de tal ação.

Dois argumentos são levantados pela doutrina para definir que a competência para a ação da *querela nullitatis* é do próprio juiz que proferiu a sentença. O primeiro

argumento deriva da aproximação da *querela nullitatis* com a impugnação do cumprimento de sentença (art. 475-L, I, CPC), que será julgada pelo próprio juízo que proferiu a sentença.

Outro fundamento, a nulidade da sentença pela declaração de inconstitucionalidade está relacionada ao controle de constitucionalidade, tendo todos os magistrados do Brasil competência para analisar a constitucionalidade na via difusa.

Ocorre que, apesar de ser trazida como matéria de exceção, a *querela nullitatis* é uma ação autônoma, mesmo não sendo ação constitucional do controle de constitucionalidade.

Portanto, não se pode definir a competência para a análise pela aproximação à impugnação ao cumprimento de sentença nem ao controle difuso de constitucionalidade.

Por outro lado, a nulidade da sentença pela declaração de inconstitucionalidade não é equiparada à declaração de nulidade de lei pela inconstitucionalidade justamente devido à coisa julgada, que é um obstáculo maior a ser vencido que a sentença apresenta do que a lei.

Ademais, o próprio legislador que criou a lei tem o poder de revogá-la, de modificá-la, de derogá-la, enquanto que após a prolação da sentença, o magistrado esgota a sua prestação jurisdicional de modo a não poder alterar a sentença que proferiu.

Desta forma, para a fixação da competência, deveria ser aplicada analogicamente a regulamentação da ação rescisória, em que o legislador conferiu competência ao tribunal para romper a barreira da coisa julgada e rescindir a sentença.

José Carlos Barbosa Moreira, apesar de não entender cabível a relativização da coisa julgada inconstitucional na forma aqui defendida, mas entender necessário que o legislador amplie, em casos específicos, o rol taxativo de relativização (art. 485, CPC), trata do cabimento da *querela nullitatis* e enfrenta a questão da competência, com o seguinte entendimento:

Bem diferente é a hipótese da “relativização”: aí, o que se pretende é que o órgão judicial reexamine, na substância (não quanto aos corolários de mero *error in procedendo*), a matéria julgada; e não se perca de vista o fato de que, na grande maioria dos casos, a sentença de primeiro grau terá sido substituída por acórdão (art. 512). Ora, constituiria subversão inaceitável aceitar que juízo inferior revisse, no mérito, decisão proferida por tribunal (eventualmente, pelo STF). Para respeitar a hierarquia, o pedido de reexame teria de dirigir-se ao tribunal, como se dá na ação rescisória: ao STJ ou ao STF, respectivamente, se o acórdão acoimado de “injustiça grave” ou de “inconstitucionalidade” emanou de um ou de outro. (MOREIRA, 2007, p. 259/260).

Porém, não se pode perder de vista a reserva de plenário do artigo 97 da CF. Apesar do texto constitucional dizer em declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, deve ser estendido à declaração de inconstitucionalidade da sentença também, lembrando que não há regulamentação legal a tal situação.

Por fim, vale lembrar que mesmo para os doutrinadores que entendem ser a *querela nullitatis* ação para declarar a inexistência da sentença inconstitucional esta é a ação viável, por entenderem ser a sentença inconstitucional sentença inexistente, é o caso de Carlos Henrique Soares.

7.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Já se analisou a possibilidade de rompimento da barreira da coisa julgada para atacar a sentença inconstitucional na via de exceção, pela *querela nullitatis*. Resta, porém, saber se há meio de impugnação autônomo da decisão, por via de ação.

No sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, o ataque a leis e atos normativos inconstitucionais por via de ação ocorre apenas no controle concentrado, por meio das ações constitucionais previstas na Constituição Federal.

A ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade possuem aplicação restrita a leis ou atos normativos, que já foram definidos no capítulo concernente à jurisdição constitucional.

A resposta à questão apresentada pode ser encontrada na inovação trazida pelo legislador constituinte reformador, ao prever a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Não há dúvidas de que a ADPF ampliou o objeto das ações do controle concentrado de constitucionalidade, principalmente devido à regulamentação que recebeu da lei 9.882/99.

Tal ampliação pode ser nitidamente percebida pelo artigo 1º, *caput*, da lei 9.882/99, que prevê o cabimento da ADPF contra “ato do Poder Público”, diferentemente da ADI e ADECON em que há menção exata a “lei ou ato normativo”.

O parágrafo único desse mesmo artigo ainda prevê expressamente o controle de atos municipais e atos anteriores à Constituição Federal.

Tal ampliação do objeto do controle concentrado demonstra nitidamente a preocupação na garantia da ordem constitucional por todos os atos do Poder Público. Dessa forma, não se pode admitir que as decisões do Poder Judiciário que, como já dito, são também atos do Poder Público, possam afrontar à Constituição sem possibilidade de controle após o trânsito em julgado.

Desta forma, apesar de ainda não haver previsão expressa de controle das decisões judiciais, estas se encaixam no objeto da ADPF, por serem atos do Poder Público, sendo inadmissível a existência de ato contrário à Constituição em todo o sistema jurídico brasileiro.

Este é o entendimento demonstrado pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 75), em obra que trata especificamente da ADPF: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental poderá libertar dessas amarras formais o questionamento da decisão judicial concreta, abrindo a possibilidade para que a ADPF assumira, em certa medida, a função de um típico recurso constitucional entre nós.”

Há, porém, que lembrar que as decisões judiciais devem guardar os princípios da constitucionalidade e da legalidade. Determinadas decisões judiciais afrontam diretamente a lei, afrontando de forma reflexa a Constituição, pois esta confere validade à lei constitucional.

Sempre que a desobediência à legalidade implicar também desobediência à constitucionalidade, poderá também ser admitido o controle de constitucionalidade, sob pena de se admitir que a legalidade ou não da decisão impeça uma análise de constitucionalidade. É o caso, por exemplo, de decisão fruto de um procedimento em que foi retirada do réu a possibilidade de defesa. Haverá afronta às normas de direito processual e também ao princípio da ampla defesa.

Há, ainda, a questão do conteúdo da decisão e o paradigma do controle de constitucionalidade pela ADPF.

Como já dito no capítulo referente à jurisdição constitucional, a ADPF não tem como paradigma toda a Constituição Federal, mas os preceitos fundamentais, o que também já foi tratado em capítulo anterior.

Desses preceitos fundamentais, destaca-se, nas decisões inconstitucionais, a afronta aos direitos fundamentais, quer sejam de cunho material, quer sejam de cunho processual.

Por essas razões, procura o Tribunal formular um critério que limita a impugnação das decisões judiciais mediante recurso constitucional. Sua admissibilidade dependeria, fundamentalmente, da demonstração de que, na interpretação e aplicação do direito, o juiz desconsiderou por completo ou essencialmente a influência dos direitos fundamentais, de que a decisão se revela grosseira e manifestamente arbitrária na interpretação e aplicação do direito ordinário ou, ainda, de que se ultrapassaram os limites da construção jurisprudencial. (MENDES, 2007, p. 74).

Existindo meios de impugnação da decisão judicial que afronta a Constituição de forma reflexa, por primeiro afrontar a legalidade, esses meios devem sim ser esgotados. Pode-se adotar neste ponto, por analogia, a disciplina do recurso extraordinário.

Havendo a possibilidade de interposição de recurso extraordinário, este também deve ser interposto, para apenas depois poder se pensar no controle concentrado de constitucionalidade da sentença, rompendo a barreira da coisa julgada.

Isto porque a questão do controle de constitucionalidade da sentença, como já dito, ainda não é sedimentada devido à necessidade de rompimento da barreira da coisa julgada. Enquanto não existir a coisa julgada, deverá a parte buscar a correção da sentença pelos meios processuais já previstos, os recursos.

Tal requisito se mostra necessário ao próprio exercício efetivo da jurisdição. Imagine-se, por exemplo, se a parte pudesse deixar de interpor os recursos cabíveis contra a sentença inconstitucional para aguardar o trânsito em julgado e, então, provocar diretamente o Supremo Tribunal Federal quanto à questão da inconstitucionalidade.

Haveria um abarrotamento de ações no Pretório Excelso, inviabilizando o exercício das funções desse tribunal.

Ademais, tal atitude da parte violaria de forma evidente a boa-fé objetiva. Ora, a parte inconformada com o pronunciamento judicial deve impugná-lo, primeiramente, pelos

meios ordinários de impugnação e, se possível, posteriormente pelos recursos extraordinários. Esta é a atitude que se espera do litigante.

Aguardar a formação da coisa julgada apenas para depois poder impugnar a decisão contraria o padrão de atitude que é dele esperado. Além disso, configuraria flagrante ofensa à segurança jurídica.

A coisa julgada é exatamente a máxima demonstração da segurança jurídica no âmbito do Poder Judiciário e, fazê-la mero requisito para o ataque da decisão judicial contrariaria claramente sua razão de ser.

Ressalte-se, o interesse de retirar do sistema jurídico a decisão inconstitucional não é o de atender ao interesse da parte, mas é a garantia da ordem constitucional.

Necessário trazer isto à memória devido aos efeitos das ações do controle concentrado de constitucionalidade. A declaração de inconstitucionalidade da decisão judicial, assim como a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, terá eficácia *erga omnes, ex tunc* (desde que não sejam modulados os efeitos temporais da decisão) e vinculante, apesar da sentença inconstitucional ter sido proferida *inter partes*.

Explica-se. Apesar de ter como objeto uma norma individualizadora do direito para uma determinada situação, entre determinadas partes, tal norma pode ser repetidas em inúmeras outras decisões, proferidas por qualquer magistrado do Brasil.

Tal possibilidade de repetição das situações apresentadas em juízo é, por exemplo, o que possibilita o julgamento liminar em ações repetitivas, que tratem de matéria exclusivamente de direito, previsto no artigo 285-A, Código de Processo Civil.

Desta forma, o julgamento de inconstitucionalidade de uma dessas decisões, implica na inconstitucionalidade de todas as demais, impedindo que haja uma propositura imediata de ações para declarar a inconstitucionalidade das decisões por todos os demais que receberam uma sentença naquele mesmo sentido.

Também, lembra-se o já dito sobre a transcendência dos motivos determinantes da decisão, o que possibilita a vinculação dos magistrados ao decidirem casos semelhantes, na aplicação do direito fundamental que foi violado pela decisão impugnada.

Percebe-se, portanto, que a possibilidade do controle concentrado das decisões judiciais se justifica por não ser afeta necessariamente apenas àquelas partes, mas por poder ter ocorrido igual decisão em inúmeros outros casos.

Mas, como será o Supremo Tribunal Federal provocado para a análise do controle de constitucionalidade da sentença se, em primeiro momento, é esta apenas afeta às partes e as ações do controle de constitucionalidade possuem um rol taxativo de legitimados?

O art. 2º da lei 9.882/99 trata dos legitimados para a propositura da ADPF. O inciso II deste artigo previa que qualquer pessoa ameaçada ou lesada teria legitimidade para a propositura de tal ação, o que possibilitaria a provocação do Pretório Excelso pelas partes atingidas pela sentença. Mas, tal inciso foi vetado. Oportuno neste momento a transcrição das razões do veto:

A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais - modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimado para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade - sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso - torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento. (Presidência da República; Subchefia para Assuntos Jurídicos; Mensagem nº 1.807, de 3 de dezembro de 1999).

Percebe-se, portanto, que a legitimidade para a propositura da ADPF não foi ampliada a todos os cidadãos por razão política e funcional do Tribunal. Com certa razão, o livre acesso ao controle concentrado que originasse um volume de processos tão grande que tornaria praticamente impossível o julgamento é, em verdade, um “não-acesso mascarado”.

A possível solução da questão da legitimidade para a propositura da ADPF se apresenta, então, no §1º, art. 2º, da Lei 9.882/99, que prevê a possibilidade do interessado

representar do Procurador-Geral da República para que este ingresse com a ADPF, se entender cabível.

Tal solução é, sem dúvida, paliativa, pois não está o Procurador-Geral da República obrigado a ingressar com a ação. Por se tratar de possível descumprimento de direito fundamental, deveria sim o lesado ou ameaçado no direito ter legitimidade para a propositura, havendo, porém, a necessidade de uma melhor regulamentação da questão para não haver o acúmulo de ações.

Nessa hipótese, não há dúvida de que a matéria está a reclamar uma disciplina normativa que, a um só tempo, permita ao cidadão a possibilidade de levar seu pleito ao Supremo Tribunal sem afetar o funcionamento da Corte, e o excesso de demandas. (MENDES, 2007, p. 89).

Conclui-se, portanto, ser cabível a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para impugnação do pronunciamento judicial inconstitucional transitado em julgado, visto ser a decisão do Poder Judiciário ato do Poder Público, que não foi ressalvado nas hipóteses de cabimento da ADPF.

8 CONCLUSÃO

Apesar de competir principalmente ao Poder Judiciário o poder-dever de zelo e guarda da Constituição, lhe sendo possível o controle de constitucionalidade dos atos dos demais Poderes Públicos, seus atos não podem ficar indiferentes ao controle de constitucionalidade.

Pela grande valorização do Poder Judiciário, parece difícil para muitos que as decisões proferidas pelos magistrados possam violar normas constitucionais, mormente normas de direitos fundamentais, em que a violação gera efeitos práticos mais gravosos.

Sendo também ato do Poder Público deve, portanto, serem os pronunciamentos judiciais submetidos a um controle de constitucionalidade.

A coisa julgada privilegia a segurança jurídica e tornam imutáveis os efeitos da sentença, não podendo nem mesmo o magistrado que a proferiu alterá-la. A coisa julgada tornaria, portanto, intocável a sentença.

Porém, o próprio ordenamento jurídico prevê hipóteses em que a coisa julgada pode ser relativizada e o legislador vem se mostrando atento às possibilidades de inconstitucionalidade da sentença, que não podem subsistir, ao prever a ineficácia do título executivo judicial baseado em lei transitada em julgada.

Extrai-se, portanto, que a sentença, como ato do Poder Público, pode conter vício de inconstitucionalidade e não deve subsistir no sistema jurídico vigente tal norma individualizadora do direito previsto em abstrato pelo legislador.

Da mesma forma que os atos normativos, pode a sentença conter vícios formais e materiais, de modo que a sentença pode violar diretamente a Constituição, pode aplicar norma inconstitucional e, ainda, pode afastar a incidência de norma constitucional com o fundamento de inconstitucionalidade e aplicar norma também constitucional, gerando, nesta última hipótese, um vício de ilegalidade.

Da análise dos meios de impugnação das decisões transitadas em julgado, conclui-se que é possível o ataque à decisão protegida pela coisa julgada tanto por meio do controle difuso, quanto por meio do controle concentrado, assim como acontece com as leis e atos normativos.

A ação da *querela nullitatis* se mostra como a melhor opção para o controle difuso, enquanto a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é a ação do controle concentrado de constitucionalidade que melhor se adapta ao controle de constitucionalidade da sentença.

Nenhuma das duas ações possui regulamentação própria para este objeto do controle de constitucionalidade, qual seja, o pronunciamento judicial, por excelência, a sentença.

Porém, tal situação não pode constituir óbice ao controle de constitucionalidade da sentença sob pena de se admitir a individualização inconstitucional do direito protegido pela segurança jurídica através da coisa julgada.

Assim, são apresentadas possíveis soluções a problemas processuais que se apresentam por falta de regulamentação, como competência para o julgamento e a legitimidade para a propositura da ação questionadora da constitucionalidade da sentença, a fim de contribuir não apenas com uma teoria do controle de constitucionalidade da sentença, mas também enfrentar as questões necessárias para a concretização desse controle.

Espera-se que, com o desenvolvimento do direito constitucional e a crescente preocupação na constitucionalidade dos atos do Poder Público, venha o legislador a regulamentar melhor a matéria, de forma a não restar dúvidas sobre o controle de constitucionalidade da sentença e a relativização da coisa julgada inconstitucional.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARTEIRO, Rodrigo Lemos. **O Trâmite Procedimental da Súmula Vinculante e seu Controle de Constitucionalidade sob a Égide da Emenda Constitucional nº 45**. Disponível em http://www.cursofmbbauru.com.br/artigos/FMB_Artigo0036.pdf. Acessado em 05 de maio de 2012.

ASSIS, Araken de. **Eficácia da coisa julgada inconstitucional**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2012.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em 04 de agosto de 2012.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acessado em 04 de agosto de 2012.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acessado em 04 de agosto de 2012.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de novembro de 1973**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acessado em 04 de novembro de 2011.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acessado em 30 de abril de 2012.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm. Acessado em 30 de abril de 2012.

BRASIL. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Mensagem nº 1.807, de 03 de Dezembro de 1999**. Brasília, 02 de Dezembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm. Acessado em 08 de setembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 363889 - Superação da coisa julgada para possibilitar nova ação de investigação de paternidade em face de viabilidade de realização de exame de DNA**. Relator: Ministro Dias Toffoli, Brasília, publicado no Diário de Justiça em 16 de dezembro de 2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+363889%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+363889%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acessado em 01 de agosto de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 2363/PA - Sequestro de recursos do Município de Capitão Poço. Débitos Trabalhistas. Afronta à autoridade da decisão proferida na ADI 1662**. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, publicado em 01 de abril de 2005. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28reclama%E7%E3o+2363%29&base=baseAcordaos>. Acessado em 28 de julho de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 96.301 - Habeas corpus preventivo impetrado em benefício de Fábio Feldman, Diretor Presidente da Guarda Municipal de Americana/SP, contra ato proferido por este Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na aprovação do enunciado da Súmula Vinculante nº 11**. Relatora: Ministra Ellen Gracie, Brasília, publicado no Diário de Justiça em 08 de dezembro de 2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA>

[A%2E+E+96301%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas](#). Acessado em 28 de julho de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Rescisória 1359/RO - DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Servidor Público Civil - Sistema Remuneratório e Benefícios**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Brasília, publicado no Diário de Justiça em 26 de novembro de 2006. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=2755218&num_registro=200000797073&data=20061127&tipo=5&formato=PDF. Acessado em 25 de agosto de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1056694/RS - Ação Rescisória. Decadência do direito de obter a rescisão do julgado interposto pela ora agravante**. Relator: Ministro Vasco Della Giustina, Brasília, publicado no Diário de Justiça em 27 de fevereiro de 2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp#DOC1>. Acessado em 25 de agosto de 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 1. ed. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009.

COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: De Palma, 1998.

DELGADO, José Augusto. **Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias.** In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional.** 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito Processual Civil.** 13. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2011. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos da sentença.** 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DRUMMOND, Pulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. **Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e de Civil Law.** In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR.** Salvador: JusPODIVM, 2010.

ERCOLIN, Renato Augusto. **O controle de constitucionalidade concentrado das súmulas vinculantes.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14326>>. Acesso em 01 de maio de 2012.

FAGUNDES, Migual Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 14 ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença:** e outros escritos sobre a coisa julgada . 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento.** 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental:** comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória:** das sentenças e outras decisões. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

MORAES. Alexandre de. **Direito constitucional.** 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas 2011.

MORAES. Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais:** garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual:** (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. **Ainda e sempre a coisa julgada.** In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Direito Processual Civil:** ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Coisa julgada, segurança jurídica e verdade social - justiça na decisão judicial.** In NASCIMENTO, Carlos Valder do; THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica.** Belo Horizonte: fórum, 2011.

NICOLAU JUNIOR, Mauro. **Paternidade e Coisa Julgada: limites e possibilidades à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais.** 1. ed, 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional.** Lisboa: LEX, 1993.

SANTOS, Bruna Izídio de Castro. **O princípio contramajoritário como característica do controle de constitucionalidade.** 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada: ensaios.** 3. ed., rev. e aum. Porto Alegre: Fabris, 1995.

SOARES, Carlos Henrique. **Coisa julgada constitucional: teoria tridimensional da coisa julgada: justiça, segurança jurídica e verdade.** 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC – 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito.** Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/69.pdf>. Acesso em 01 de maio de 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle.** In NASCIMENTO, Carlos Valder do; THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica.** Belo Horizonte: fórum, 2011.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A distinção entre normas e princípios.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id9091. Acesso em 28 de abril de 2012.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Transcendência dos motivos determinantes.** Disponível em: <http://www.jus.com.br/revista/texto/12482/transcendencia-dos-motivos-determinantes>. Acesso em 26/08/2012.