

UNIVERSIDADE GAMA FILHO

FREDSON TIMBIRA DIAS DOS SANTOS

**O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A PROBLEMÁTICA DA “COISA
JULGADA” INCONSTITUCIONAL
(ESTUDO DE CASOS)**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Área de Concentração:
Direito, Estado e Cidadania

RIO DE JANEIRO

2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Fredson Timbira Dias dos Santos

**O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A PROBLEMÁTICA DA “COISA
JULGADA” INCONSTITUCIONAL
(ESTUDO DE CASOS)**

Dissertação de Mestrado apresentada
ao Curso de Pós-Graduação em Direito
da Universidade Gama Filho, como
requisito para obtenção do título de
Mestre em Direito, sob a orientação da
Prof^ª. Margarida Maria Lacombe
Camargo.

RIO DE JANEIRO

2008

Fredson Timbira Dias dos Santos

**O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A PROBLEMÁTICA DA “COISA
JULGADA” INCONSTITUCIONAL.
(ESTUDO DE CASOS)**

Dissertação de Mestrado apresentada
ao Curso de Pós-Graduação em Direito
da Universidade Gama Filho, submetida
à aprovação da seguinte banca
examinadora:

Data da Defesa: 25 de abril de 2008.

Local: Universidade Gama Filho
(Unidade Candelária)

Prof. Dr. Cleber Francisco Alves

Prof. Dr. Marco Aurélio Lagreca
Casamasso

Prof^a. Dr^a Margarida Maria Lacombe
Camargo (orientadora)

Com Amor...

Dedico esta dissertação à minha família, especialmente na pessoa de minha mãe, Angelica Timbira dos Anjos Dias, que me trouxe ao mundo e possibilitou meu ingresso no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho, apoiando-me incondicionalmente em todas as decisões.

À minha mulher, Tâmara Santana Silva, pessoa que aprendi a admirar e a amar ao longo de minha jornada acadêmica, desde os primeiros períodos de faculdade em 2001, na escola de Direito da Universidade Gama Filho em Piedade, Rio de Janeiro, trilhando comigo o mesmo caminho rumo à academia.

E à minha filha Maria Clara, fruto concebido do amor e que chegou ao mundo nesta etapa de minha vida acadêmica, trazendo luz e inspiração para a elaboração deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

A feitura deste trabalho seria impossível sem a colaboração de todos aqueles que participaram, direta ou indiretamente, do desenvolvimento da pesquisa que ora se apresenta.

Poderia, numa rápida abordagem, agradecer de forma geral e abstrata a todos os que me ajudaram a tornar esse sonho uma realidade. Esse sonho se realizou e, graças aos amigos, colegas e especialmente à minha família, foi possível transformá-lo em realidade. Entretanto, estaria propenso a cometer injustiças se não individualizar e destacar algumas contribuições dadas por pessoas e instituições especiais que ficarão guardadas em nossa mente, especialmente nesta etapa da minha vida acadêmica.

Primeiramente agradeço a Deus, pai eterno que sempre nos guia e serve-nos de fonte de inspiração por sempre acreditar no sucesso de seus filhos.

À instituição,

Universidade Gama Filho, por fornecer condições materiais e intelectuais para meu ingresso na vida acadêmica, especialmente em nome do Programa de Iniciação Científica (PIBIC/UGF), programa que me subsidiou financeiramente durante a Graduação em Direito, nesta Instituição de Ensino Superior, possibilitando extrair todos os proveitos mínimos e necessários para a minha formação acadêmica.

Ao grupo de Pesquisa do Laboratório de Análise Jurisprudencial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho, que me trouxe toda bagagem em pesquisa e do ambiente propício à troca de experiência entre os diversos integrantes.

À professora Doutora Maria Paulina Gomes por ter sido fonte de inspiração nessa trajetória, fazendo-me discípulo que procura cultivar os seus ensinamentos.

Ao professor Doutor José Ribas Vieira pela predisposição intelectual que me fez abrir caminhos nesta dissertação e no exemplo de humildade acadêmica a ser seguido.

À professora Doutora Maria Margarida Lacombe Camargo pela orientação cuidadosa e sincera na confecção deste trabalho, tendo em seus questionamentos me provocado a melhorá-lo cada vez mais.

À professora Doutora Vanice Regina Lírio do Valle por acreditar em mim e ter aberta a porta para meu ingresso no magistério.

O jurista de nossos dias costuma olhar para o mundo como se este estivesse dominado pelo direito e pela coerção jurídica. Este mundo, o mundo do jurista, determina sua cosmovisão de acordo com o qual o direito e a coerção jurídica são o princípio de todas as coisas.

Eugen Ehrlich

RESUMO

A presente dissertação discute o problema da coisa julgada inconstitucional no Superior Tribunal de Justiça, a partir de um estudo teórico-dogmático e prático, apoiando-se na metodologia de estudo de casos do Laboratório de Análise Jurisprudencial, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho. Recentemente têm existido, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, discussões sobre a cognominada 'relativização da coisa julgada', ou melhor, a circunstância de a sentença transitada em julgada contrariar a Constituição e tal fato tem levado a se questionar sobre a viabilidade de fiscalização dos atos judiciais quando em desconformidade com o texto constitucional, após o esgotamento da via recursal, bem como a instituição de mecanismos aptos ao controle desses atos. Nessas circunstâncias, o manto da coisa julgada pode ser visto sob inúmeros enfoques, dos quais surgem algumas inquietações. A que nos propomos enfrentar, requer o levantamento inicial de algumas questões preliminares que nortearam a pesquisa, a saber: a) os atos do Poder Judiciário são suscetíveis de controle de constitucionalidade, mesmo após o prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação rescisória?; b) a abordagem teórica sobre a coisa julgada inconstitucional no Brasil é igualmente aplicada nas decisões do STJ? Assim, o trabalho tem como objetivo tratar de duas questões básicas, a saber: a) demonstrar o sentido ambivalente da segurança jurídica, de modo que a sua correta compreensão importará numa análise racional da coisa julgada inconstitucional; b) perceber o posicionamento do STJ em matéria de coisa julgada inconstitucional, a partir da escolha de casos paradigmáticos decididos desde 1998. Portanto, foi elaborado um estudo analítico a partir de três decisões do STJ, representativas na temática da relativização da coisa julgada. Foram acórdãos escolhidos livremente da jurisprudência da Corte, a partir das palavras-chave "coisa e/ou julgada e inconstitucional ou relativização ou ação rescisória", sendo escolhidos os recursos especiais n. 945.787 / Rio de Janeiro, n. 671.182 / Rio de Janeiro e n. 721.808 / Distrito Federal. Selecionados os casos, os mesmos foram analisados tomando-se por base um corte analítico, construído a partir de um recorte teórico previamente estabelecido, sobre o tema da coisa julgada inconstitucional, e objetivamente categorizado, servindo de marco compreensivo da efetivação ou não do discurso proferido pela doutrina, a fim de se conhecer a lógica que organiza o raciocínio jurídico. Assim, o corte analítico serviu de instrumento para a compreensão objetiva de cada caso analisado, o que lhe deu caráter científico, afastando-se das paixões subjetivas de quem se propõe à investigação.

Palavras-chave: coisa julgada – inconstitucional – relativização – ação rescisória.

ABSTRACT

The present dissertation discusses the problem of the unconstitutional *res iudicata* in the Superior Justice Court, starting from a theoretical-dogmatic and practical study, supporting itself in the methodology of studying cases adopted by the Analysis Jurisprudencial's Laboratory, from the Masters in law Program of Gama Filho University. Recently it has been existing, such in the doctrine as in the jurisprudence, arguments about the nicknamed 'relativization of *res iudicata*', which means the circumstance that a sentence of thing previously judged and without possibility to make an appeal to the Court has to contradict the Constitution. This fact leads us to questions about the viability of inspection of the judicial acts when in conflict with the Constitution text, after the exhaustion of the appeal process, as well the institution of apt mechanisms to the control of those acts. In these circumstances, the mantle of the thing judged can be seen under endless number of approaches, which make some doubts appear. The one that we intend to face, requires the initial study of some preliminary questions that guided our research, such as: a) are the actions of the Judiciary Power susceptible of constitutionality control, even after the two-year period for the proposition of the revision procedural act? ; b) the theoretical approach about the unconstitutional thing judged in Brazil is equally applied in the decisions of the STJ? That said, this study has as an objective to deal with two basic questions, such as: a) show the ambivalent sense of the juridical security, so that his correct comprehension will import in a rational analysis of the unconstitutional thing judged; b) to notice the positioning of STJ as regards to thing judged unconstitutional, starting from the choice of paradigmatic cases resolved since 1998. Therefore, an analytic study from three decisions of the STJ was elaborated, representative in the thematic of the relative in the thing judged. Sentences of the jurisprudence of the Court were chosen freely, starting from the following keywords "thing and/or judged and unconstitutional or the relative in the *res iudicata* or revision procedural act" and being chosen the special resources n. 945.787/ Rio de Janeiro, n. 671,182 / Rio de Janeiro and n. 721,808 / Federal District. As the cases were selected, they were analyzed based in an analytic view and considering a theoretical cutting previously established, about the subject of the unconstitutional thing judged, and objectively classified, serving of comprehensive landmark of the effectively or not of the idea defended by the doctrine, in order to itself know the logical that organizes the legal reasoning. That said, the analytic cut served of instrument for the objective comprehension of each case analyzed, which gave him scientific character, moving away the subjective passions found in who intends to the investigation.

Word-key: *res iudicata* – unconstitutional – relativization

LISTA DE ABREVIATURAS

AMS	– Apelação em Mandado de Segurança
ADI	– Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADC	– Ação Declaratória de Constitucionalidade
CC	– Código Civil
CEF	– Caixa Econômica Federal
CF	– Constituição Federal
COFINS	– Contribuição para o financiamento da seguridade social
CONAMP	- Associação Nacional dos Membros do Ministério Público
CP	– Código Penal
CPC	– Código de Processo Civil
CRFB/88	– Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DJ	– Diário da Justiça
DJU	– Diário da Justiça da União
DL	– Decreto-Lei
DDL	– Decretos-Leis
EC	– Emenda à Constituição
FGTS	– Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

FINSOCIAL	– Fundo de Investimento Social
Min.	– Ministro
MP	– Medida Provisória
MS	– Mandado de Segurança
PPGD	– Programa de Pós-Graduação em Direito
RE	– Recurso Extraordinário
Rel.	– Relator
Resp.	– Recurso Especial
STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
TRF/1	– Tribunal Regional Federal da 1ª Região
TRF/2	– Tribunal Regional Federal da 2ª Região
UGF	– Universidade Gama Filho

SUMÁRIO

	p.
1. INTRODUÇÃO	17
1.2 Delimitação do problema da investigação.....	17
1.3 Justificação e importância da investigação.....	25
1.4 Por que fazer um recorte teórico abordando a problemática da coisa julgada inconstitucional?.....	28
1.5 Metodologia de trabalho: a proposta do Laboratório de Análise Jurisprudencial como parâmetro para análise dos casos.....	30
1.5.1 Metodologia e técnicas utilizadas.....	32
1.5.2 Técnica de registro de dados em ficha.....	35

PARTE I

ESTUDO TEÓRICO-DOG MÁTICO

CAPÍTULO I

2. A SEGURANÇA JURÍDICA COMO COMPONENTE AMBIVALENTE DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	38
2.1 Considerações preliminares.....	38
2.2 A insegurança como ponto de partida.....	40
2.3 A segurança como corolário do Estado de Direito.....	43
2.4 A segurança e sua diferente concepção no Estado Social de Direito.....	45
2.5 A segurança como pressuposto e função do Direito.....	47
2.6 A segurança jurídica em sentidos objetivo e subjetivo.....	48
2.7 A coisa julgada e a segurança jurídica.....	53
2.8 O artigo 27 da Lei 9.868/99 e a segurança jurídica.....	56
2.8.1 Teoria da nulidade absoluta da norma inconstitucional.....	61
2.9 O STF e a questão da segurança jurídica.....	66

2.9.1	Da taxaço dos inativos.....	67
2.9.2	Município de Luís Eduardo Magalhães.....	72
2.10	Consolidando certos aspectos da segurança jurídica.....	76

CAPÍTULO II

3.	FUNDAMENTAÇÃO DA COISA JULGADA.....	80
3.1	Considerações preliminares: delimitando o objeto do capítulo.....	80
3.2	A coisa julgada no Processo Civil.....	81
3.3	Os limites objetivos da coisa julgada.....	85
3.4	Os limites subjetivos da coisa julgada.....	86
3.5	Mapeamento doutrinário sobre a coisa julgada.....	90
3.5.1	Conceito de José Carlos Barbosa Moreira sobre coisa julgada.....	90
3.5.2	Conceito de Enrico Tullio Liebman sobre coisa julgada.....	91
3.5.3	Conceito de Chiovenda sobre coisa julgada.....	92
3.5.4	Conceito de Elio Fazzalari sobre coisa julgada.....	94

CAPÍTULO III

4.	COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL.....	96
4.1	Delimitação semântica da coisa julgada inconstitucional em razão de sua indeterminação terminológica.....	96
4.2	O que é coisa julgada inconstitucional?.....	97
4.2.3	A concepção de Paulo Otero sobre as hipóteses de coisa julgada inconstitucional: tipologia do caso julgado.....	99
4.4	Existe controle de constitucionalidade das decisões judiciais?.....	105
4.4.1	Da constitucionalidade do artigo 741, §único do CPC.....	112
4.4.2	Sentenças inconstitucionais sujeitas a controle de constitucionalidade com base	

	no artigo 741, §único do CPC.....	113
4.4.3	Condições limitadoras para a utilização dos embargos com eficácia rescisória.....	117
4.5	Análise sobre os efeitos da decisão na ADI e na ADC.....	118
4.6	A coisa julgada inconstitucional pode ser convalidada?.....	125

CAPÍTULO IV

5.	CORTE ANALÍTICO SOBRE A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL.....	129
5.1	A importância de se construir um corte analítico sobre a coisa julgada inconstitucional para analisar decisões judiciais.....	129
5.2	Pela defesa da coisa julgada inconstitucional.....	132
5.2.1	A invocação dos princípios constitucionais e a força normativa da Constituição.	132
5.2.2	A clássica diferença entre Poder Constituinte e poderes constituídos: a importância de submeter os poderes constituídos à supremacia constitucional..	135
5.2.3	A proposta de ponderação de valores nos casos julgados inconstitucionais.....	139
5.2.3.1	Uma justificativa para o uso da ponderação e sua análise objetiva.....	142
5.3	A doutrina contrária à relativização.....	144
5.3.1	A coisa julgada como princípio constitucional e garantia da jurisdição.....	144
5.3.2	A excepcional hipótese de relativização da coisa julgada: o cabimento da ação rescisória.....	146

PARTE II
(ESTUDO DE CASOS)

CAPÍTULO V

6.	RECURSO ESPECIAL N. 671.182 / RIO DE JANEIRO.....	151
6.1	Dados gerais.....	151
6.2	Sinopse do caso.....	151
6.3	Ementa do acórdão.....	153
6.4	Posicionamento dos ministros.....	154
6.4.1	Ministro relator.....	154
6.5	Fontes utilizadas.....	155
6.5.1	Fontes doutrinárias.....	155
6.5.2	Fontes legislativas.....	155
6.5.3	Fontes jurisprudenciais.....	156
6.6	Dispositivos citados.....	156
6.7	Objeto do recurso.....	156
6.8	Análise do caso com base no recorte teórico da coisa julgada inconstitucional..	156
6.9	Excertos da decisão.....	159

CAPÍTULO VI

7.	RECURSO ESPECIAL N. 671.182 / RIO DE JANEIRO.....	163
7.1	Dados gerais.....	163
7.2	Sinopse do caso.....	163
7.3	Ementa do acórdão.....	165
7.4	Posicionamento dos ministros.....	167
7.4.1	Ministro relator.....	167
7.4.2	Ministro Teori Albino Zavascki.....	169
7.5	Fontes utilizadas.....	170

7.5.1	Fontes doutrinárias.....	170
7.5.2	Fontes legislativas.....	171
7.5.3	Fontes jurisprudenciais.....	171
7.6	Dispositivos citados.....	171
7.7	Objeto do recurso.....	171
7.8	Análise do caso com base no recorte teórico da coisa julgada inconstitucional..	172
7.9	Excertos da decisão.....	179

CAPÍTULO VII

8.	RECURSO ESPECIAL N. 721.808 / DISTRITO FEDERAL.....	187
8.1	Dados gerais.....	187
8.2	Sinopse do caso.....	187
8.3	Ementa do acórdão.....	189
8.4	Posicionamento dos ministros.....	191
8.4.1	Ministro relator.....	191
8.5	Fontes utilizadas.....	193
8.5.1	Fontes doutrinárias.....	193
8.5.2	Fontes legislativas.....	193
8.5.3	Fontes jurisprudenciais.....	194
8.6	Dispositivos citados.....	194
8.7	Objeto do recurso.....	194
8.8	Análise do caso com base no recorte teórico da coisa julgada inconstitucional..	195
8.9	Excertos da decisão.....	200
9.	CONCLUSÃO.....	204
10.	REFERÊNCIA.....	209

1 INTRODUÇÃO

1.2 Delimitação do problema da investigação

Um dos temas mais fecundos que configura uma questão jurídica ainda sem solução e sem o devido aprimoramento na dogmática jurídica é, certamente, a problemática da coisa julgada inconstitucional. Muitos doutrinadores desenvolvem trabalhos científicos voltados para a discussão da chamada “relativização da coisa julgada material¹” ou trabalhos congêneres², tentando solucionar ou pelo menos contribuir para a busca de consenso sobre o tema. Porém, inescapavelmente esbarram em questões constitucionais relevantíssimas, que demandam um alargamento de visão que ultrapassa a dogmática jurídica processual.

O presente trabalho transpassa a idéia da relativização da coisa julgada. Exige, portanto, uma discussão acerca da relativização da ação rescisória, de busca por controles de fiscalização dos atos judiciais violadores da norma constitucional, do enfrentamento de questões voltadas à justiça e à segurança jurídica. Enfim, demanda caminhar sobre um solo arenoso que requer cautela, porém requer se tenha um pensamento de vanguarda. Demanda, deste modo, a análise da relação da coisa julgada e da Constituição, valores importantes do ordenamento jurídico por situarem-se entre os pilares do Estado de Direito, quanto à questão da segurança e da previsibilidade dos direitos.

A temática da coisa julgada inconstitucional nos leva a discutir a viabilidade de fiscalização dos atos judiciais quando em desconformidade com a Constituição.

1 Nesse sentido, podem-se citar os valiosos trabalhos de José Carlos Barbosa Moreira (*Considerações sobre a coisa julgada material*), Leonardo Greco (*Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*) e Luiz Guilherme Marinoni (*Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*) etc.

2 Tem-se multiplicado, no direito brasileiro, inúmeras formulações doutrinárias acerca da relativização da coisa julgada. Indicativamente, vale mencionar algumas dessas várias acepções, tais como: “a proposta de revisão legislativa das balizas da coisa julgada”; “a flexibilização, de *lege lata* ou de *lege ferenda*, das hipóteses de cabimento da ação rescisória”; “a quebra propriamente dita da coisa julgada, independentemente (mesmo depois do decurso do prazo ou fora das hipóteses) da ação rescisória etc. Neste sentido, cf. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 376 e seguintes.

Pressupõe, no entanto, a interação com temas relacionados à justiça³ e à segurança.

Hodiernamente, surgem expressivas discussões acerca da relativização da coisa julgada por ulterior decisão em nova causa, quando não mais susceptível de ação rescisória, ou seja, depois de expirado o prazo decadencial de 2 (dois) anos para a propositura da mesma. Essas discussões pretendem se sustentar em vários motivos: desde a injustiça da decisão, passando pela idéia de afronta à dignidade da pessoa humana, pelo princípio da supremacia da Constituição ou, ainda, quando sobrevém decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal na ação de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei em que se baseou a sentença judicial, tendo em consideração a teoria da nulidade absoluta dos atos inconstitucionais.

Há quem sustente a impossibilidade de relativização da coisa julgada depois de expirado o prazo da ação rescisória, mesmo quando a decisão tenha violado direta e frontalmente norma constitucional ou princípio nela positivado. Cite-se, por exemplo, na doutrina brasileira, os posicionamentos de José Carlos Barbosa Moreira⁴, Luiz Guilherme Marinoni⁵, Leonardo Greco⁶, entre outros. Em síntese, estes autores argumentam que admitir tal hipótese incorrerá em ausência de critérios objetivos e racionais para relativizar a já relativizada coisa julgada,

3 Não obstante a integração da temática da justiça no debate sobre a relativização da coisa julgada inconstitucional, não se cogitará, na presente investigação, qualquer abordagem sobre a justiça, porquanto a sua abstratividade nos impede de conjecturar um sentido racional e minimamente aceitável, o que poderá ser inútil qualquer esforço no seu trato. Como bem salientou Luiz Guilherme Marinoni, crítico à relativização da coisa julgada inconstitucional, as soluções apresentadas para relativizá-la, quando desconforme com a Constituição, são simplistas para merecerem qualquer proteção, pois, no estágio de desenvolvimento do Direito, bem como na ausência de critérios racionais que se façam prevalecer, em todas as circunstâncias, não existe uma teoria de justiça consistente. Nesta linha crítica, o autor indica a ausência de qualquer definição do termo justiça, assim como qualquer busca por amparo nas diversas contribuições da filosofia do direito, afirmando que os adeptos da quebra da coisa julgada inconstitucional partem de uma noção vaga de justiça com senso comum. (MARINONI, Guilherme Luiz. *Sobre a chamada "relativização da coisa julgada material"*. Disponível em: <[www.http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/24.pdf](http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/24.pdf)>. Acesso em 06 de abril de 2007.).

4 MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada 'relativização da coisa julgada material'*. Revista Dialética de Direito Processual, v. 22.

5 MARINONI, Guilherme Luiz. *Op. cit.*

6 GRECO, Leonardo. *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 06 de abril de 2007.

condenando o instituto processual ao esvaziamento e, perdendo, por conseguinte, sua finalidade. Tem-se por justificativa, ainda, a inexistência de condições de disciplinar um processo que sempre conduza a um resultado justo etc.

Por outra via de análise, há autores no direito brasileiro que sustentam a possibilidade de relativizar a já relativizada coisa julgada em virtude de dar-se primazia à supremacia constitucional. Autores não menos renomados como Humberto Theodoro Júnior⁷, Cândido Rangel Dinamarco⁸ e José Delgado⁹ entre outros, dão como possível submeter os atos do Poder Judiciário ao controle de constitucionalidade, em virtude de enquadrá-los a conceito de atos do poder público, a exemplo do que acontece com a submissão dos atos do Legislativo e Executivo aos ditames constitucionais, por meio dos mecanismos de controle de constitucionalidade.

A coisa julgada é um instituto inerente ao Estado de Direito, o qual tem como base a idéia de segurança jurídica nas relações humanas tanto entre si quanto entre o homem e o Estado. Nesse sentido, o princípio da segurança jurídica é um corolário do princípio da legalidade. Assim, sendo a coisa julgada um instituto processual indispensável ao Estado de Direito, sua intangibilidade decorre da exigência de segurança jurídica.

No início do constitucionalismo ocidental, com as positavações dos direitos nas Declarações de Virgínia e Francesa e também nas Constituições que se sucederam, o modelo de Estado de Direito tinha a preocupação primeira em limitar o poder do governo, pois não havia distribuição funcional do poder e o governante tendia para o arbítrio por não se submeter ao império da lei. O movimento da racionalização do poder trouxe grande contribuição no sentido de submeter o poder do rei ao direito, haja vista o direito preexistir à própria regra de direito. A

7 JÚNIOR, Humberto Theodoro. *O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado*. In: Revista de Processo – 127, p. 09/53.

8 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

9 DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. Palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Processo Civil e Trabalhista, Natal/ RN, 22.09.2000.

partir dessa perspectiva, os países ocidentais¹⁰ sempre conviveram com a possibilidade de se controlar a constitucionalidade dos atos dos poderes Executivo e Legislativo.

Desde o período oitocentista até início do século XXI, vê-se uma lenta passagem silenciosa de um “*Estado-legislativo-parlamentar para um Estado jurisdicional executor da Constituição*”, como aponta Canotilho¹¹. E posteriormente ao período pós-1945, momento de grande ascensão da jurisdição constitucional ao redor do mundo, tem-se um Poder Judiciário se intitulando o senhor da Constituição¹², capaz de dizer e definir a sua própria competência, que por trás de generosas idéias de garantia judicial de liberdades e da principiologia da interpretação constitucional podem esconder-se a vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos. O Poder Judiciário, portanto, pode esconder, por trás de sua própria atuação, sua intenção de predomínio para justificar a necessidade de garantia dos direitos fundamentais,

10 Cabe frisar que a Inglaterra, país de tradição consuetudinária, por fazer parte da família jurídica da *Common Law*, embora pertencente ao mundo ocidental, ao que se faz alusão, não teve essa convivência histórica que tiveram outros países europeus ocidentais, de tradição de *Civil Law*, o que não se pode dizer que há um sistema de controle de constitucionalidade porque sua Constituição é classificada como material e não escrita, bem como quanto à estabilidade ser tida por flexível. Pelo fato de sua Constituição ser flexível não existe diferença entre as normas constitucionais e as normas comuns ordinárias por inexistir procedimento solene e mais dificultoso para a alteração das normas constitucionais. Naquele país o procedimento utilizado para a modificação e criação das normas comuns ordinárias é o mesmo utilizado para a modificação das normas constitucionais, o que nos levar a admitir que o controle de constitucionalidade é irrelevante.

11 CANOTILHO, J. J. Gomes, "A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional". In: Jorge Miranda (Org.). *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1987, p. 352.

12 Sobre a locução “o senhor da Constituição”, remetemos à crítica de Ernst Forsthoff ao Estado constitucional de Direito no estudo feito por Luis M. Cruz na obra “*La constitución como orden de valores: problemas jurídicos y políticos (um estudio sobre los Orígenes del neoconstitucionalismo)*”. Forsthoff sustentou que com a mudança de interpretação classificadora de sentido, direcionada a conteúdos materiais e valorativos, tem a Constituição perdido, em pequeno lapso de tempo, sua formalidade, racionalidade e evidência, gerando uma deficiência de sua função estabilizadora da sociedade. O sentido valorativo do texto constitucional faz com que o juiz seja o senhor da Constituição, pois enquanto que no Estado de Direito o intérprete submete-se à Constituição, o juiz que interpretação a Constituição como ordem de valores se converte, consciente ou inconscientemente, no senhor da Constituição, na medida em que se apodera de seu caráter decisório, usurpando para si a competência de sua decisão. (FORSTHOFF, Ernst *apud* CRUZ, Luis M. *La constitución como orden de valores: problemas jurídicos y políticos*. Granada: Comares, 2005, p. 64-65.

aproveitando-se de uma fragilidade das instituições e o descrédito que às vezes atormenta os demais poderes do Estado.

Diante desse cenário, há quem imagine não ser possível submeter os atos do Poder Judiciário ao princípio da supremacia da Constituição após o trânsito em julgado de uma decisão, e preclusão do prazo decadencial de 2 (dois) anos para ajuizamento de ação rescisória. Todavia, por outro lado, há quem sinalize serem passíveis de controle os atos jurisdicionais¹³, pois estes devem se inserir dentro do conceito de atos do poder público.

A partir dessa discussão, ainda que seja louvável tentar submeter os atos do Poder Judiciário ao princípio da constitucionalidade, mister se faz obedecer ao princípio da Separação de Poderes, devendo o Judiciário respeitar os seus próprios limites, para não praticar atos desprovidos de guarida no sistema jurídico, ainda que bem intencionados. Com esse impasse, é importante indagar se há no nosso sistema jurídico brasileiro instrumentos objetivos para se quebrar a coisa julgada inconstitucional fora do prazo estabelecido pelo Legislador para o ajuizamento da ação rescisória, não obstante seja o caso julgado eivado de inconstitucionalidade¹⁴. O impasse surge no momento em que há correntes doutrinárias tentando justificar a obediência ao princípio da constitucionalidade dos atos do poder público quando estes forem dotados de flagrante inconstitucionalidade, mesmo depois de esgotado o prazo para a ação rescisória. Justifica-se, portanto, satisfazer a supremacia constitucional em detrimento da suposta segurança jurídica?

13 OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993. Nesse sentido, sinaliza o constitucionalista português que o princípio da constitucionalidade e o seu efeito negativo que provém dos atos inconstitucionais não se dirigem apenas para os atos do legislativo, mas também a todo e qualquer ato do poder público. Deste modo, posiciona-se o autor: "... podemos registrar que toda actividade jurídica (e política em sentido estrito) se encontra subordinada ao princípio da constitucionalidade". OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 30.

14 É importante registrar que já houve entendimento jurisprudencial no sentido da desconsideração da coisa julgada independentemente (ou melhor, fora do prazo até) de ação rescisória pelos tribunais superiores STF e STJ, nos seguintes precedentes, respectivamente: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 105.012-RN - 1ª Turma. Relator: Néri da Silveira. Brasília, DJ, 1 de julho de 1988 e Brasil, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 226.436-PR - 4ª Turma. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DJ, 04 de fevereiro de 2002. Não se nega a excepcionalidade das questões, mas, mesmos nesses casos, não há uma sistematização que norteie as soluções excepcionais de quebra da coisa julgada fora do prazo decadencial de 2 anos para a propositura da ação rescisória.

Sensível a tais questões, o legislador constituinte português demonstrou preocupação quando em sua Constituição deu tratamento constitucional ao caso julgado inconstitucional¹⁵. Diferentemente do caso português, o direito brasileiro apenas deu tratamento infraconstitucional ao caso, reservando a possibilidade de se ressalvar, por exemplo, os casos julgados inconstitucionais após decisão de mérito pelo STF em ação direta de inconstitucionalidade, consoante dispõe a lei 9.868/99¹⁶.

Ainda sobre a legislação brasileira, o legislador também esteve ciente da importância desta questão ao inserir o § único do artigo 741, do Código de Processo Civil, que trata dos embargos à execução contra a fazenda pública, quando permite ao magistrado considerar inexigível 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. Nesse caso, está-se diante de um instrumento objetivamente validado pela legislação, conferindo poderes ao Judiciário para negar a execução ao caso julgado inconstitucional, independentemente de ter esgotado o prazo para ajuizamento de ação rescisória ou mesmo de ter sido ajuizada a ação no prazo estabelecido. Fora essa possibilidade, a ação rescisória não contempla objetivamente hipótese para se cassar a coisa julgada, mesmo esta sendo incompatível com o mandamento constitucional, haja vista inexistir referência desta natureza nos incisos do artigo 485, do CPC.

Existem entendimentos jurisprudenciais que exploram o tema e admitem cassar o caso julgado por inúmeras formas, e, dentre essas, admite-se quebrar o caso julgado por meio de ação declaratória, bem como a partir da readaptação

15 Atenta a esta questão, a Constituição Portuguesa de 1976 dispôs claramente em seu artigo 282, n. 3 que “*Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo mais favorável*”.

16 Diz o artigo 27 da Lei 9.868/99: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

interpretativa do inciso V, do artigo 485, do CPC¹⁷. Nesse sentido, tem-se possibilitado ajuizar ação rescisória com base no inciso V quando à época da decisão rescindenda, fosse controvertida a interpretação de texto constitucional, afastada a aplicação da Súmula 343 do STF¹⁸.

O tribunal que tem se destacado no Brasil quanto à admissão da quebra da coisa julgada quando a decisão for incompatível com o mandamento constitucional é o Superior Tribunal de Justiça. Neste tribunal, inúmeros precedentes indicam uma tendência ao acolhimento da tese da coisa julgada inconstitucional e, nesse aspecto, importa destacar a atuação dos Ministros José Delgado e Teori Albino Zavascki. Os referidos ministros¹⁹ têm sido considerados grandes expoentes da tese da coisa julgada inconstitucional, influenciado diretamente nos julgados da Corte quando colacionam suas teorias nos casos decididos, quando são relatores dos mesmos.

Atualmente, o manto da coisa julgada pode ser discutido sob inúmeros enfoques, dos quais surgem algumas inquietações a que nos propomos enfrentar, fazendo-nos levantar, inicialmente, algumas questões preliminares que nortearam a pesquisa, a saber: a) os atos do Poder Judiciário são suscetíveis de controle de constitucionalidade, mesmo após o prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação rescisória?; b) a abordagem teórica sobre a coisa julgada inconstitucional no Brasil é igualmente aplicada nas decisões do STJ?

Na investigação proposta não houve pretensão no esgotamento do tema, o que suporia o término do debate sobre a coisa julgada inconstitucional. Ao contrário dessa pretensão, de forma científica e reflexiva, o presente trabalho

17 Diz o inciso V, do artigo 485, do CPC: A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

V – **violar literal disposição de lei**

(...)

18 Cite-se, por exemplo, o precedente Resp. 155.654/RS, DJ de 23.08.99, Resp. 36017/PE, DJ de 11.12.2000.

Diz a Súmula 343, do STF: Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

19 Nesse sentido, ver Resp. 218.354/RS e Resp. 233.662/GO, ambos tendo como relator o Ministro José Delgado.

objetivou tratar de duas questões básicas, a saber: a) demonstrar o sentido ambivalente da segurança jurídica, de modo que a sua correta compreensão importará numa análise racional da coisa julgada inconstitucional; b) perceber o posicionamento do STJ em matéria de coisa julgada inconstitucional, a partir da escolha e análise de casos paradigmáticos decididos desde 1998.

O desenvolvimento da pesquisa se dividiu em duas partes. A primeira reservou-se ao debate teórico-dogmático sobre a coisa julgada inconstitucional e compreendeu quatro capítulos. A segunda foi reservada ao estudo de casos, dando-se ao trabalho um enfoque prático a partir das análises dos casos decididos pelo Superior Tribunal de Justiça, na temática da coisa julgada inconstitucional.

Na primeira parte, composta de quatro capítulos, o estudo teórico-dogmático envolveu: no primeiro capítulo, a discussão da segurança jurídica como componente ambivalente da coisa julgada inconstitucional, partindo-se da discussão acerca da segurança em suas variadas dimensões e contextos históricos distintos, objetivando provar o sentido polissêmico do termo, bem como o fato de seu aproveitamento servir de pretexto para sustentar o dogma da coisa julgada, por um lado, e, por outro, sustentar a supremacia constitucional; no segundo capítulo, fez-se uma análise da fundamentação da coisa julgada, a partir de esclarecimentos sobre o instituto no direito brasileiro e, especialmente, no Processo Civil, visando eliminar algumas inconvenientes terminológicas criadas pela doutrina e até mesmo pela legislação, como pressuposto inicial para compreender a temática da coisa julgada inconstitucional; no terceiro capítulo, adentrou-se na temática propriamente dita da coisa julgada inconstitucional, importando no debate sobre a inadequação terminológica dos termos, que supostamente tornaria incompatível a sua junção, fazendo-nos discutir a sua delimitação semântica, bem como a análise do art. 741, parágrafo único do Código de Processo Civil, no intuito de demonstrar que o próprio legislador ordinário se tornou sensível ao tema, impossibilitando a produção de efeitos a algumas sentenças incompatíveis com a Constituição; no quarto capítulo, a discussão cingiu-se à criação de um corte analítico, dando-se destaque à sua importância

dentro do contexto metodológico a servir de base para as análises objetivas dos casos decididos pelo STJ, na temática da coisa julgada inconstitucional.

Na segunda parte da pesquisa, composta de três capítulos, onde se reservou o estudo prático das decisões judiciais, fez-se o estudo de casos a partir da interseção do corte analítico, previamente estabelecido como recorte teórico, nas decisões judiciais, a fim de demonstrar a percepção do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, ainda que de forma indicativa, a partir das amostras trabalhadas nas seguintes decisões: Res. n. 945.787 / Rio de Janeiro, Resp n. 671.182 / Rio de Janeiro e Resp n. 721.808 / Distrito Federal, respectivamente.

1.3 Justificação e importância da investigação

Uma proposta de investigar o processo de construção da jurisprudência brasileira, tendo como universo de referência o Superior Tribunal de Justiça se mostra importante por diversos fatores. Primeiro, porque tende a investigar, ainda que num segundo plano, a percepção do tribunal sobre o tema, notadamente a partir de decisões proferidas por seus principais expoentes na matéria - os Ministros José Delgado e Teori Albino Zavascki-, levando em consideração a interpretação e aplicação direta de suas teses doutrinárias na prática, possibilitando medir a força de seus argumentos pela capacidade de persuasão; segundo, porque não se tem notícia, no país²⁰, da utilização de metodologias

20 Há que se registrar o valioso trabalho realizado por Oscar Vilhena Vieira em sua obra "*Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*". São Paulo: Malheiros, 2006', onde o autor trabalha com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na temática dos Direitos Fundamentais. Isso já demonstra que, mesmo de forma lenta, a academia brasileira já se mostra preocupada com a importância do estudo jurisprudencial por se ele um instrumental capaz de nos fornecer elementos para favorecer o fortalecimento das habilidades do jovem leitor na conjugação da gramática dos direitos, especificamente dos direitos fundamentais, nas suas dimensões jurídicas, moral, política e econômica, conforme elucidado em sua metodologia. Entretanto, o referido autor ainda não trabalha as decisões judiciais de forma científica, utilizando-se de um método próprio de análise, com registros cadastrais sistematizados e o cotejamento de um recorte teórico com o caso concreto, à semelhança do método de estudo de caso utilizado pelo Grupo de Pesquisa Laboratório de Análise Jurisprudencial do Programa de Pós-Graduação em Direito da UGF. Em primeira análise, o autor busca se utilizar do estudo de caso como forma de ensino, diferentemente da proposta estabelecida pelo LAJ. Para mais informações sobre o L.A.J, cf.

próprias no direito, com suas técnicas e métodos, para análise de jurisprudência, de modo a dar um caráter científico à jurisprudência; e, por último, porque haverá, necessariamente, a aproximação, no desenvolvimento do trabalho, entre diversas áreas do Direito, dentre as quais se podem citar o Direito Constitucional, com uma perspectiva focada no princípio da constitucionalidade dos atos do Poder Público e no princípio da separação de poderes, e do próprio Direito Processual Civil, a partir da análise do conceito de coisa julgada e sua conseqüente relativização. Daí a sua interdisciplinaridade.

Outro aspecto relevante que torna a pesquisa importante é a utilização do estudo de caso com a jurisprudência acerca da matéria, pois se trabalhará uma metodologia particular, adotada pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho. Essa metodologia tem por base o estudo de casos paradigmáticos, diferentemente do que normalmente se faz na ciência jurídica, que, como se tem visto no meio acadêmico-jurídico, normalmente desenvolve trabalhos dogmáticos ou na importância simplesmente dada à decisão, no lugar dos fundamentos. A pesquisa a ser empreendida é resultado da expansão e ramificações do Laboratório de Análise Jurisprudencial (L.A.J), grupo de pesquisa vinculado ao PPGD da UGF e devidamente registrado na Plataforma Lattes, desenvolvendo pesquisas que têm como objeto as decisões do Supremo Tribunal Federal, na temática dos Direitos Fundamentais desde 2005.

O tema tem relevância jurídica e social, pois repercute diretamente sobre a sociedade e, em razão de sua complexidade, justifica-se a elaboração na área de concentração “Direito, Estado e Cidadania”, pois esta área destaca como seu objeto as relações entre o Estado, o Direito e os cidadãos brasileiros, entendidas como articulações entre poderes do Estado, seu ordenamento jurídico e as funções exercidas por esses poderes para assegurar a vigência da cidadania, na forma expressa pela Constituição Federal de 1988. Neste contexto, merecem

VIERA, José Ribas; DUARTE, Fernanda; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe *et al.* *Os direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal – Laboratório de Análise.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

atenção os estudos sobre as funções do Direito e do Poder Judiciário na sociedade brasileira, principalmente as que visam à administração de conflitos judiciais em diversos setores do ordenamento jurídico, como os de natureza civil.

A problemática da coisa julgada inconstitucional se coaduna, também, com a linha de pesquisa na qual está inserida: “Estado, Constituição e Direitos de Cidadania no Brasil”; porquanto explora aspectos do Estado, sua dimensão concentrada e as conseqüências trazidas para os direitos de cidadania no Brasil, o que se reflete no texto constitucional por meio de ambigüidades, contrastes e dissonâncias de significados que se atualizam em várias legislações brasileiras, mais precisamente apreciadas em relação a categorias como a segurança jurídica, supremacia constitucional, coisa julgada e acesso à justiça. Nessa linha de pesquisa, aspectos da prestação jurisdicional são amplamente investigados, assim como a tradição que embasa as modalidades em que são desempenhadas as funções sociais do Direito e dos Tribunais na sociedade brasileira da atualidade.

A coisa julgada inconstitucional encontra-se entre as temáticas que conformam a reflexão do Direito na contemporaneidade. Isso porque, a partir do período pós-guerra, especialmente após a segunda grande guerra mundial, ocorreu uma modificação paradigmática tanto na teoria do Direito, quanto na Teoria do Estado, com reflexos significativos naquilo que se pode denominar de “publicização do Direito” e que caminha no sentido do resgate da democracia e dos direitos fundamentais, tão fragilizados na conturbada primeira metade do século XX, em que se viram os regimes autoritários²¹ sobrepondo-se ao princípio democrático.

A utilização do estudo de caso se tornará para a pesquisa um diferencial para o estudo da coisa julgada inconstitucional, pois processualistas e constitucionalistas têm abordado o tema apenas sob o plano doutrinário, onde, travam entre si, discussões teóricas inesgotáveis. Assim, cotejar a teoria com a prática exercida pelo STJ possibilitará averiguar o grau de inserção das teses teóricas expostas nos trabalhos acadêmicos nas decisões judiciais. Mais do que

21 Destacamos entre os regimes autoritários o bolchevismo, o nazismo e o fascismo, nascidos e desenvolvidos em solo europeu, na primeira metade do século XX.

isso, é relevante saber, ao lado do que se põe na dogmática, como o problema da coisa julgada é visto e resolvido na prática. Nesse ponto, é imprescindível para a completude do raciocínio jurídico, conjugar as leituras da lei, doutrina e jurisprudência, especialmente quanto a esta última fonte do direito pelo fato de o Direito, ciência jurídica, ter uma dimensão prática a influenciar cotidianamente a vida das pessoas.

A escolha do Superior Tribunal de Justiça não se deu de forma indiscriminada ou aleatória. Há um propósito específico na escolha deste tribunal porque nele há um dos mais ferrenhos defensores das teses favoráveis à aceitação do desfazimento da coisa julgada inconstitucional. Trata-se do Ministro José Delgado, membro da 1ª turma do STJ, de onde se irradiam as maiores discussões sobre o tema nos mais variados processos e, principalmente, por exercer forte influência nos julgados de relatoria de seus colegas, isso sem contar com a atuação do Ministro Teori Albino Zavascki que, ao lado de José Augusto Delgado, tem fortalecido o discurso em favor da relativização da coisa julgada, quando em desconformidade com a Constituição.

1.4 Por que fazer um recorte teórico abordando a problemática da coisa julgada inconstitucional?

Como em toda e qualquer pesquisa, a viabilidade de uma investigação depende de problemas levantados diante de uma realidade desconhecida, a qual o investigador pretende descobrir e buscar soluções para as suas inquietações. Como se viu, um dos problemas que irá nortear a pesquisa reside em saber se há dissonância entre a abordagem teórica no Brasil e sua aplicação nas decisões do STJ acerca da temática da coisa julgada inconstitucional. Com o propósito de encontrar respostas para esta indagação, necessário se faz a utilização de mecanismos úteis e necessários, capazes de nos levar à solução desejada.

Sem adentrar no mérito dos procedimentos metodológicos desta dissertação, os quais serão abordados oportunamente no item 1.5, não vislumbramos outro meio senão o método de estudo de casos. Este instrumental analítico apresentará

vantagens para o que se pretende encontrar porque tem a capacidade de “reunir informações numerosas e esmiuçadas com vistas a apreender a totalidade de um específico contexto para fins interpretativos”²². Quanto a este método, é possível a sua utilização com dois propósitos: no primeiro, utiliza-se do estudo de casos para fins de ensino²³, por ser ele um instrumental capaz de fornecer elementos para o favorecimento e o fortalecimento de habilidades do estudante na conjugação da gramática dos direitos em geral, de habilidades e competências que, por vezes, fonecem uma visão global do conteúdo estudado nas suas dimensões jurídicas, moral, política e econômica; no segundo, utiliza-se do estudo de casos como método de pesquisa, podendo conjugar variadas técnicas, desde entrevistas, documentos, observação participante etc. O estudo de casos com este propósito ainda pode se basear em um método indutivo, concentrando-se em inúmeros problemas concretos encontrados no seio social ou no funcionamento particular das instituições e organizações.

Um bom exemplo de utilização do estudo de casos ocorre no Direito, embora seja típico ou mais usual a utilização nas ciências naturais. Na ciência do Direito, o campo mais propício para a sua utilização reside nas decisões judiciais e isso se deve ao fato de, no mundo da experiência, as situações concretas oriundas das relações sociais terem propensão para gerar conflitos que em último caso serão solucionados por nossos tribunais. E neste sentido, o estudo de caso como método de pesquisa é aplicado como ferramenta importante para a análise dessa realidade social, a partir das decisões dos tribunais, o que supostamente espelham essas realidades. Portanto, o estudo de caso não se confundirá com o método indutivo, embora com ele possa ser utilizado, porque se utiliza de casos paradigmáticos.

Reportando ao problema levantado, só será possível saber se há dissonância entre a abordagem teórica no Brasil e sua aplicação nas decisões do STJ

22 VIERA, José Ribas; DUARTE, Fernanda; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe *et al.* *Op. cit.*, p. 17.

23 O grupo de pesquisa L.A.J explicitou bem o estudo de caso como método didático de ensino, apontando dois enfoques: um, muito utilizado nas universidades alemãs em aulas específicas de natureza tópica; outro, muito utilizado nas universidades norte-americanas em aulas específicas em forma de *case system*. Neste sentido, *cf. Ibidem*, p. 18.

acercada coisa julgada inconstitucional, a partir do método de estudo de casos, especificamente como método de pesquisa. Contudo, sabendo-se da possibilidade de utilização deste método com variadas técnicas, a elaboração de um recorte teórico sobre o tema, previamente estabelecido, será extremamente útil, porquanto a reunião de informações numerosas e esmiuçadas sobre o tema, objetivamente categorizadas, possibilitará a análise dos casos selecionados de forma despropositada, pelo que será possível aspirar à cientificidade nesta dissertação somente quando integrada num projeto onde a teoria não seja desprezada. Assim, este recorte teórico será instrumentalizado no que denominaremos de corte analítico²⁴, que servirá de instrumento para a compreensão de cada caso examinado por meio de uma entrecorte.

1.5 Metodologia de trabalho: a proposta do Laboratório de Análise Jurisprudencial como parâmetro para análise dos casos

Inspirado nos propósitos do L.A.J e na sua concepção institucional, a investigação que ora se apresenta, como pontuado no item 1.3, ganha relevância por representar uma ramificação por meio do qual se dará prosseguimento à idéia básica que deu início àquele grupo de pesquisa: a proposição de um modelo de análise a ser adotado sistematicamente nas decisões judiciais. O grupo de pesquisa se propôs, num primeiro momento, a estudar a jurisprudência do STF, na temática dos Direitos Fundamentais, utilizando-se, na metodologia de estudo de casos, cortes analíticos. Entretanto, o LAJ não tem, e nem foi concebido para o compromisso de utilizar o estudo de casos precedido da elaboração de cortes. Aqui, na temática da coisa julgada inconstitucional, elaborar-se-á um modelo de análise a ser adotado sistematicamente nas decisões do STJ, a partir da escolha de casos paradigmáticos, por meio da criação de um corte analítico sobre a coisa julgada inconstitucional. É importante destacar que, quanto ao LAJ, em sua fase

24 O corte analítico será abordado oportunamente no capítulo IV, onde será devidamente justificada a sua importância.

de implementação, houve a criação de cortes analíticos concebidos sob determinadas perspectivas teóricas. Criaram-se os seguintes cortes: o republicanismo, o hermenêutico e o processual.

Na presente pesquisa, criar-se-á um corte analítico sob a perspectiva teórico-dogmática desencadeada pelos estudiosos brasileiros que se lançaram ao exame da coisa julgada inconstitucional, contemplando os fundamentos dos diversos autores, sejam favoráveis ou não à tese da relativização da coisa julgada quando incompatível com a Constituição. Não haverá, neste caso, a abordagem de um corte sob a perspectiva de uma determinada teoria, mas um recorte teórico, concebido objetivamente e previamente, no que denominaremos de corte analítico. Essa estrutura será concebida dentro de uma concepção cartesiana, pois examinar as questões levantadas, notadamente a segunda pergunta contida na problemática, necessita duvidar de cada idéia que pode ser duvidada, ou seja, não basta a doutrina brasileira dizer apenas que se pode quebrar a coisa julgada quando a decisão judicial contrariar a Constituição, seja com a utilização dos meios ordinários e extraordinários permitidos no ordenamento jurídico brasileiro. Ao contrário, as coisas não existem simplesmente porque precisam existir ou porque assim deve ser. É preciso duvidar. Mas, por outro lado, torna-se necessário estruturar algumas tarefas para comprovar o fenômeno a ser estudado.

É importante verificar se existem evidências reais e indubitáveis acerca do fenômeno ou coisa estudada e isso será feito na primeira parte do trabalho, quando do estudo teórico-dogmático. Num segundo momento, é necessário analisar e dividir ao máximo as coisas, em suas unidades de composição para estudar as coisas mais simples que aparecem. Nesses procedimentos, enquadraremos o corte analítico, contendo a análise e divisão das teses da coisa julgada inconstitucional, dentro de suas unidades de composição a que categorizaremos objetivamente e previamente para viabilizar a verificação, na prática, das afirmações feitas pela doutrina sobre a possibilidade de quebra da coisa julgada inconstitucional e se os meios sugeridos são ou não empregados pelo STJ.

Embora a idéia central seja implementar a proposta do L.A.J, a estrutura metodológica da dissertação importará na escolha e utilização de diversas métodos e técnicas de pesquisa, necessitando que cada etapa seja evidenciada e explicada para uma maior compreensão do tema.

1.5.1 Metodologia e técnicas utilizadas

Os objetivos pretendidos na presente pesquisa serão alcançados pela conjugação de vários instrumentos metodológicos e técnicas específicas de estudo de caso. Estabelecida essa premissa, a dissertação se desenvolverá a partir de um estudo teórico-dogmático, compreendido na primeira parte e dividido em quatro capítulos, cujos procedimentos técnicos para a coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial. Quanto à pesquisa bibliográfica, partiu-se da escolha e estudo de autores nacionais e estrangeiros que exploram o tema. Na pesquisa documental, utilizou-se da leitura e interpretação da legislação pertinente ao tema, especialmente as Constituições do Brasil e de Portugal, bem como a legislação ordinária que compreendeu o assunto abordado. Já na pesquisa jurisprudencial, o trabalho pautou-se pela enunciação de casos referenciais sobre o tema no decorrer da dissertação, fazendo-se incrementar o conhecimento jurisprudencial ao trabalho. Houve, por outro lado, e com enfoque diverso, análises de decisões do STJ, na temática da coisa julgada inconstitucional, a partir da interseção do corte analítico com os casos, porém na segunda parte da dissertação.

Em especial, no primeiro capítulo do trabalho, o estudo teórico-dogmático serviu-se do método sociológico de análise funcional, cuja função foi propiciar a compreensão do sentido polissêmico da segurança jurídica, temática principal do capítulo, tomando por base a descrição sistematizada de alguns fatos sociais, apontando seus contextos e interdependências.

Na segunda parte do trabalho, acentua-se a metodologia de estudo de caso do L.A.J²⁵, onde foram escolhidos 3 casos representativos²⁶ decididos pelo STJ de 1998 até 2008, acerca do tema e sob a relatoria dos Ministros José Augusto Delgado, Teori Albino Zavascki e Luiz Fux, integrantes da 1ª Turma do Tribunal, para medir e confrontar a força de seus argumentos doutrinários e o emprego ou não nos casos concretos, pela capacidade de persuasão de cada um,

25 A metodologia do Laboratório de Análise Jurisprudencial é adotada pelo Grupo de Pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho que, desde 2005, trabalha a partir da escolha e análise de “decisões que possam configurar um determinado modo de agir do tribunal. Não há preocupação em exaurir determinada temática de forma a aferir, com precisão, e por meio de números, como os tribunais se comportam e prever, daí, uma tendência. Busca-se, antes, decisões que possam ser consideradas paradigmáticas porque exemplificadoras de uma determinada lógica adotada na sua fundamentação. Chama-se de lógica a estrutura que procura dar coerência à decisão, sendo que sua análise não dispensa o conteúdo dos argumentos. A compreensão do Direito não se sustenta unicamente nos elementos da lógica formal, pois é no convencimento sobre o que é dito que a mesma se estrutura. Portanto, sabe-se que o convencimento se dá sobre as *razões* de decidir. O aspecto lógico, por outro lado, carrega consigo também uma determinada idéia de Direito. Por exemplo, uma concepção formalista leva à prática da subsunção lógico-dedutiva para a construção da decisão, quando a principal questão do acórdão recai sobre a determinação dos conceitos correspondentes ao texto de lei e sobre a caracterização dos fatos. Uma visão pragmática do Direito tenderá a privilegiar os efeitos da decisão em lugar de se comprometer com os precedentes, conceitos fechados ou fundamentos dogmáticos do Direito. Uma concepção principiológica do Direito resulta na utilização do chamado princípio da proporcionalidade. Em termos de conteúdo pode-se dizer que a concepção de Direito que valoriza a esfera pública suscita uma interpretação em prol dos mecanismos de inserção na vida pública, enquanto uma visão de Direito liberal leva à valorização da esfera privada. Da mesma forma, uma concepção de Direito que enxerga a relação necessária entre o Direito e a Moral tomará a argumentação como fonte de Direito, enquanto uma concepção positivista aceita a discricionariedade decorrente da autoridade. Na primeira acepção, pós-positivista, a validade é material, de acordo com os direitos fundamentais; na segunda acepção, positivista, a validade é apenas formal, de acordo com a estrutura de validade do sistema. Assim, em lugar de se pretender apontar qualquer tipo de tendência do tribunal, busca-se tomar os exemplos como possibilidades concretas de se trabalhar e considerar o Direito”.

Esse tipo de abordagem provoca a construção do que o referido grupo de pesquisa denominou de “cortes teóricos”. Trata-se, na realidade, da criação de alguns marcos teóricos capazes de orientar a análise. É a partir desse “corte teórico” que se analisarão as decisões do STJ sobre coisa julgada inconstitucional. A criação desse recorte é importantíssima na análise dos casos, pois se pretenderá fazer análise mais objetiva possível, como forma de conferir uma cientificidade à investigação, fugindo, dessa forma, do subjetivismo ou do “achismo”.

Após a criação do recorte teórico, far-se-ão as análises incidindo diretamente o “corte teórico” sobre cada caso, de modo a cotejar o entendimento do que venha a ser coisa julgada inconstitucional, sua fundamentação e argumentos utilizados pela doutrina brasileira, apontando, desta forma, os favoráveis e contrários com as decisões da 1ª Turma do tribunal. Essa comparação possibilitará observar o grau de influência exercida pela doutrina da coisa julgada inconstitucional nas decisões do STJ.

26 O estudo de 3 casos não cobre o universo das decisões do STJ. Os casos foram escolhidos por serem representativos de um universo sobre o qual não se tem controle. Além disso, o método de estudo de caso é útil porque permite aprofundar o conhecimento da situação investigada.

possibilitando conhecer o grau de influência de seus pensamentos sobre a coisa julgada inconstitucional naquela Corte.

Não obstante seja possível, por meio de estudo de casos baseado em um método indutivo, chegar a conclusões gerais a partir dos casos individuais, não se pretendeu, portanto, fazer inferências gerais sobre o tema ou sobre o modo de pensar do tribunal, indicando tendências jurisprudenciais, por conta do tamanho da amostra ser relativamente pequena, mas representativas.

O estudo de casos se alicerça nas decisões do STJ pela sua importância na hierarquia dos órgãos da Justiça Federal e por ser a última instância em dizer o direito federal. A escolha do STJ se mostra relevante porque este órgão judiciário representa uma função de “líder” de um universo inteiro na uniformização da legislação federal, inclusive pelo seu prestígio. Aqui se pressupõe que este tribunal, pela sua função, tem a propriedade de influenciar a opinião dos demais órgãos da Justiça brasileira acerca da legislação federal, especialmente em se tratando de relativização da já relativizada coisa julgada²⁷. Não obstante se tenha em mente que o debate sobre a coisa julgada inconstitucional envolve discussão sobre temas constitucionais, levando a supor que por conta disso seria mais pertinente trabalhar com as decisões do STF, por este ser o guardião da Constituição, é no STJ onde o tema se irradia com mais ênfase por alguns de seus membros, note-se José Delgado e Teori Zavascki, serem protagonistas dessa discussão, tanto na dogmática jurídica, quanto na jurisprudência. Porém, nada impede, é claro, que o tema chegue ao STF.

Desta forma, a partir da escolha do STJ, realizou-se, no site deste tribunal, uma consulta espontânea (consulta livre) da jurisprudência com os termos “coisa e/ou julgada e inconstitucional ou relativização ou ação rescisória”, sendo escolhidos os recursos especiais n. 945.787 / Rio de Janeiro, n. 671.182 / Rio de

27 A locução “relativização da já relativizada coisa julgada inconstitucional”, inspirada em José Carlos Barbosa Moreira, é a mais correta para contemplar a discussão em análise. Isso porque, na hipótese vertente, a coisa julgada em si já é relativizada por se admitir a ação rescisória no direito brasileiro como via própria para a sua desconstituição. Qualquer tentativa de flexibilizar ainda mais o instituto, estaríamos diante de relativizar algo que já é relativizado. Portanto, sabe-se que a coisa julgada não é absoluta. Será possível, porém, no decorrer do trabalho, alternar-se na denominação do tema analisado para não se tornar repetitivo quanto ao mesmo termo. Ora, será possível denominar relativização da coisa julgada material, ou tese da coisa julgada inconstitucional, ou relativização da coisa julgada inconstitucional, dentre outras.

Janeiro e n. 721.808 / Distrito Federal. A consulta compreendeu o período entre 1998 até 2008, selecionando-se, dos casos aparecidos na resposta à consulta, três decisões paradigmáticas por contemplarem situações diversificadas sobre a temática da coisa julgada inconstitucional e somente aqueles decididos pela 1ª Turma do tribunal, onde o debate é mais acentuado. A escolha dos casos não se pautou por critérios de análise de amostragem probabilística, cuja idéia principal é a preocupação quantitativa da amostra, implicando, necessariamente, na existência de um percentual de erro amostral. Ao contrário, a análise é de amostragem não-probabilística, em que se evidencia um universo analítico razoável e representativo, bem como diversificado pelas temáticas tratadas, em virtude de sua natureza essencialmente qualitativa. Portanto, a representatividade dos casos reside na forma de seus objetos, cujo debate principal circunscreve-se a hipóteses diferentes da cognominada tese da relativização da coisa julgada. Por isso, a escolha dos casos foi intencional, dentro de um universo de 30 decisões judiciais encontradas na consulta espontânea no site do STJ.

1.5.2 Técnica de registro de dados em ficha

Após o cumprimento dessas etapas, a pesquisa passa a uma etapa própria do método do Laboratório de Análise Jurisprudencial, qual seja: a utilização do instrumento de registro de dados em forma de ficha. Nessa etapa, são registrados dados identificadores do caso, compreendendo um espaço para a síntese dos argumentos do relator e dos votos dos demais Ministros. Em seguida são apresentadas as análises referentes ao caso sob a perspectiva do corte analítico criado no capítulo IV.

Na etapa de registros identificadores dos casos, seguiram-se os seguintes procedimentos:

- a) Levantamento da doutrina e da bibliografia a respeito da coisa julgada inconstitucional;
- b) Fichamento dos textos selecionados;

- c) Levantamento e fichamento da jurisprudência em forma de precedentes judiciais mencionados pelo próprio STJ em cada caso selecionado;
- d) Redação das análises de cada caso, de forma crítica e com base no recorte teórico criado;
- e) Preenchimento das fichas cadastrais (uma ficha para cada caso); e,
- f) Elaboração de conclusões a partir dos dados obtidos;

A vantagem dessa forma de ficha cadastral é a possibilidade de melhor compreensão de cada caso, com o seu respectivo detalhamento, permitindo extrair os elementos essenciais do caso para facilitar a incidência do corte nas análises que se procederão.

PARTE I
ESTUDO TEÓRICO-DOG MÁTICO

CAPÍTULO I

2. A SEGURANÇA JURÍDICA COMO COMPONENTE AMBIVALENTE DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

2.1 Considerações preliminares

Estudar a coisa julgada inconstitucional demanda, inicialmente, discutir a questão da segurança jurídica em suas diversas dimensões e em contextos históricos distintos, em virtude da variação de sentido adquirido ao longo do tempo e que lhe faz ser um termo polissêmico. O ponto de partida é a sua compreensão contextual, a partir da análise sob um ângulo externo, longe das paixões ideológicas que legitimam dogmas irrompíveis.

Se a segurança jurídica é um elemento legitimador do dogma da coisa julgada, e por maior razão o é após o transcurso do prazo decadencial de 2 anos para o exercício da ação rescisória, por outro lado, e com igual força, a mesma segurança jurídica poderá ser invocada para sustentar o seu desfazimento, fora do lapso temporal da rescisória, o que importaria na efetivação do princípio da supremacia constitucional, fundamento natural utilizado por aqueles favoráveis à revisão da já relativizada coisa julgada, quando incompatível com o texto constitucional. Por conta disso, inobstante a discussão de ser favorável à quebra da coisa julgada, quando incompatível com a Constituição, ou mesmo contrária, é importante atentar para o sentido polissêmico do termo, pois, em ambas as situações, a própria segurança poderá ter também um sentido ambivalente.

Deste modo, a compreensão da segurança jurídica, na presente dissertação, tornar-se-á o ponto de partida tanto para desmistificar o dogma da coisa julgada, quanto para justificar o respeito à supremacia constitucional. Ou melhor, a segurança jurídica parece estar contida na coisa julgada, e, ao mesmo

tempo, na idéia de supremacia constitucional, sendo este princípio fundamento basilar que norteará a relativização da já relativizada coisa julgada, tornando-se, portanto, a discussão da segurança jurídica um componente ambivalente ao tema central da dissertação.

A segurança jurídica permeia toda a problemática da coisa julgada inconstitucional, de modo que a segurança deverá ser enfrentada, bem como compreendida de formas distintas nas duas situações. Por conta desta ambivalência, é que nos é forçoso analisar a segurança jurídica em capítulo específico.

Em conseqüência, o objetivo do presente capítulo é a análise conjuntural da segurança jurídica em suas diversas acepções, com suporte no método sociológico de análise funcional²⁸, em que alguns fatos sociais serão descritos sistematicamente, levando-se em conta seus contextos e suas interdependências, a fim de apontar o sentido relativo da segurança jurídica e suas variadas conotações assumidas em momentos históricos diversos. Embora o termo segurança jurídica conviva com sentidos diferentes, consoante se verá no decorrer do capítulo, tentaremos constatar e demonstrar que a segurança jurídica está intimamente ligada à ordem liberal, do século XVIII.

Importante registrar que, no presente capítulo, elegemos como marco teórico as lições de Pérez Luño, impressas em oportuna monografia acerca da segurança jurídica, porquanto os legados do autor sobre a segurança se compatibilizam com a pretensão aqui estabelecida focada na compreensão do sentido polissêmico do termo, sem lançar mão de outros aportes teóricos que mantêm pertinência com o tema. A partir daí, com base no método funcional, será possível demonstrar o sentido ambivalente da locução segurança jurídica, em virtude de sua polissemia. Por estas razões, o estudo da segurança será sistematizado a partir das contribuições do autor espanhol.

28 Em um sentido estrito a análise funcional é o exame dos elementos e princípio que compõem as funções de um todo qualquer. Em outro sentido, a análise funcional tem sido utilizada como método pela sociologia e antropologia para a compreensão dos fatos sociais em geral, tendo como um dos seus precursores o sociólogo K. Davis. Neste sentido *cf.* MIRANDA, Antonio Garcia de *et al.* Dicionário de ciências sociais. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986, p. 46.

2.2 A insegurança como ponto de partida

Os seres humanos nascem e agrupam-se por diversos fatores, e quando a associação de mais de um indivíduo ocorre é sempre para atender às suas necessidades, ou seja, toda associação tem uma finalidade. Os homens podem pretender viver próximos aos seus pares por razões de afinidades culturais, étnicas, por identidade de princípios morais, por desejos amorosos e sentimentais, por motivos de cooperação para estabelecerem uma vida mais fácil em sociedade, bem como visar a própria segurança pessoal contra as intempéries da natureza, ou eventuais ameaças causadas pelos próprios homens.

A busca pela segurança passa a ser uma necessidade imperiosa dos seres humanos para que cada um procure orientar-se e conduzir-se diante de um futuro incerto²⁹, pois a segurança é uma forma previsível que serve de orientação da própria conduta humana. É nessa previsibilidade que o homem planeja, constrói, negocia, enfim, vive em sociedade de forma que melhor lhe aprouver.

É de se imaginar que na história das sociedades chegou-se a um momento em que o ser humano, por mera liberalidade, sentiu a necessidade, ainda que vaga e/ou indeterminada, de desejar um bem que transcenda os seus interesses próprios, tendo como recompensa a garantia na promoção desses mesmos interesses³⁰.

Remontando a história, no final da Idade Média surgem, com o declínio do sistema feudal, os grandes Estados Nacionais em solo europeu. Os fatores expansão territorial e segurança deram impulso à necessidade de os homens

29 Veja, por exemplo, a análise de PÉREZ LUÑO, que, com muita propriedade, expõe sobre a segurança jurídica e admite como ponto de partida a idéia de insegurança para se chegar à segurança. Assim, afirma o autor: *“El anhelo de seguridad constituye una constante histórica que adquiere especial relieve en el mundo moderno. La Antigüedad y el Medievo fueron edades de básica inseguridad. Los hombres de estas etapas están expuestos a innumerables y constantes riesgos, su vida se halla acechada por mil lados. Si rebasa los confines de lo conocido le aguardan comarcas terribles: los mares y parajes tenebrosos. Su vivir cotidiano se configura por la amenaza constante del hambre, la peste, las plagas la camada de lobos, las huestes de invasores y bandidos; en suma, la incertidumbre devoradora”*. PÉREZ LUÑO. *La Seguridad Jurídica*. Barcelona: Ariel Derecho, 1991, p. 13.

30 Darcy Azambuja, ao comentar a noção do termo Estado, afirma que o Estado decorre de uma sociedade natural, no sentido de que surge do fato de os homens viverem necessariamente em sociedade e aspirarem naturalmente realizar o bem geral que lhes é próprio, isto é, o bem público. AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 41 ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 3.

organizarem-se em sociedades mais complexas, em formações que lhes garantissem a vida e sobrevivência, perante aqueles que lhes reservassem a ordem e defesa social.

“A arte mediante a qual Deus fez e governa o mundo” é a natureza, já afirmava Thomas Hobbes, em sua clássica obra *Leviatã*³¹. Coincidindo com a época de formação dos grandes Estados Nacionais, surgem as teorias que justificaram o surgimento dos Estados, dotados de soberania e liderados por governantes que garantiam a segurança de seus integrantes em troca de suas liberdades. A célebre frase “o homem é o lobo do homem”, trazida por Thomas Hobbes mostra o homem numa situação de estado de natureza incapaz de viver sem os comandos de um governante que lhe imponha ordem, garantindo-se a paz social.

Em sua teoria, Hobbes justifica a adesão natural e voluntária do homem a um pacto, que se inicia por um artificialismo que provava ser o homem incapaz de viver em seu estado de natureza, levando-se a criar, por meio da arte, uma criatura racional³² chamado *Leviatã* ou Estado, que, embora fosse uma estrutura de maior porte, não deixava de ser um homem artificial de maior estatura e força, com a finalidade de protegê-lo, dando-lhe segurança ao seu povo, a justiça e as leis.

A coincidência das teorias contratualistas com a formação dos Estados Nacionais na Europa fez florescerem o conceito e a noção de soberania³³. Antes de tudo, não obstante a complexidade do conceito de soberania, pois embora o termo possa variar no tempo e no espaço, é de se compreender a “soberania como um elemento de poder”³⁴, disso não se pode duvidar. Além de o elemento poder, a soberania era exercida por um soberano e, lembrando que estamos a

31 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005, p. 9.

32 *Ibidem, idem*.

33 O conceito de soberania parece ter sido afirmado e definido desde o século XVI, sendo um dos temas que mais tem atraído a atenção dos teóricos do Estado que se dedicam à análise das teorias e dos fenômenos jurídico e políticos. Talvez, por esta razão, tenha surgido o aparecimento de farta bibliografia e a formulação de uma multiplicidade de teorias que acabou sendo prejudicado, dando margem às distorções pela conveniência, como apontado por Dalmo de Abreu Dallari. Neste sentido, cf. DALARRI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 74.

34 *Ibidem*, p. 79.

falar dos Estados Nacionais, nesse contexto histórico o poder era exercido única e exclusivamente pelos reis³⁵ nos diversos Estados Absolutistas que se firmaram nos séculos XVI, XVII e XVIII.

A figura do rei era vista como representação direta do direito divino. Se o rei, no Estado Absolutista, punisse alguém era porque tal punição nada mais era do que a mera vontade divina. Na verdade, as leis positivas não tinham valor algum caso não se amoldassem ao direito superior, isto é, ao direito natural. Ou melhor, como apregou Manoel Gonçalves Ferreira Filho, na obra *Estado de Direito e Constituição* “As leis positivas – insista-se – não eram válidas senão na medida em que se ajustasse ao Direito superior”³⁶. E continua:

Como nulo e írrito, por esta razão, cada juiz e cada outro magistrado que tivesse de aplicar a lei, deveria afastar não apenas todo ato executivo ilegal, mas toda lei ‘ilegal’, mesmo se promulgada pelo Papa ou pelo Imperador³⁷.

À medida que os Estados Nacionais expandiam, evoluíam e progrediam em termos econômicos, na contramão de tudo isso, se encontravam os direitos fundamentais do homem que, nesse período “absolutista”, não era uma preocupação dos reis, já que estes, em dado momento, não garantiam um mínimo de respeito às liberdades individuais. É, a modo grosseiro, como se o Leviatã, o grande monstro artificial criado pelo homem (o Estado), se virasse contra o próprio

35 Importante registrar que, aproveitando o ensejo de estarmos discutindo a noção de soberania, Darcy Azambuja esclarece a formação da soberania em “conseqüência da longa luta travada pelos reis da França, internamente para impor sua autoridade aos barões feudais, e externamente para se emanciparem da tutela do Santo Império Romano, primeiro, e do Papado, depois”. AZAMBUJA, Darcy. *Op. cit.*, p. 51.

Acerca luta pela busca da soberania e questionamento dos poderes do papado, Miguel José Faria afirma que sobreveio um súbito evento desencadeando um movimento “contestatário do predomínio e respeitabilidade da autoridade do papado no que se referia à expansão dos seus poderes e acatamento das suas ordens na comunidade cristã...”. E continua: “Tratou-se da afixação na porta da igreja do castelo de Witenberg, no dia de Todos-os-Santos, do ano de 1517, das chamadas “*Teses de Lutero*”. Era a Reforma protestante que, com grande virulência se insurgiu contra o Pontífice, “incitando a nobreza e a burguesia alemãs a organizarem-se em bases nacionalistas e quebraram de vez o julgo espiritual de submissão a Roma”. FARIA, José Miguel. *Direitos Fundamentais e Direitos do Homem*. 3 ed. Portugal: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2001, p. 31/32.

36 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Estado de Direito e Constituição*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 9.

37 *Ibidem, idem*.

homem, exorbitando os seus poderes que outrora foram concedidos por meio de pacto.

O monstro se tornou absoluto, pois não estava submetido ao direito, abusando, ferindo e tornando os seus súditos reféns de seu poder. As interferências arbitrárias dos reis tornavam-se constantes, não se resguardando um núcleo irreduzível de um direito. Daí, o direito muda de foco, deixa de ser concebido por um Direito natural e passa a se desenvolver de modo racional, descoberto, por sua vez, pela própria razão humana³⁸.

2.3 A segurança como corolário do Estado de Direito

No final do século XVIII surgem diversos movimentos filosóficos e políticos que contribuíram, direta ou indiretamente, para a limitação do poder do rei e, conseqüentemente, para a derrubada do Antigo Regime (Estado Absoluto). O primeiro deles, o iluminismo³⁹, contribuiu consideravelmente para a mudança de foco da razão. Esse movimento filosófico consistia na busca pelo direito não mais na razão divina, mas fundamentalmente no próprio homem, isto é, na razão humana. O segundo, o liberalismo, consoante afirmou Canotilho, consiste em um termo que “engloba o liberalismo político, ao qual estão associadas as doutrinas dos direitos humanos e da divisão dos poderes, e o liberalismo econômico, centrado sobre uma economia de mercado livre (capitalista) ⁴⁰”. Além da elucidação importante, Canotilho⁴¹ traz como conseqüência da economia capitalista a imperiosa necessidade de se efetivar a segurança jurídica e, como é cediço, este instituto não era uma preocupação do Estado Absoluto. Como prova disso, impõe registrar as freqüentes intervenções do rei na esfera jurídica de seus súditos quando bem lhe aprouvesse, bem como a excessiva discricionariedade assumida quanto à alteração e revogação dos regramentos legislativos, já que o

38 *Ibidem*, p. 13.

39 A influência das teorias iluministas fez aquele período – século XVIII –, ficar reconhecido, também, como século das luzes.

40 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 109.

41 *Ibidem, idem*.

rei era a pessoa que detinha, única e exclusivamente, as funções executiva, legislativa e jurisdicional do Estado.

A partir desses movimentos e da insatisfação do povo, principalmente a burguesia do século XVIII, a mudança de regime se fez necessária como a única saída para se alcançar a segurança através do direito⁴², notadamente a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França, de 1789⁴³. Assim, a aspiração de segurança permeia todo texto da Declaração Francesa, consoante se lê dos artigos 8^o⁴⁴, 9^o, 10, 16 e 19.

Naquele contexto histórico, era possível apreender o sentido atribuído à segurança, pois, ao que parece, esta se confunde com a legalidade estabelecida e resguardada como forma de garantia do homem contra os abusos do antigo regime. Note-se, por exemplo, que as conquistas dos artigos 16 e 19, foram anseios da burguesia que pretendia se vir protegida pela garantia do direito de propriedade. Não é sem motivo que a doutrina constitucionalista atribuiu a esse período como sendo Estado de Direito, Estado Burguês ou Estado Legal, atribuindo-se, também, algumas características marcantes a esse período: a doutrina da separação funcional do poder e a limitação do poder do Estado ao direito.

42 José Afonso da Silva, em artigo publicado na obra coordenada por Cármen Lúcia Antunes Rocha “*Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*”, diferencia segurança do direito de segurança jurídica. Embora sem adentrarmos no conceito propriamente dito da segurança jurídica, importante destacar a posição do autor acerca das duas locuções. Diz o autor: “A segurança do direito, como visto, é um valor jurídico que exige positividade do direito, enquanto a segurança jurídica é já uma garantia que decorre dessa positividade”. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org). *Constituição e segurança jurídica. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 17.

43 Importante registrar o exemplo claro da aspiração e conquista histórica da segurança na Declaração Francesa, quando assim dispôs:

Artigo 1º A finalidade de qualquer sociedade é a felicidade comum. O governo é instituído para garantir ao homem o gozo destes direitos naturais e imprescritíveis.

Artigo 2º Estes direitos são a igualdade, a liberdade, a **segurança** e a propriedade.

44 Diz o artigo 8º: A segurança consiste na proteção concedida pela sociedade a cada um dos seus membros para a conservação da sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades.

2.4 A segurança e sua diferente concepção no Estado Social de Direito

A expressão Estado Social de Direito denota um período histórico que faz surgir elementos comuns em diversos sistemas jurídicos ao redor do mundo, principalmente nas Constituições da primeira metade do século XX. Os elementos comuns a esse período são a mudança paradigmática de liberdade, o alargamento das funções do Estado, bem como a idéia de segurança.

Com a revolução industrial, a idéia de liberdade alcançada no século XVIII muda de sentido em virtude da insuficiência do chamado Estado de Direito. A idéia de liberdade de contrato, posição abstencionista do Estado, direitos de liberdade negativa etc., fez soar um caos social que conduziria a graves e irreprimíveis situações de arbítrio⁴⁵, haja vista a necessidade por novos direitos que garantissem, agora, à classe proletariado, a humanização do trabalho, a ausência de exploração econômica da mão de obra humana, a proteção de direitos previdenciários, os direitos à saúde, educação enfim, direitos que demandavam ação pró-ativa do Estado, uma conduta positiva que não indicasse apenas um dirigismo sem comprometimento constitucional.

É óbvio que não se jogou fora as conquistas do século XVIII, como se pelo ralo se perdessem, mas, ao contrário, dentro do Estado Social está o Estado de Direito. Entretanto, a idéia de segurança já não tem a mesma conotação. Segurança para o indivíduo já não era a abstenção do Estado no seu direito individual, deixando de interferir abusivamente nos direitos naturais do homem, mas também a própria ação intervencionista do Estado com o fim de assegurar novos direitos ligados à saúde, proteção às relações de trabalho, previdência, a garantia de um rol ainda maior de direitos. A própria filosofia liberal se viu diante da necessidade de corrigir o conceito imediato de liberdade, adotando-se, a partir

45 Paulo Bonavides compartilha essa idéia quando em sua obra *“Do Estado Liberal ao Estado Social”* apresenta a crítica ao liberalismo e o advento do Estado Social. O referido autor entende que a liberdade contida no Estado de Direito conduzia a graves e irreprimíveis situações de arbítrio no Estado Social, pois expunha no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. E continua: “O triste capítulo da primeira fase da revolução industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana exploração econômica, a quem nem a servidão medieval se poderia com justiça equiparar”. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p.45.

deste momento histórico, “*um compromisso ideológico, um meio-termo doutrinário, que é este que vai sendo paulatinamente enxertado no corpo das constituições democráticas*”⁴⁶.

Acerca dessa mudança de concepção, impõe-se registrar a percepção de Mirkine-Guetzévitch sobre o período da primeira metade do século XX. Em sua obra “*As novas tendências do Direito Constitucional*”, o autor aponta algumas tendências captadas das diversas constituições ao redor do mundo, trazendo como traço marcante o problema das liberdades individuais, afirmando que o problema não reside na proclamação de princípios, mas nas garantias⁴⁷.

A lista de direitos da Declaração Francesa está incompleta para o século XX, pois os anseios dessa nova sociedade não foram os mesmos do século XVIII. Há nítida necessidade de assunção por parte do Estado de um papel intervencionista, uma ação mais ativa, distante daquele papel assumido no período das grandes revoluções, em que este se mantinha em total abstenção para a garantia das liberdades do cidadão. A situação, no século XX, era de profundas crises sociais, econômicas e políticas, tendo o momento reclamado novos direitos, sem que com isso se faça uma ruptura na evolução histórica dos direitos fundamentais.

Embora se possa imaginar, o aparecimento dos direitos sociais não está ligado à participação dos socialistas na obra das assembleias constituintes, consoante dispõe o autor:

... O aparecimento de novos elementos sociais não é somente o resultado da participação dos socialistas na obra das assembleias constituintes: - os direitos sociais aparecem também nas Constituições que foram redigidas com uma fraca participação ou, mesmo, sem o concurso dos socialistas. É a história política dos diversos países que pode responder a essa questão; os elementos sociais teem (sic) aparecido à medida que agitavam o espírito dos constituintes a ameaça social e os resultados destruidores da experiência russa⁴⁸.

Ao contrário do que se imaginava o Estado Social, em dado momento, já não representava a solução para os problemas dos indivíduos no século XX, haja vista ter-se fadado ao insucesso por seus próprios compromissos, sendo, portanto,

46 BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, p. 46.

47 MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. *As novas tendências do Direito Constitucional*. Trad. Cândido Motta Filho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933, p. 81.

48 *Ibidem*, *idem*.

essa uma de suas principais causas de crise como modelo político, como aposta Pérez Luño⁴⁹. A partir desse fato, o autor aponta que a falta ou demora na resposta estatal para as exigências sociais que se fizeram naquele momento histórico, contribuíram para um clima de insegurança.

2.5 A segurança como pressuposto e função do Direito

Pérez Luño⁵⁰ identifica a segurança jurídica como pressuposto e função do Direito, a partir do entendimento segundo o qual a formação conceitual tanto da segurança quanto de diversos institutos jurídicos tem sido a consequência não de uma elaboração racional lógica, mas como resultado das diversas conquistas políticas da sociedade. Parece admitir a segurança jurídica como um conceito político.

Ante a necessidade psíquica do homem enraizada em sua vida, a aversão pelo terror, pela imprevisibilidade e a incerteza a que está submetido, impõe a exigência natural pela segurança como forma de orientação, tendo o Direito o papel de satisfazer essas situações por meio da dimensão da segurança jurídica. Assim, a luta pela satisfação da necessidade de segurança parece ter sido um dos principais motores da história jurídica e política.

Portanto, afirma Pérez Luño⁵¹, a segurança enquanto valor jurídico não é algo que se dá espontaneamente e com idêntico sentido e intensidade, nos distintos sistemas normativos. Depende, sua função e alcance, agora sim, das lutas políticas e das vicissitudes culturais de cada tipo de sociedade.

A idéia de segurança como pressuposto e função do Direito e do Estado surge, como aponta Pérez Luño, a partir da tradição contratualista, pois desde suas premissas, se explica a origem das instituições políticas e jurídicas, remontando assim, ao estágio do homem na sua condição do estado de natureza, descrito por Hobbes. É como se a segurança fosse extraída de uma cláusula

49 PÉREZ LUÑO. *Op. cit.*, p. 16.

50 *Ibidem*, p. 17. Assim diz o autor: “*La formación conceptual de la seguridad jurídica, como de otras importantes categorías de la Filosofía y la Teoría del Derecho, no há sido la consecuencia de una elaboración lógica sino el resultado de las conquistas políticas de la sociedad*”.

51 *Ibidem, idem*.

comutativa, pois foi assim que se imaginou o homem ter aderido ao pacto proposto pelos contratualistas, principalmente por Thomas Hobbes.

Aqui, Pérez Luño parece demonstrar sua visão liberal em que admite institutos abstratos e universais, capazes de existirem simultaneamente e como valor transcendente a todo e qualquer ordenamento jurídico. Por isso, o autor aponta que a filosofia contratualista e iluminista se converteram em pressuposto e função indispensável dos ordenamentos jurídicos dos Estados de Direito⁵².

2.6 A segurança em sentidos objetivo e subjetivo

Ao tentar conceituar a segurança jurídica, Pérez Luño reconhece o sentido tautológico⁵³ dos conceitos atribuídos ao termo “segurança jurídica”, embora contribuam para o aprimoramento da compreensão da dimensão da segurança. Reconhece o autor que, talvez, a maior fonte de ambigüidades provenha da própria significação anfibológica do termo segurança jurídica, por designar ao mesmo tempo e com freqüência um fato, um ideal a ser alcançado ou preservado enquanto valor.

Desta concepção ambígua do termo, é possível considerar uma que é inerente a todo direito, isto é, como chamado por Pérez de função de segurança, pois se cristaliza em um sistema de legalidade. Outra concepção advém da segurança como uma concreção das exigências da justiça.

Nesse sentido, a dificuldade encontrada para uma dimensão única do termo esbarra nas dimensões descritivas ou sociológicas, prescritivas ou valorativas que a segurança tem a partir de um número incalculável de desenvolvimentos teóricos, o que, por certo, dificultaria qualquer tentativa de elucidar o seu sentido.

A partir dessa complexidade, surge para Pérez Luño a necessidade de contribuir para clarear o conceito de segurança jurídica, de modo a distinguir duas

52 *Ibidem*, p. 19. Nesse sentido, o autor afirma, ainda, que a segurança é um fator primário que impulsionou os homens a constituírem uma sociedade e um Direito. Diante dessa premissa, Pérez conclui que “no Estado de Direito a segurança jurídica assume um dos perfis definidos como: pressuposto do Direito, mas não de qualquer forma de legalidade positiva, porém de aquela que dimana dos direitos fundamentais”. *Ibidem*, p. 20.

53 *Ibidem*, *idem*.

acepções básicas do termo: a primeira seria a segurança em sentido estrito; a segunda seria a segurança em um sentido subjetivo. Na primeira acepção, diz Pérez⁵⁴ se manifestar em um sentido objetivo, como uma exigência mesmo de regularidade estrutural e funcional dos sistemas jurídicos, sempre por meio de suas instituições e normas. Na segunda acepção, o autor afirma que a segurança representa sua face subjetiva quando assume a idéia de certeza do Direito, a partir da projeção nas situações pessoais da segurança objetiva.

Um pressuposto da existência da face subjetiva pressupõe primeiro o conhecimento do Direito por seus destinatários. A partir da informação, realizada pelos adequados meios de publicidade, um indivíduo de determinado sistema jurídico sabe o que de antemão está sendo mandado, permitido ou proibido, bem como em função desse conhecimento é que o indivíduo pode organizar sua conduta presente e programar expectativas para a atuação futura sob pautas razoáveis de previsibilidade⁵⁵.

Após as acepções informadas por Pérez, é de se reconhecer algumas exigências relevantes para a segurança jurídica, independentemente de divergência ou convergência de entendimento⁵⁶, pois o que importa é que as

54 *Ibidem*, p. 21.

55 Sem embargo de divergência acerca da segurança jurídica, importante colacionar o entendimento de J.J. Gomes Canotilho sobre o princípio geral da segurança jurídica. Entende este autor que a segurança jurídica se desdobra em dois elementos que andam estreitamente associados, sendo, portanto, a segurança jurídica e a proteção de confiança. O primeiro, diz o autor, está ligado a uma idéia objetiva, que está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica, como, por exemplo, a garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito, enquanto que a proteção de confiança prende-se a componentes subjetivos da segurança, como, por exemplo, a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos. Neste sentido ver CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 257.

56 Luís Roberto Barroso, em artigo publicado na Revista de Direito Renovar, intitulado *Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil*, enumera um conjunto abrangente de idéias e conteúdos da segurança jurídica que incluem: 1. A existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade, 2. A confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade, 3. A estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação a fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova, 4. A previsibilidade dos comportamentos, tanto os que deve ser seguidos como os que devem ser suportados, 5. A igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas. Nesse sentido ver BARROSO, Luís Roberto. *Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil*. REVISTA DE DIREITO RENOVAR. V. 21, jan/abril 2005.

exigências enumeradas abaixo se legitimam a partir de analisadas em um contexto histórico universal.

Assim, parecem ser coerentes com a idéia de segurança, os seguintes requisitos:

1. *Positividade do Direito;*

Em sua exposição sobre os aspectos, manifestações e exigências da segurança jurídica, Pérez Luño⁵⁷, apoiado no entendimento exposto por Gustav Radbruch, inclui a positividade do direito como condição básica que compreende o inteiro alcance da segurança jurídica. Engloba, consecutivamente, como primeiro fator ou exigência de segurança jurídica, deduzindo que, se não se pode fixar-se no que é justo, pelo menos há que se estabelecer o que é jurídico, criando-se, a partir da positividade, a primeira base de segurança jurídica para o cidadão.

2. *Correção estrutural*⁵⁸

Essa condição pressupõe, é óbvio, a positividade do Direito, porém Pérez Luño admite como uma garantia de disposição e formulação de normas e instituições integradoras de um sistema jurídico. Identifica-se essa condição à garantia do princípio da legalidade.

A lei deve ser além de abstrata e geral, um ato devidamente válido do ponto de vista de sua existência, ou seja, adequadamente promulgada e publicada pelos órgãos legislativos.

É de se supor que a lei devidamente promulgada possa permitir o conhecimento de seu conteúdo pelos indivíduos da sociedade, o que restaria possível o exercício da segurança no seu sentido subjetivo. Além da promulgação, a necessidade de publicidade da lei permite tal ato ser conhecida por todos e ter o

57 PÉREZ LUÑO. *Op. cit.*, p. 22.

58 Nomenclatura atribuída por Pérez Luño.

poder de obrigar o seu cumprimento. Nesse ponto, a falta de publicidade causaria um *déficit* de certeza refletido no povo.

Assim como a promulgação e publicação da lei, é necessária a clareza normativa da lei, pois se requer uma tipificação unívoca dos termos para se evitar, sempre que possível, o abuso de conceitos vagos e indeterminados, bem como a delimitação precisa das conseqüências jurídicas advindas do seu descumprimento.

Dentro da correção estrutural, subsistirá a necessidade de obediência à reserva de lei, isto é, a garantia, por exemplo, que não se produzirão conseqüências jurídicas penais para as condutas que não tenham sido previamente tipificadas. Além desse aspecto, deve-se reservar à lei a prerrogativa única e exclusiva, enquanto regra abstrata e geral promulgada pelo Poder Legislativo a definição dos aspectos básicos do status jurídico dos indivíduos em sociedade.

A partir dessa linha, como o Direito introduz por suas normas a segurança na vida social dos indivíduos, a possibilitar a calculabilidade dos efeitos jurídicos nos comportamentos, exige-se, no mesmo raciocínio, a garantia da irretroatividade das normas, pois não se pode estender a aplicação da lei a condutas praticadas anteriormente ao seu surgimento, haja vista as condutas terem sido praticadas sem que se pudesse conhecer o seu conteúdo.

A garantia da estabilidade do Direito é um pressuposto inerente à correção estrutural, o que significa gerar um clima de confiança em seu conteúdo. O tempo está sujeito a mudanças e os indivíduos não podem ficar a mercê das variações do tempo, ainda mais quando estas repercutem no direito. Quanto a esta questão, os ordenamentos jurídicos garantem instrumentos com o intuito de resguardar os indivíduos das intempéries da vida, isto é, dos efeitos do tempo sobre as situações que já se consolidaram. Desta forma, três básicos instrumentos normalmente postos à disposição dos indivíduos são a coisa julgada⁵⁹, direito adquirido⁶⁰ e ato jurídico perfeito⁶¹.

59 Embora seja objeto da presente investigação, o que impõe uma análise detida da coisa julgada em momento apropriado e em capítulo separado é, importante trazer a definição deste instituto pela Lei de Introdução ao Código Civil, ainda que de forma inapropriada. Assim, reza o art. 6º, §3º,

3. Correção funcional

No campo da correção funcional, trazida por Pérez Luño⁶², é necessária, como requisito da segurança jurídica, a garantia do cumprimento do direito por todos os seus destinatários e regularidade de atuação dos órgãos que se incumbem de sua aplicação, ou seja, todos os Poderes do Estado.

A idéia colocada por Pérez é que, com esse requisito, visa-se assegurar a realização do Direito mediante a sujeição por parte dos poderes públicos, bem como por parte dos indivíduos ao “bloco de legalidade”⁶³. Nesse raciocínio, a idéia de legalidade imposta e conquistada no Estado de Direito, por meio do fenômeno da racionalização do poder, em que era necessário submeter o poder do Estado ao Direito, por este preceder àquele, hodiernamente, dá lugar à idéia de Supremacia da Constituição^{64/65}, tendo em vista ter havido um trânsito de um Estado-legalista para um Estado-constitucional no decorrer da história.

da LICC: Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. Diferente deste conceito, abordaremos em momento oportuno as contribuições de processualistas acerca da melhor entendimento de coisa julgada.

60 Considera-se direito adquirido, segundo o artigo 6º, §2º, o direito que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aquele cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

61 Reputa-se ato jurídico perfeito, segundo preceituado no artigo 6º, §1º, da LICC, o ato já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

62 PÉREZ LUÑO. *Op. cit.*, p. 26.

63 *Ibidem, idem.*

64 A supremacia da Constituição foi reconhecida, primeiramente e doutrinariamente por Alexander Hamilton na obra O Federalista n. 78, em 1788, em que se observou:

“Relativamente à competência das cortes para declarar nulos determinados atos do Legislador, porque contrários à Constituição, tem havido certa surpresa, partindo do falso pressuposto de que tal prática implica em uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Argumenta-se que a autoridade que pode declarar nulos os atos de outra deve necessariamente ser superior a esta outra. Uma vez que tal doutrina é muito observada em todas as Constituições americanas, convém uma breve análise de seus fundamentos.

Não há posição que se apóie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Conseqüentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas, sobretudo o que eles proíbem”. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*. Trad Ricardo Rodrigues Gama. 2 ed. Campinas: Russel, 2005, p. 471.

65 Inobstante ter sido doutrinariamente reconhecida a Supremacia da Constituição com Alexander Hamilton, foi com a célebre decisão de John Marshall, no caso *Marbury versus Madison*, que se

No século XVIII, período reinante do Estado de Direito, a lei era a expressão de garantia dos direitos civis. Com a evolução histórica da humanidade e dos direitos, hodiernamente, a Constituição, por ter caminhado para o centro da ordem jurídica, passou a constituir esperança última de garantia dos direitos como condição indispensável para uma convivência ordenada e livre, sem contar que passou, ainda, a ser forte instrumento de contenção do arbítrio praticado por todo e qualquer órgão do poder público. Por conta disso, respeitá-la é uma garantia da própria segurança. Ao contrário, o desrespeito aos postulados da Constituição conduz à quebra da harmonia do sistema jurídico e, conseqüentemente, da segurança jurídica.

2.7 A coisa julgada e a segurança jurídica

É bem verdade que a necessidade de segurança jurídica nas relações sociais justifica o formalismo no direito, a exemplo do que ocorreu com a idéia de legalidade no século XVIII, nas sociedades européias. Portanto, significando a paz, a estabilidade e a ordem, a segurança jurídica irá constituir a certeza de realização do direito a partir de inúmeros instrumentos formais consagrados pela legislação.

Deste modo, como apontado por Francisco Amaral⁶⁶, um dos objetivos da realização do direito é, sem dúvida, a exigência da ordem e da segurança, assinalando exemplos de realização da segurança jurídica. Traz o autor a idéia de formalidades essenciais dos atos jurídicos, como o casamento, o divórcio, os contratos de compra e venda etc; a fixação de prazos para o exercício de direitos, como ocorre com os institutos da prescrição e decadência; as normas sobre a capacidade e o estado das pessoas, com a idéia de emancipação; o sistema de registros públicos, com destinação própria de garantia de autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos; a consagração da irretroatividade da lei; e, por fim, o instituto da coisa julgada.

consagrou a superioridade da Constituição sobre os atos do poder público, além, é claro, ter se atribuído ao Judiciário o papel de intérprete último e final da Constituição.

66 AMARAL, Francisco. *Direito Civil* – Introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 19.

O postulado da coisa julgada é sem discussão um instrumento garantidor da estabilidade do Direito, trazendo implicitamente a noção de segurança jurídica, e isso já ficou assentado no item anterior. Porém, a noção de segurança jurídica é muito maior do que a coisa julgada, pois aquela pressupõe um valor inerente a qualquer ordenamento jurídico, independentemente de como se assegure a segurança. É por meio da coisa julgada que se assegura a segurança jurídica e não o contrário. Portanto, a segurança jurídica, por outro lado, pode ser assegurada por outras formas ou instrumentos, como visto na contribuição de Francisco Amaral.

A Constituição brasileira consigna a coisa julgada no artigo 5º, inciso XXXVI, ao lado do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. Traz, desta forma, uma garantia individual do cidadão contra os atos dos poderes públicos violadores da inalterabilidade das decisões judiciais transitadas em julgado. Sem embargo de discussão sobre a essência da coisa julgada e de seus desdobramentos, o constituinte originário deu-lhe ainda a condição de *cláusula pétrea* ao elencar os direitos individuais como limitação material ao poder de reforma, como preceitua o artigo 60, §4º, da CFRB/88.

A respeito da coisa julgada, elemento garantidor da segurança jurídica, importante é colacionar o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira⁶⁷ do ponto de vista do fenômeno da política judiciária. Para este autor, a coisa julgada justifica-se pela necessidade de segurança na vida social, em virtude de as pessoas saberem em que pé estão no mundo do direito para que possam pautar suas condutas por esse conhecimento. A segurança, no entanto, é aquela consistente na certeza de que, para todos os efeitos, a situação dos indivíduos no Estado de Direito é aquela firmada na sentença.

Acerca da possibilidade de tornarem absolutas as verdadeiras injustiças acaso existentes em decisões transitadas em julgada, Barbosa Moreira é enfático em refutar a idéia segundo a qual se eternizam injustiças para evitar a eternização de incertezas⁶⁸, alegando que, se isso ocorre, é porque esse é o preço que o

67 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p. 97.

68 *Ibidem*, p. 99. Assim dispõe o autor: À vista de tudo isso, deixa de produzir impressão mais funda a proclamação de que é absurdo “eternizar injustiças para evitar a eternização de

ordenamento jurídico entendeu razoável pagar como contrapartida da preservação de outros valores.

Com esse entendimento, o referido autor⁶⁹ admite que a expressão 'segurança' parece ser algo pálida para traduzir a significação inteira do fenômeno, a coisa julgada. Admite, por outro lado, que apreender o significado em toda a sua importância só é possível quando olhado por mais de um ângulo e, nesses demais aspectos supostamente implícitos, não apenas as partes no processo, mas terceiros estão inseridos nesse fenômeno, tendo para cada um a mesma essência.

Pois bem, diz o autor, para as partes e eventualmente terceiros atingidos direta ou indiretamente, tal como os sucessores das partes, o que interessa é a "certeza de que, para todos os efeitos práticos, sua situação, *sub specie iuris*, é aquela definida na sentença, e não outra qualquer."⁷⁰ E continua:

A parte vencida pode e costuma lamentar semelhante resultado; no entanto, feita abstração dos acidentes psicológicos e emotivos que o desfecho do pleito possa haver desencadeado, não será pouco razoável pensar que *até esse litigante* algum proveito colheu: ele agora sabe em que termos e em que medida o seu interesse deve subordinar-se ao interesse do adversário – *não menos*, mas *tampouco mais* do que estatuiu a sentença⁷¹.

Do ponto de vista do vencedor em um litígio, assevera José Carlos Barbosa Moreira, "não há como deixar de reconhecer-lhe o direito à observância do julgado"⁷². Nesse raciocínio, parece admitir o autor ser uma garantia de acesso à justiça, pelo menos é o que se depreende da possibilidade de subsistência de eternização da incerteza, por meio de outra fórmula de contestação da decisão outrora transitada em julgado, pois se a parte autora recorreu ao Estado, imagina Barbosa Moreira, proibido de praticar o exercício arbitrário das próprias razões e recebeu a devida prestação jurisdicional, seria uma "conquista ilusória se subsistisse a possibilidade, fora dos casos legais, de escapar-lhe das mãos a

incertezas". Tal formulação, aliás, não espelha com fidelidade a clara opção do ordenamento: o que ele faz, para evitar a eternização de incertezas, é preexcluir, de certo momento em diante, e com as ressalvas expressas a seu ver aceitáveis, que se volte a cogitar do dilema 'justo ou injusto', no concernente ao teor da sentença.

69 *Ibidem*, p. 97.

70 *Ibidem*, *idem*.

71 *Ibidem*, *idem*.

72 *Ibidem*, p. 98.

vitória na próxima curva do caminho”⁷³. Assim, afirma categoricamente que a estabilidade das decisões é condição essencial para que os jurisdicionados possam confiar na seriedade e na eficiência do funcionalismo da máquina judicial.

Por fim, Barbosa Moreira reconhece que o interesse na preservação da coisa julgada ultrapassa o círculo das pessoas diretamente envolvidas. Portanto, nesse ponto, parece que o processualista tem razão ao admitir que o instituto da coisa julgada, instrumento garantidor da segurança jurídica não se volta apenas às partes no processo judicial, mas toda a sociedade. Com mais razão ainda parece estar Pérez Luño ao enquadrar como requisito da segurança jurídica a idéia de correção funcional ao determinar a garantia do cumprimento do direito por todos os seus destinatários e regularidade de atuação dos órgãos que se incumbem de sua aplicação, ou seja, todos os poderes do Estado.

2.8 O artigo 27 da Lei 9.868/99 e a segurança jurídica

O art. 27, da Lei 9.868/99, que trata do processo e julgamento as Ações Diretas de Inconstitucionalidade e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, tem sido considerado relevante do ponto de vista da segurança jurídica porque sedimentou no direito brasileiro – agora na esfera legislativa -, o entendimento já dominante na jurisprudência do STF, antes do advento da lei, segundo o qual é possível temperar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, possibilitando a limitação à teoria da nulidade da norma inconstitucional. No entanto, antes de adentrar em uma análise percuciente do referido dispositivo torna-se importante destacar que uma análise detida se fará em momento oportuno na presente dissertação, na oportunidade de cotejamento deste dispositivo com o artigo 282, da Constituição Portuguesa. Contudo, inobstante posterior apreciação, analisar a essência do referido artigo se faz necessária por conta deste se configurar em uma fórmula elementar de exteriorização da segurança jurídica no direito brasileiro.

⁷³ *Ibidem, idem.*

Assim, cabe-nos fazer algumas ponderações prévias acerca do fenômeno da inconstitucionalidade diferenciando, do ponto de vista prático, os planos da existência, validade e eficácia da norma inquinada de inconstitucionalidade, pois tal discussão irá demandar conhecimentos acerca do controle de constitucionalidade.

Uma nota conceitual e terminológica se faz necessária. A locução jurisdição constitucional não se confunde com o controle de constitucionalidade, embora freqüentemente ambos os termos sejam utilizados como sinônimos. Enquanto a jurisdição constitucional está ligada à idéia de poder-dever de dizer e aplicar a Constituição, por outro lado, e de modo diverso, situa-se o controle de constitucionalidade, que nada mais é do que o exercício de fiscalização de compatibilidade da norma infraconstitucional com a Constituição. É que a premissa básica reside no fato de o ordenamento jurídico ser um sistema composto de partes harmônicas e intrinsecamente ligado, e quando ocorre a quebra da harmonia no sistema, mister se faz o próprio ordenamento jurídico prevê mecanismos que deverão ser deflagrados visando a correção destinados a restabelecê-la⁷⁴. Nesse sentido, consoante contribuição de Luís Roberto Barroso⁷⁵, o controle de constitucionalidade seria um desses mecanismos, e o mais importante.

A Constituição jurídica de um Estado normalmente prevê o modo de produção das leis e atos normativos, impondo-lhes indicações a seu conteúdo. Na hipótese de uma lei ou ato inferior à Constituição violar dispositivos constitucionais, torna-se necessário deflagrar, como forma de manter a supremacia da Constituição, mecanismos de correção, a fim de restabelecer a harmonia quebrada.

A partir dessa situação problema, Barroso traz um questionamento que nos é ser útil, consistente na seguinte indagação: “um ato inconstitucional é inexistente, inválido ou ineficaz? Ou é tudo isso, simultaneamente?”⁷⁶

74 Neste sentido ver BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007, p. 1.

75 *Ibidem, idem*.

76 *Ibidem*, p. 11.

Para elucidar a questão, nos é forçoso reconhecer a contribuição do direito privado, principalmente no Direito Civil, acerca da teoria das nulidades⁷⁷. Não raro a legislação civil tenha disciplinado a teoria das nulidades, reconhece-se a dificuldade em assentar com exatidão e uniformidade as linhas-mestras para uma compreensão sem obscuridade, certamente, como afirma Caio Mário da Silva Pereira⁷⁸, em virtude de a doutrina também não ter obtido êxito em assentar o assunto sem controvérsias.

O Código Civil Brasileiro traz, em seu artigo 166, as hipóteses de nulidade do negócio jurídico e, no artigo 177, as hipóteses de anulabilidade do negócio jurídico. O legislador ordinário parece ter admitido duas formas de invalidade do negócio jurídico, numa compreensão genérica do termo. Nesse aspecto, Caio Mário da Silva Pereira⁷⁹ reconhece que a eficácia⁸⁰ do negócio jurídico deflui de sua sujeição às exigências legais e, inversamente, caso o indivíduo não se conforme com elas, falta à declaração a condição estabelecida *a priori*, a fim de atingir o resultado pretendido.

Por outro lado, o plano da invalidade subsiste quando a lei é contrariada, deixando de ser observados os requisitos indispensáveis à sua produção de efeitos. Na invalidade, há que se observar a eficácia do ato, conforme exigências da lei, a qual pode atingir a imperfeição, ou não, como pode abraçar a integridade do ato ou apenas parte dele⁸¹.

Diante dessas considerações existem três categorias de atos inválidos, segundo entendimento de Caio Mário: 1. A nulidade (“quando em grau mais sensível o ordenamento jurídico é ferido, sendo maior e, *ipso facto*, mais violenta,

77 A teoria das nulidades, na dicção de Francisco Amaral, consiste no conjunto de princípios, conceitos e disposições que se formou em torno da matéria da invalidade, como categoria aplicável à generalidade dos atos e dos negócios jurídicos, e, a partir dessas situações previstas no ordenamento jurídico, uma construção teórica foi elaborada com a preocupação de preservar a existência, validade e a eficácia do negócio jurídico. AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, p. 520.

78 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 629, V. 1.

79 *Ibidem*, p. 630.

80 A eficácia, para Francisco Amaral, consiste na possibilidade de produzir os efeitos desejados no todo ou em parte. Assim, o negócio é eficaz quando produz os efeitos que o agente pretende. Neste sentido, ver AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, p. 521/522.

81 *Ibidem, idem*.

a reação”⁸²); 2. A anulabilidade (“cuja estrutura se prende a uma desconformidade que a própria lei considera menos grave, motivadora de uma reação menos extrema”⁸³); 3. A inexistência (“em que se verifica que a ausência de elementos constitutivos do negócio jurídico, de tal forma que sequer chega a se formar”⁸⁴)

Transpondo os conhecimentos prévios do direito privado, notadamente no campo do direito civil, partiremos para a análise dos planos da eficácia, validade e inexistência da lei ou ato normativo em relação à Constituição.

Quanto à existência, já se sabe que um ato é inexistente quando faltam a ele alguns dos elementos constitutivos essenciais à configuração do ato. Diante disso, em apertada síntese, tais elementos podem ser comuns, porquanto indispensáveis a qualquer ato, como, por exemplo, agente capaz, objeto e forma, e alguns elementos específicos de determinada categoria de atos.

Por assim dizer, na hipótese de deficiência ou ausência destes elementos, o direito impede o ingresso do ato no mundo jurídico, por constituírem pressupostos matérias de incidência da norma. Assim, o ato sequer entra na ordem jurídica, por ser inexistente. Exemplo claro apontado por Luís Roberto Barroso é o caso de “uma ‘lei’ que não houvesse resultado de aprovação da casa legislativa, por ausente a manifestação de vontade apta a fazê-la ingressar no mundo jurídico”⁸⁵.

No campo da validade, de fato há presença de elementos constitutivos do ato, tendo o poder de ingressar na ordem jurídica, porém, neste caso, deve-se constatar se os elementos do ato completam ou não os atributos, “os requisitos que a lei lhes acostou para que sejam recebidos como atos dotados de perfeição”⁸⁶. Não interessa apenas se tal ato atende ao requisito “agente capaz”, deve-se perquirir se este agente tem atribuição para a feitura de tal ato, por exemplo. Deste modo, como assentado acima, o plano da invalidade subsiste quando a lei é

⁸² *Ibidem, idem*. Pela gravidade do ato, o CC/2002 determina que o ato nulo não é suscetível de confirmação nem de convalidação pelo decurso do tempo, consoante prega o artigo 169

⁸³ *Ibidem, p. 631*. A reação menos extrema do ordenamento jurídico para o ato anulável se dá quando permite a confirmação do ato pelas partes, salvo direito de terceiros, conforme prescreve o artigo 172 do CC/2002.

⁸⁴ *Ibidem, idem*.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 13.

⁸⁶ *Ibidem, idem*.

contrariada, deixando somente de serem observados os requisitos indispensáveis à sua produção de efeitos.

Esclarecendo melhor, tome-se, por exemplo, o fato de uma lei contrariar a Constituição, seja por vício de forma ou de conteúdo, tal ato legislativo será, contudo, existente porque, embora inquinado de vício, originou-se de um órgão legislativo competente. É capaz, desta forma, de produzir efeitos na ordem jurídica, tendo aplicação efetiva, porém gerando situações que deverão ser desfeitas. Nesse caso, uma lei inconstitucional seria lei inválida, devendo essa invalidade ser reconhecida pelo Poder Judiciário.

No que diz respeito ao plano normativo, quanto à invalidade, há que se observar a eficácia do ato, por não ter aptidão de produzir efeitos concretamente, conforme determinações e exigências da lei. Já no plano da realidade, em se tratando de uma lei, embora inválida, reconhece-se ter ela a qualidade de produzir, seja em maior ou menor grau, o seu efeito típico esperado, o qual pode atingir a imperfeição, ou não, como pode abraçar a integridade do ato ou apenas parte dele, o que não se admitiria no plano normativo. Portanto, reconhecendo a invalidade de uma lei, quando da declaração de inconstitucionalidade, tal situação se projeta para o plano da eficácia e, dependendo da modalidade de controle que se adote num país, a ineficácia se dará em relação às partes no processo em que se reconheceu a inconstitucionalidade da lei ou a todos indistintamente.

No Brasil, por exemplo, a invalidade de uma lei, quando é reconhecida, declarando-se a inconstitucionalidade no caso concreto, o ordenamento jurídico prevê a eficácia ampla da lei a todos que não integram o processo e a ineficácia apenas às partes que participaram do processo. Trata-se do sistema de controle difuso que prevê a eficácia *inter-partes*, sendo apenas estendidos os efeitos às pessoas que integraram o processo, no qual se reconheceu a inconstitucionalidade e – por consequência –, a sua invalidade. Contudo, a partir da atuação política do Senado Federal, nos termos do disposto no artigo 52, X, da CRFB/88, é possível estender os efeitos a todas as pessoas indistintamente. Por outro lado, já no controle concentrado e em abstrato, por via de ação direta, uma vez declarada a inconstitucionalidade de lei, reconhecendo-se a sua invalidade, o

ordenamento jurídico prevê a eficácia para todos, consoante determina o §2º, art. 102, CRFB/88.

2.8. 1 *teoria da nulidade absoluta da norma inconstitucional*

A teoria da nulidade da norma inconstitucional já ficou assentada de longa data na doutrina e jurisprudência norte-americana, seja a partir da análise doutrinária de Alexander Hamilton ou da célebre decisão de John Marshall, no caso *Marbury vs Madison*.

A lógica parece ser indiscutível, isto é, se é certo que a Constituição é uma lei suprema, que cria um novo Estado e com ele todo o sistema jurídico, admitir a aplicação de uma lei inconstitucional, aprovada pelo poder constituído por ela, é a mesma coisa que negar a sua vigência. Disso, sabe-se que é pacífico o entendimento que a teoria da Constituição jamais poderia conviver com a contradição aparente sem se admitir sacrificar a norma sobre a qual se assenta todo o ordenamento jurídico.

Rui Barbosa, no Brasil, foi um dos grandes adeptos da teoria da nulidade da norma inconstitucional, a partir de seus escritos na obra “Atos inconstitucionais”⁸⁷. Captando o ideário alienígena, Rui Barbosa endossa a tese segundo a qual a expressão inconstitucional, quando aplicada à lei, teria, segundo a natureza da Constituição do país, implicação de excesso de poderes do poder constituído, criador da lei, e seria, por consequência, nula.

Essa doutrina entrou no Brasil no início da República e está essencialmente ligada às Constituições escritas, devendo-se observar, portanto, como um dos princípios fundamentais da sociedade. Por outro lado, Rui Barbosa enveredando o entendimento de Kent⁸⁸, alude à teoria da nulidade como demonstração não peculiar à nação norte-americana, mas também a toda e qualquer nação que contemple uma Constituição escrita com separação limitativa do poder, pois írrito o ato da legislatura oposto à Constituição. Por simetria, também o é, o ato do

87 BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2 ed. Campinas: Russel, 2004.

88 KENT. *Commentaries of american law* apud *Ibidem*, p. 40.

Executivo que incorra no mesmo vício, porque se os atos do legislativo são nulos, não menos nulos são os do Executivo, e pelos mesmos motivos.

Por igual razão, assentamos e avançamos nas premissas de Rui Barbosa, com boa parte de influência na doutrina estrangeira, que são nulos os atos dos poderes públicos em geral, não importando se provenham do Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Em virtude da histórica influência da teoria da nulidade da norma inconstitucional para a teoria constitucional, impõe-se à decisão, que declara e reconhece a inconstitucionalidade de uma lei, o caráter declaratório, limitando-se a reconhecer apenas a situação preexistente. Assim, por esta teoria, se uma lei é declarada inválida e proclamada inconstitucional, como consequência tal ato será tido por nulo, sendo também nulos todos os atos e fatos constituídos sob a égide da lei. Como consequência temporal, seus efeitos se produzirão retroativamente, extirpando a lei do mundo jurídico desde a sua edição. Portanto, é pacífico o entendimento de que a lei declarada inconstitucional, segundo o critério da teoria da nulidade, terá efeito *ex tunc*.

Importa registrar que essa tese influenciou diversos países ao redor do mundo, sendo apenas aqueles adeptos do modelo de controle judicial de constitucionalidade, exceto a Áustria⁸⁹, país sob forte influência da teoria kelseniana acerca do controle concentrado de constitucionalidade.

89 Kelsen desenvolveu uma teoria do controle concentrado de constitucionalidade, sendo partícipe da adoção deste modelo na Constituição austríaca de 1920 e também no solo europeu. Este teórico do direito exerceu grande influência para a criação do modelo concentrado de constitucionalidade, professando uma doutrina diversa da que prevaleceu nos Estados Unidos, notadamente a partir do caso *Marbury vs Madison*, e com a instituição do *judicial review*. Em síntese, este autor admitia que o controle de constitucionalidade não era uma atividade judicial, em um sentido próprio, porém uma função constitucional que se materializava a partir da atividade de um órgão de cúpula, chamado Tribunal Constitucional, que teria a função de legislador negativo. A partir da atividade do Tribunal Constitucional, Kelsen afirmava que a lei inconstitucional não era nula, mantendo-se válida até que a decisão da corte viesse a pronunciar sua inconstitucionalidade, pois, em seu sistema concentrado, juízes e tribunais inferiores não poderiam deixar de aplicá-la sem antes ser oficialmente declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional. Por esta razão e outras, a lei inconstitucional não era nula, mas tão somente anulável, tendo a decisão do Tribunal o caráter constitutivo negativo, ao contrário da *judicial review*.

Assim dispõe Kelsen, em sua obra *Jurisdição Constitucional*: “A nulidade significa que um ato que pretende ser um ato jurídico, especialmente um ato estatal, não o é objetivamente por ser irregular, isto é, por não preencher os requisitos que uma norma jurídica de grau superior lhe prescreve. **O ato nulo carece de antemão de todo e qualquer caráter jurídico, de sorte que não é necessário, para lhe retirar sua qualidade usurpada de ato jurídico, um outro ato**

Discussão teórica a parte, seja, de um lado, a teoria da nulidade absoluta da norma, seja do outro, a teoria da anulabilidade defendida por Kelsen, o real é que a vida é demais complexa e o tempo se faz presente como fio condutor do direito, capaz de nos mostrar a necessidade de atenuar a teoria da nulidade absoluta e abrir exceções, de modo a se admitir certo temperamento dessa teoria, amenizando o efeito retroativo do pronunciamento de inconstitucionalidade em virtude de inúmeros fatores.

Há tempos, o direito norte-americano já captou essa necessidade a partir de inúmeras decisões da Suprema Corte, quando da oportunidade de temperar os efeitos de suas decisões declaratórias de inconstitucionalidade. Em princípio, logo nos Estados Unidos, país adepto à teoria da nulidade já se deparou com a necessidade de encontrar fórmulas para atenuar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, pondo limites que respeitem a boa-fé, a segurança e o interesse público.

No Brasil, Gilmar Mendes⁹⁰ traz um inventário acerca da modulação dos efeitos na pronúncia de inconstitucionalidade, resgatando o direito comparado, especialmente nos Estados Unidos. Inicialmente, naquele país, a primeira e principal preocupação quanto à modulação se deu em casos ligados ao direito penal. É oportuno salientar, que nem a Constituição, tampouco a lei proíbe ou

jurídico. Se em vez disso, tal ato fosse necessário, não estaríamos diante de uma nulidade, mas de uma anulabilidade”. E continua: **Somente na medida em que o direito positivo limite esse poder de examinar qualquer ato que pretenda ter o caráter de ato jurídico e de decidir sobre a sua regularidade, reservando-o sob condições precisas a certas instâncias determinadas, é que um ato que sofra de um vício jurídico qualquer pode não ser considerado a priori nulo, mas somente anulável.**

(...) Nem os cidadãos nem as autoridades públicas devem considerar como lei qualquer ato que assim se intitule. Sem dúvida nenhuma, pode haver atos que de lei só tem a aparência. Mas não se pode definir por meio de fórmula teórica geral o limite que separa o ato nulo a priori, que é uma pseudolei, de um ato legislativo viciado, mas válido, de uma lei inconstitucional. Somente o direito positivo poderia assumir essa tarefa; mas ele geralmente não o faz, em todo caso não o faz conscientemente nem de maneira precisa. Na maioria das vezes, deixa a solução dessa questão aos cuidados da autoridade a quem cabe decidir, quando um indivíduo – cidadão ou órgão estatal – se recusa a obedecer ao ato em apreço, alegando que era uma pseudolei. Mas, com isso, o ato em apreço sai da esfera da nulidade absoluta para ingressar **na da simples anulabilidade**. Neste sentido ver HANS, Kelsen. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 140-142. 90 MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar. *Controle de Constitucionalidade: comentários à Lei 9.868*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 435. No pequeno inventário trazido por Gilmar Mendes, este autor colaciona inúmeros precedentes judiciais tanto na esfera criminal quanto na esfera cível. Ver, por exemplo, o caso *Linkletter v. Walker*, 381 U. S. 618 [1965] e também no caso *Chevron Oil v. huson*, 404 U. S. 97 [1971]

exige o efeito retroativo, tudo não passa de mera construção doutrinária e, há tempos, de construção jurisprudencial.

Lúcio Bittencourt⁹¹ bem mostrou ilustrações da jurisprudência americana sobre o assunto, apontando a preocupação da Suprema Corte em salvaguardar as pessoas condenadas criminalmente como incursas em lei julgada inconstitucional, não obstante a decisão penal condenatória tenha alcançado os efeitos da coisa julgada. Neste caso, mais relevante apontar para uma solução em benefício do réu.

A partir do direito penal, inúmeras situações foram observadas quando do temperamento dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade da lei, pondo-se limites à eficácia *ex tunc*. Exemplo, também, ocorreu em situações de natureza cível, de cunho patrimonial, em que a Suprema Corte⁹² preservou um acordo efetuado entre a administração municipal e um banco, ao tempo em que se discutia a validade da lei. Nesse ponto, a Suprema Corte considerou o acordo imune aos efeitos da decisão, considerando válidos os atos praticados sob a égide da lei declarada inconstitucional.

Já no Brasil, anteriormente à lei 9.868 e à CRFB/88, o Supremo Tribunal Federal já via com cautela os efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade de lei. Registre-se, por exemplo, os precedentes RE 78.594⁹³ e RE 78.533⁹⁴, em que o STF já se preocupava em impor limites aos efeitos *ex tunc*, quando proclamada a inconstitucionalidade de lei.

Diante das considerações da teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional, o correto, consoante já previam a própria doutrina e jurisprudência, seja estrangeira ou nacional, é admitir a importância dos efeitos nos casos concretos, muitas vezes irrecuperáveis ou insuperáveis, que a norma

91 BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1948, p. 147.

92 Lúcio Bittencourt trouxe à discussão o exemplo do caso *Chicot County Drainage District v. Baster State Bank*, decidido em 1940 pela Suprema Corte norte-americana.

93 Trata-se de decisão proferida pela 2ª Turma do STF, sob a relatoria do Min. Bilac Pinto, julgado em 1974.

94 Trata-se de decisão proferida pelo STF, sob a relatoria do Min. Decio Miranda, em 1982, no Recurso Extraordinário proveniente de São Paulo, em que se questionava a validade de uma penhora realizada por oficial de justiça nomeado com base em lei que fora declarada inconstitucional posteriormente.

produz no tempo e no espaço. No intervalo de produção de efeitos da norma inquinada de inconstitucionalidade e sua declaração de incompatibilidade com a Constituição, devemos admitir que os homens nascem, crescem, contraem dívidas, obtêm créditos, constroem, casam, procriam, morem, herdaram etc. Assim, impossível fechar os olhos para esses fatos, pois, como já foi dito, a vida é muito mais complexa do que a melhor das teorias.

A partir daí, vê-se situações-chaves que demandam uma apreciação com um olhar soslaio para a teoria da nulidade absoluta da norma inconstitucional, tendo como carro-chefe a boa-fé de terceiros, que muitas vezes não significa nada mais nada menos que a explicitação da segurança jurídica, a proteção à coisa julgada e o interesse social. Afinal, será que estamos diante de múltiplas formas de proteção da segurança jurídica, na sua essência? Parece que sim.

Para acabar de vez com a controvérsia acerca da possibilidade de se atenuar os efeitos *ex tunc* da decisão que proclama inconstitucional uma lei, o artigo 27⁹⁵, da Lei 9.868/99, deu ao STF a possibilidade discricionária de modular os efeitos de suas decisões. A partir de uma interpretação histórica,volvendo no tempo e levando-se em consideração a exposição de motivos dessa lei, é fácil perceber a intenção do legislador ordinário em possibilitar ao STF fazer um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade absoluta da lei inconstitucional e o postulado da segurança jurídica.

Oriunda do projeto de Lei n. 2.960, de 1997, a exposição de motivos da Lei 9.868/99 afirmava o propósito de acompanhar o evoluir do Direito Constitucional comparado e, em matéria de nulidade da lei inconstitucional, possibilitar ao STF a discricionariedade de, sempre por maioria qualificada, decidir acerca dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo-se um juízo criterioso de ponderação entre o princípio da nulidade absoluta de norma inconstitucional e os postulados da segurança jurídica e interesse social, permitindo, ainda, somente afastar a nulidade absoluta da lei inconstitucional '*in concreto*' se pudesse, por

95 Assim reza o art. 27, da Lei 9.868/99: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado

decisão discricionária do STF, constatar que a declaração de nulidade da norma acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.

Analisando com mais cautela o teor da exposição de motivos, vê-se claramente a intenção do legislador ordinário em efetivar sempre que possível a segurança jurídica. A idéia é não se afastar ainda mais da vontade constitucional, quando em situações de inconstitucionalidade, se possível preservar outros bens ou valores protegidos constitucionalmente, como o caso da coisa julgada, o terceiro de boa-fé, entre outros.

2.9 O STF e a questão da segurança jurídica

O ordenamento jurídico brasileiro reconheceu ao STF, precipuamente, a competência para guardar a Constituição. Assim reza o artigo 102, da CRFB/88. Como órgão de cúpula, o STF desempenha relevante papel social no Estado Democrático de Direito por meio de suas decisões que podem contribuir para a criação e garantia dos direitos. A partir do STF, far-se-á a análise da segurança jurídica, a título ilustrativo e sem grandes pretensões, em duas importantes decisões proferidas recentemente, a fim de demonstrar a complexidade da segurança jurídica e suas diversas acepções. Não se pretende, portanto, se afastar da cientificidade pretendida com a análise de decisões do STJ que tenham por objeto a coisa julgada inconstitucional, de modo a aparentar ter se afastado, na presente investigação, do núcleo básico que perpassa a dissertação, que é a discussão de casos paradigmáticos proferidos pelo STJ, notadamente aqueles sob a relatoria do Ministro José Delgado e do Ministro Teori Albino Zavascki. Assim, os casos citados, neste item, têm relevância apenas para a discussão da segurança jurídica, de modo a possibilitar a demonstração da pretensão assumida no capítulo, ou seja, o caráter polissêmico da segurança.

Importante registrar, também, que não se verá, na pequena análise ilustrativa, consideração pessoal sobre o juízo de mérito da decisão do STF, sobre o seu acerto ou desacerto, tampouco análise criteriosa sobre os argumentos postos.

Tratam-se das seguintes decisões: ADI n. 3.105-8/ DF (que questionou a taxaço dos inativos admitida pela Emenda Constitucional 41) e ADI n. 2.240-7 (que questionou a Lei estadual da Bahia n. 7.619 e criou o Município de Luís Eduardo Magalhães).

2.9.1 *Da taxaço dos inativos*

Em 26 de maio de 2004, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ajuizou uma ADI em face do artigo 4^o⁹⁶, da Emenda Constitucional (EC) n. 41, de 19.12.2003. Entre os principais argumentos lançados contra a referida EC, impõe-nos dispor de forma sistematizada para maior compreensão da discussão acerca da segurança jurídica. Seguem abaixo:

Argumento 1

- Violaço aos postulados do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (art.5^o, inciso XXXVI, CRFB/88)

Os servidores públicos aposentados e pensionistas, e os que preenchiam as exigências de aposentadoria antes da vigência da nova norma constitucional, estavam submetidos, quando das suas aposentadorias ou do momento em que poderiam se aposentar, a regime previdenciário que não tinha caráter contributivo ou solidário. Em conseqüência os servidores, depois de aposentados conforme o sistema previdenciário então estabelecido pela Constituição, exerceram ou incorporaram ao seu patrimônio jurídico o direito de não mais pagarem contribuição previdenciária.

Portanto, os que se aposentaram até 19.12.2003, bem como os que detinham as condições para sê-lo, possuiriam o direito de não mais pagar contribuição, e a obrigação imposta pelo artigo 4^o, da EC/41, justamente prejudica este mesmo

96 Assim reza o artigo 4^o, da EC 41: Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3^o, contribuirão para o custeio do regime de que trata o artigo 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

direito, impondo-lhes uma situação mais gravosa ao seu titular. Por isso, restaria provada a flagrante violação ao disposto no art. 5º, inciso XXXVI, da CRFB/88.

Argumento 2

- Violação da limitação material ao poder de reforma, contida no artigo 60, §4º, inciso IV, da CRFB/88.

A violação da cláusula *pétrea* insculpida no art. 60, §4º, inciso IV, da CRFB/88, se daria em virtude do desrespeito ao direito adquirido e ato jurídico perfeito, enquadrados na categoria dos direitos e garantias individuais do cidadão.

Argumento 3

- Violação da isonomia tributária, prescrita no artigo 150, inciso II, da CRFB/88.

A Emenda Constitucional instituiu tratamento diferenciado entre os servidores que se aposentassem após a promulgação da EC, que contribuirão apenas sobre o montante do provento que exceda a R\$ 2.400,00, e os que já estão aposentados, que deverão contribuir sobre o que superar apenas a 60% dos referidos R\$ 2.400,00, se servidor inativo da União, e sobre 50% dos mesmos R\$ 2.400,00, se servidor aposentado dos Estados, Distrito Federal ou Municípios

Argumento 4

- Violação do princípio da irredutibilidade de vencimentos e proventos. Trata-se de princípio geral que protege as formas de estipêndios decorrentes das relações privadas e públicas de trabalho.

Dos argumentos postos pela autora, é possível constatar a essência da discussão. Em outras palavras, a essência está na segurança jurídica,

materializada no ato jurídico perfeito ou no direito adquirido. Esta preocupação centraliza-se na proteção da segurança jurídica para os indivíduos.

Por outro lado, torna-se importante, também, analisar a exposição de motivos da Emenda Constitucional n. 41, a qual nos dará maior dimensão do caso.

Exposição de motivos da EC/41

A exposição de motivos de uma lei pode nos subsidiar na compreensão dos motivos que ensejaram a criação da norma legal, destacando informações sobre o tema objeto da proposição legislativa e os argumentos determinantes que levaram à aprovação da norma.

Utilizando-se do método histórico, método clássico da interpretação jurídica, é possível remontar ao passado e saber essas questões determinantes. Por conta disso, far-se-á abaixo uma contextualização destacando a ambiência política da época da criação da referida EC.

Nos fundamentos apresentados pelo legislador ordinário, em função do exercício de poder constituinte derivado reformador, constata-se a preocupação em incluir os servidores inativos e pensionistas no rol dos sujeitos à incidência da contribuição previdenciária, quer para os que já se encontravam nessa situação, quer para aqueles que cumprirão os requisitos, após a promulgação da presente Emenda Constitucional.

Reporta à necessidade de instituição de contribuição previdenciária aos servidores inativos e pensionistas de corrigir políticas inadequadas adotadas no passado. Trata-se, nesse sentido, de questão historicamente polêmica, consoante a própria exposição demonstra.

A partir daí, traz a idéia de solidariedade a ser observada no regime de previdência social, exigindo-se, em razão disso, que todos aqueles que fazem parte do sistema sejam chamados a contribuir para a cobertura do vultoso desequilíbrio financeiro hoje existente, principalmente pelo fato de muitos dos atuais inativos não terem contribuído com alíquotas suaves ou modestas, durante um largo lapso temporal. Como circunstanciado, pouco ou quase nada se

contribuiu neste país para o regime de previdência social dos servidores públicos, em razão de a grande maioria dos atuais servidores aposentados ter contribuído sobre parte da remuneração e sobre uma remuneração variável durante suas vidas. Além destas razões, de levar em conta a diferença entre a remuneração na admissão do cargo público e aquela obtida na aposentadoria em virtude dos planos de cargos e salários das variadas carreiras do serviço público.

Eis, então, as razões que levaram o constituinte derivado a prever um tributo não retributivo aos já aposentados, que se encontram inativos, e pensionistas que adquiriram essas condições sob a égide de um sistema legal e constitucional extremamente paternalista do Estado, independentemente da justiça ou injustiça que se possa considerar tal política.

A partir da percepção do grave erro histórico cometido pelo Estado, visou a EC/41 reverter uma situação de desequilíbrio financeiro da previdência social, a fim de diminuir a distância existente entre as previdências pública e privada.

Mas, e o resultado disso; como se deu?

O STF, em decisão polêmica que repercutiu no cenário político e jurídico do país, reconheceu a constitucionalidade do artigo 4º, julgando improcedente a ADI por maioria de votos, vencidos os Ministros Ellen Gracie – relatora do caso -, Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Destaca-se o fato de o princípio da solidariedade, norteador do regime de previdência social, ter preterido os postulados do direito adquirido e ato jurídico perfeito. Vê-se claramente que o direito adquirido e ato jurídico perfeito, embora tenham como fundamento a segurança jurídica, cederam diante da solidariedade que todos devem compartilhar.

Por fim, longe de compartilhar convicções ideológicas de A ou de B, é extremamente relevante, ainda que a título ilustrativo, trazer à baila o voto do Min. Joaquim Barbosa no presente contexto, a fim de contribuir para os argumentos que serão deduzidos sobre a acepção da segurança versada no caso.

O Min. Joaquim Barbosa referiu-se ao caráter relativo do direito adquirido, principal argumento defendido pela autora, admitindo-se a ponderação ou confrontação com outros valores igualmente protegidos pela nossa Constituição.

Nesse sentido rejeita, com aporte nos escritos de Daniel Sarmiento, a visão absoluta do direito adquirido, colacionando, em seu voto, trecho em que este autor recorda a abolição da escravatura, realizada sob a égide da Constituição do Império, de 1824, a qual previa a garantia da irretroatividade da lei. A partir dessa premissa, opôs exceção a mais uma manifestação da segurança jurídica, pontuando a importância da garantia do direito adquirido, mas não o seu caráter absoluto, em razão do fato de não se imaginar alguém pretender defender, com um mínimo de senso ético que se possa ter, a garantia e validade do direito adquirido pelos senhores detentores dos escravos diante da lei emancipatória.

Logo, parece estarmos diante de uma situação de política legislativa, que importou numa escolha política para decidir o que é segurança jurídica ou pelo menos como realizá-la. Mera opção. A opção do STF, pelo menos tendo em vista o julgamento improcedente do pedido quanto à inconstitucionalidade do art. 4º, da EC/41, compatibiliza-se com a idéia trazida por Pérez Luño⁹⁷, em que afirma ser a segurança um fator de legitimação política. Satisfazer a segurança pressupõe a realização plena das garantias e dos valores do Estado de Direito e não apenas a legalidade. Nesse caso, preferiu-se satisfazer a solidariedade do sistema como forma de garantir a própria subsistência do sistema previdenciário. Não precisava tanto, pois outras soluções poderiam ser adotadas, mas isso não nos compete aferir aqui.

97 LUÑO, Pérez. *Op. cit.*, p. 57/58. Pérez Luño afirma que a segurança é um olhar constante do homem no desenvolvimento de um Estado de Direito e o seu alcance supõe a satisfação plena das garantias e dos valores deste modelo de Estado. Nesta forma política, ou melhor, neste modelo de Estado, o que o cidadão pode fazer coincide com o que tem que fazer. A segurança não é apenas um fato, mas também um valor e este valor o Direito deve garantir. Em crítica à concepção positivista kelseniana, Pérez Luño identifica o equívoco de seu positivismo jurídico quando se identifica a segurança jurídica e o Estado de Direito com a noção de legalidade. Portanto, o desenvolvimento do positivismo deste autor conduz ao entendimento do que venha a ser Estado de Direito à centralização legislativa e a generalidade das leis, a qual seria essencialmente a segurança jurídica.

A acepção de segurança jurídica para Pérez Luño é muito mais ampla do que a simples legalidade, conformada pelo Estado de Direito ou Estado Legal. É também, referindo-se ao Estado de Direito, o Estado em que a legalidade se funda na soberania popular e se dirige à tutela dos direitos fundamentais. Portanto, o Estado de Direito é uma expressão de legitimidade política e, por esta razão, se identifica com esse princípio de legitimidade jurídica que representa a segurança.

2.9.2 Município de Luís Eduardo Magalhães

O Partido dos Trabalhadores (PT) propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade pretendendo ver declarada a inconstitucionalidade da Lei 7.619/2000, do Estado da Bahia, que dispôs sobre a criação do Município de Luís Eduardo Magalhães, decorrente do desmembramento do atual distrito de Luís Eduardo Magalhães e parte do distrito sede, o Município de Barreiras.

Na presente ação o PT, dentre outras coisas, trouxe os seguintes argumentos:

Argumento 1

A inconstitucionalidade da lei, em razão de sua publicação ter ocorrido em data posterior à promulgação da Emenda Constitucional n. 15/96, que deu nova redação ao §4º, do artigo 18, da CRFB/88. Nesse aspecto, a violação decorreria da criação de um município em ano de eleições municipais, quando ainda pendente a exigência do §4º, do artigo 18, da CRFB/88, ou seja, a lei complementar federal que deveria definir o período em que os municípios poderiam ser criados.

Argumento 2

Revogação do dispositivo da Constituição baiana que atribuía à lei complementar estadual os requisitos definidores da criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios. É que, inicialmente, após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Constituição baiana, com esteio em sua redação original, regulou a forma e período em que os municípios poderiam ser criados.

Porém, com a reforma da Constituição, após a entrada em vigor da EC/15, passando, a partir daí, a determinar a observância dos requisitos estabelecidos por lei complementar federal, tal circunstância restaria por si só, revogado o dispositivo da Constituição baiana.

Argumento 3

Violação ao regime democrático, pois, no processo de criação do município, apenas a população do então distrito de Luís Eduardo Magalhães se manifestou no plebiscito realizado em 19 de março de 2000, embora a consulta popular devesse ser estendida a todos os habitantes envolvidos no processo, incluídas as pessoas do município sede, no caso, Barreiras.

Argumento 4

Inexistência de estudos de viabilidade municipal. Neste processo emancipatório, não foram publicados os estudos de viabilidade municipal em momento oportuno, ou seja, antes do plebiscito, pelo que possibilitaria o conhecimento prévio da população envolvida obter informações de sustentabilidade do novo município a ser criado. Nesse caso, os estudos de viabilidade foram publicados após o plebiscito, em 28 de março de 2000, dois dias antes de promulgada a lei estadual que deu vida ao novo município.

A partir desses argumentos, lançados na inicial da ADI, dois Ministros se detiveram ao exame dos argumentos e exerceram grande influência no julgamento, embora com soluções diversos. Podemos destacar a atuação do Ministro Eros Roberto Grau, relator do caso, e do Ministro Gilmar Mendes, que proferiu voto condutor no que diz respeito aos efeitos da decisão e por ter influenciado sobremaneira a mudança de posição do Ministro Eros Grau quanto à parte dispositiva.

Na linha do pensamento de Eros Grau, a situação que se apresentava à mesa era extremamente excepcional, em que o ordenamento jurídico positivo não contemplava. Impossível, portanto, simples exercício de subsunção.

Nesta hipótese, de fato, o município de Luís Eduardo Magalhães existe como ente federativo, a partir de uma declaração política, não importando se subsiste ao

arrepio da Constituição brasileira. Esta situação não pode ser ignorada, porque em boa-fé os cidadãos do município de Luís Magalhães supõem seja juridicamente regular os atos da vida civil daí decorrentes. Até os defuntos teriam suas situações jurídicas indefinidas, caso o STF decidisse declarar a inconstitucionalidade com a nulidade do ato, dizia o Ministro Eros Grau.

Nesse sentido, o ministro invocou a força normativa dos fatos, com esteio no pensamento de Georg Jellinek, pois para tal situação não se poderia fechar os olhos e imaginar que os efeitos produzidos pela norma inquinada de inconstitucionalidade possam ser facilmente desfeitos. A força normativa dos fatos, no caso, permitirá compreender a origem e a existência da ordem jurídica. É como se estive endossando a tese segundo a qual se aplica o termo latim “*Jus oritur facto*”, ou melhor, o direito nasce a partir dos fatos.

Diante de tais argumentos, o Min. Eros Grau sustentou a defesa da segurança jurídica como forma de proteção da confiança e boa-fé, haja vista o ordenamento jurídico proteger a confiança suscitada pelo comportamento do outro e nisso os cidadãos confiaram na lei emancipatória, acreditando ser tal situação juridicamente válida. Invocou, ainda, o pensamento de Karl Larenz que vê na consecução da paz jurídica um elemento nuclear do Estado de Direito.

A segurança neste caso, parece ter se materializado sob a proteção da boa-fé.

Por fim, o princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do município, ainda que ao arrepio da Constituição brasileira. Essa foi a saída encontrada pelo Ministro Eros Grau, julgando, no caso, improcedente o pedido na ADI.

Em pedido de vista, o Ministro Gilmar Mendes trouxe uma solução nada muito usual no STF, um pouco *sui generis*. Gilmar Mendes sugeriu a aplicação do artigo 27 da Lei 9.868/99, e, adotando a interpretação histórica, trouxe a discussão da necessidade de ponderação do princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica. Nesse sopesamento, reconheceu a importância da segurança jurídica, porém preferiu tender para o fortalecimento da doutrina da teoria da nulidade da lei inconstitucional, não se contentando, é claro, simplesmente em adotar a solução do Ministro Eros Roberto Grau em declarar a

constitucionalidade da lei. Por outro lado, compatibilizar a situação não muito comum para o ordenamento jurídico que ora se apresentava, com a preservação da Constituição brasileira. Contudo, sugeriu a declaração de inconstitucionalidade do ato com a adoção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade *pro futuro*, o que acabou por se tornar vencedor neste argumento, tudo nos termos do artigo 27, da lei 9.868/99, parte final.

A partir desse momento, percebe-se que a questão da segurança jurídica se tornou complexa e, talvez, não mais ambivalente como pretendemos demonstrar no início do capítulo. Pode-se tornar polivalente, decorrente de múltiplas acepções. Ora, segundo a orientação de Eros Grau, a segurança jurídica seria protegida, ainda que apenas de forma explícita, sob a nomenclatura da boa-fé. Isso porque há situações implícitas de assegurar a segurança jurídica que não apenas a boa-fé. Por exemplo, os direitos dos comerciantes que abriram empresas a partir da expedição de alvarás pela prefeitura local. Ou mesmo os direitos adquiridos por parte dos cidadãos que foram admitidos por concurso, por exemplo, nos quadros do funcionalismo público local.

Por outro lado, a segurança jurídica também se materializa quando o Ministro Gilmar Mendes pretende resguardar a Constituição brasileira, a partir do fortalecimento da teoria da nulidade absoluta da norma inconstitucional. Ou é possível imaginar que, a essa altura, resguardar a Constituição brasileira contra atos inquinados de inconstitucionalidades não é preservar a segurança jurídica? Evidente. Está, à vista disso, preservando a própria harmonia do sistema jurídico.

Quando o Min. Gilmar Mendes admitiu a prevalência da teoria da nulidade do ato inconstitucional, embora com a eficácia temporal *pro futuro*, declarando a inconstitucionalidade da lei estadual que fundou o Município, em detrimento da suposta segurança jurídica, agiu também, numa atividade ponderativa, em nome da segurança. Porém, em outra acepção tentou proteger a Constituição, não permitindo que com a decisão proposta pelo Min. Eros Grau outros Municípios fossem criados ao arpejo do texto constitucional.

A acepção de segurança que prevaleceu foi aquela que se materializou na proteção da confiança e boa-fé dos membros daquele Município, quando se destacou em demasia a força normativa dos fatos.

2.10 Consolidando certos aspectos da segurança jurídica

A segurança jurídica, ao contrário do que imagina a dogmática jurídica, não se confunde apenas com a idéia de legalidade. Essa foi uma primeira acepção admitida no século XVIII, com a positivação do Direito. Ela é muito mais do que isso, consistindo em um desejo enraizado na vida do homem que sente amedrontado diante de sua própria existência, da imprevisibilidade e da incerteza a que está submetido. Por isso, a segurança jurídica é mais do que um fato ou um direito, é, por conseguinte, um valor que não se dá espontaneamente e com idêntico sentido e identidade nos diversos sistemas jurídicos. Ela pode ser satisfeita de diversas maneiras a admitir exigências em distintas ações, de modo que a sua função e alcance dependerá de lutas políticas e vicissitudes culturais de cada tipo de sociedade. E nesse contexto, o mundo ocidental, a partir do século XVIII, conheceu a segurança jurídica como sendo aquela capaz de garantir a previsibilidade e calculabilidade dos direitos, a partir do princípio da legalidade. Esta idéia parte de uma concepção liberal que reinou no período das grandes revoluções.

A segurança como valor se irradia para outros campos e se materializa em outras ações e instrumentos legislativos. A Constituição material, tipologia adquirida na segunda metade do século XX, é uma forma de exteriorização da segurança jurídica, quando se desloca para o centro da ordem jurídica, em que tudo nela se deposita como única forma de proteção contra os abusos do poder. E como pensar em segurança jurídica, neste momento? Promover e realizar a segurança é mais do que nunca, garantir a Constituição.

À vista disso, e sem proceder a um reducionismo da segurança apenas a determinada circunstância, outras facetas deste valor podem ser percebidas, ou melhor, o valor segurança, longe de se reduzir a própria garantia da Constituição,

continuou a se materializar em diversos instrumentos, institutos jurídicos e ações humanas etc. Isso não podemos negar, porque enquanto o mundo avançou, a coisa julgada, o direito adquirido, a irretroatividade da lei, sempre subsistiram nos ordenamentos jurídicos, mas renegados a outros planos.

A todo instante se constroem paradigmas e rompem-se paradigmas, num sentido quase que cíclico. Eis aqui o velho brocardo latim “*jus oritur facto*”, o direito origina-se a partir dos fatos. Fatos novos demandam novos direitos, e assim por diante. Como o valor segurança não se dá espontaneamente e com idêntico sentido e identidade, é preciso admitir que a sua conquista e satisfação dependam sempre de lutas políticas e vicissitudes culturais de cada tipo de sociedade.

O sentido atribuído à igualdade na revolução francesa não é mais o mesmo sentido atribuído no século XXI. A igualdade evoluiu e, com o passar do tempo, ganhou uma conotação formal e outra conotação material. Os direitos fundamentais também tiveram a preocupação com a liberdade individual, ganhando o caráter de direitos de liberdade ou de primeira geração; já os segundos, ou melhor, os de segunda geração, tiveram outro caráter, isto é, o da solidariedade. À medida que as sociedades evoluem, novos direitos são almejados e conquistados.

A coisa julgada também ganhou novos contornos, novas interpretações, tendo que se compatibilizar com outros institutos ou instrumentos que igualmente protegem o valor segurança. Se a segurança jurídica passou a assumir formas diversas em contextos diferentes, por si só é motivo para o instituto da coisa julgada ser interpretado sob um olhar diferente, porquanto este instituto tem por finalidade precípua realizar o valor segurança. Ou será que o sentido absoluto, imutável e intangível persistirá tão vigoroso assim? A resposta não pode ser outra que não a sua interpretação a partir de uma nova conjuntura capaz de compatibilizá-la com outras formas de exigência da segurança jurídica. Os paradigmas são outros em pleno século XXI⁹⁸.

98 A respeito da segurança jurídica, comporta aqui trazer a importante reportagem publicada pela Revista Consultor Jurídico, responsável pela publicação do Anuário da Justiça 2007, considerado uma ousada iniciativa de jornalistas já empreendida no mundo do Judiciário Brasileiro. O Consultor

A segurança é um valor que transcende o ordenamento jurídico positiva de um Estado. Depende, por conseguinte, de escolhas políticas, como forma de legitimação política para a realização dos postulados do Estado de Direito, como a que ocorreu na ADI n. 3105, quando o STF preteriu o direito adquirido ao princípio da solidariedade. Por outro lado, a mesma segurança jurídica se materializou numa acepção de confiança e boa-fé, como ocorreu na ADI 2.240-7.

Assim sendo, a segurança apresentará mais de uma acepção, fazendo-se dela um conceito polissêmico. Não se pode precisar de um conceito fechado, uníssono, compartilhado por todos, mas ao contrário, poderá se materializar de inúmeras formas, como nos sentidos objetivo e subjetivo, pontuado ao longo do capítulo. Do contrário, cairemos em um conceito tautológico.

A coisa julgada poderá garantir a segurança jurídica Mas, por outro lado, a supremacia da Constituição também poderá representar uma forma de realização da segurança jurídica. O contexto poderá dizer melhor. Daí porque o seu caráter ambivalente, pois a mesma segurança jurídica defendida vigorosamente por aqueles que refutam a tese da quebra da coisa julgada inconstitucional, por outro lado, e com o mesmo fundamento, haverá quem defenda o afastamento da coisa julgada inconstitucional em prol do princípio da supremacia da constitucional. A tese da imutabilidade da coisa julgada, com suporte na garantia da segurança jurídica, conforme apego excessivo dos conservadores que acham inviável a

Jurídico publicou uma grande revista fazendo uma radiografia dos principais tribunais do país, produzindo os perfis de seus protagonistas e selecionando as decisões que mais afetam a vida do país. Especificamente sobre o STJ, a o Anuário da Justiça 2007 trouxe um artigo sobre a segurança jurídica, mostrando que este tribunal ampliou a previsibilidade para a solução de conflitos conhecidos e contribuindo para a segurança. O destaque especial ficou para duas decisões da Corte nos casos da Varig, quando o tribunal deu força à Lei de Recuperação Judicial, decidindo que a Justiça do Trabalho não poderia interferir no processo de recuperação de empresas. Essa decisão foi considerada fundamental para garantir, além da validade da referida lei, terreno firme para as empresas estrangeiras expandirem seus negócios e, conseqüentemente, melhores condições para a economia. Em outra importante decisão, colacionada pelo Anuário da Justiça 2007, o STJ decidiu que a sentença arbitral estrangeira pode ser homologada mesmo quando é questionada em ação judicial paralela. Essa decisão fortaleceu as decisões de câmaras de arbitragem, tendo em vista a crescente procura das empresas multinacionais a essa solução alternativa de composição de litígios, para fugir da lentidão do Judiciário. Essas decisões mostram a preocupação da Corte com o sentido pragmático de suas decisões, levando em consideração a repercussão sobre os fatores econômicos, sociais e políticos que movimentam os destinos de um país. A segurança aqui representa uma forma de legitimação política. Neste sentido, consultar CONJUR. *STJ decisões: sólido e estável*. In: Anuário da Justiça, 2007, p. 192/193.

quebra da coisa julgada inconstitucional, não resistiria aos argumentos aqui expostos. A única coisa que é permanente é a mudança.

CAPÍTULO II

3. FUNDAMENTAÇÃO DA COISA JULGADA

3.1 Considerações preliminares: delimitando o objeto do capítulo

Para a compreensão da coisa julgada inconstitucional são necessários esclarecimentos sobre a coisa julgada no direito brasileiro, especialmente no Processo Civil, a fim de eliminar inconveniências terminológicas criadas pela doutrina e até mesmo pela legislação, como ocorre com a definição trazida pela Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 6º. Portanto, não há como discutir a relativização da coisa julgada sem antes delinear o terreno em que esse instituto se põe. A própria doutrina não é uníssona quanto ao conceito e entendimento do instituto da coisa julgada, e a falta de consenso pode repercutir na compreensão da coisa julgada inconstitucional. Porquanto, além deste primeiro problema a ser enfrentado, outro será enfrentado em capítulo separado que diz respeito à própria compreensão do que venha a ser coisa julgada inconstitucional.

Questões como a definição de qual coisa julgada poderá ser inconstitucional, se a formal ou a material, assim como seus limites objetivos e subjetivos, são relevantes e devem ser abordadas, pois, quando se adentra na discussão das ações de natureza objetiva no controle de constitucionalidade⁹⁹, por exemplo, novos paradigmas deverão ser tomados.

99 Esse questionamento tem sido suscitado pela doutrina brasileira, especialmente a constitucionalista. A diferenciação no trato da coisa julgada nos processos subjetivos e nos processos de índole objetiva, como no controle concentrado de constitucionalidade, é levantada quando diante da hipótese de o STF julgar improcedente o pedido na ação direta, se este mesmo órgão estaria, futuramente, impedido de reapreciar a questão. Nos processos subjetivos, em que tecnicamente há lide, mesmo nos casos de improcedência do pedido, ainda que diante do fundamento de ausência de prova suficiente, a coisa julgada opera-se normalmente. A legislação põe a salvo, nesses casos, a ação popular e a ação civil pública, porque os artigos 18 e 16, das leis 4.717/65 e 7.347/85, respectivamente, prevêm que a decisão faz coisa julgada contra todos,

Por estas razões, um capítulo à parte sobre a coisa julgada se faz necessário, o que nos facilitará no trato de outras questões no decorrer da dissertação.

Por fim, a título de esclarecimento, se fará um mapeamento doutrinário sobre a coisa julgada nas vozes de alguns processualistas nacionais e estrangeiros, a fim de demonstrar uma dimensão maior da falta de consenso sobre o tema.

3.2 A coisa julgada no Processo Civil

É recorrente na doutrina a discussão sobre a coisa julgada como direito fundamental, por ser de índole constitucional, em virtude de vir positivado no inciso XXXVI do artigo 5º, da CRFB/88 e ser consectário do princípio da segurança jurídica. Defensor dessa idéia é Leonardo Greco¹⁰⁰, para quem a coisa julgada “é uma importante garantia fundamental e, como tal, um verdadeiro direito fundamental, como instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança...”

O entendimento de Leonardo Greco é plausível do ponto de vista de a coisa julgada garantir um direito fundamental importante que é a segurança jurídica. O que não quer dizer, necessariamente, ser a coisa julgada instituto de índole constitucional, não obstante sua garantia vir expressa no artigo 5º, inciso XXXVI, da CRFB/88. O referido dispositivo representa uma questão de direito

exceto se o pedido for julgado improcedente por ‘deficiência de provas’ ou ‘insuficiência de provas’. Teoricamente, sabendo-se que a coisa julgada possibilita duas eficácias – a preclusiva e a vinculativa-, nem o mesmo órgão que proferiu a decisão estaria habilitado a revê-la.

Em se tratando de decisão de procedência e proclamada a inconstitucionalidade, em sede de controle concentrado de constitucionalidade via ADI, a declaração opera efeito sobre a própria lei ou ato normativo impugnado. Nessa circunstância, a lei ou ato não poderá ser validamente aplicado. Por outro, em se tratando de improcedência na ação direta, proclamar-se-á a constitucionalidade, em virtude do caráter dúplice das ADIs e ADCs, consoante dispõe o art. 24, da Lei 9.868/99, e nada acontecerá com a lei ou ato impugnado. Portanto, as situações são distintas e comportariam tratamento diverso.

Para Luís Roberto Barroso essa situação não impediria que o STF voltasse a reapreciar a constitucionalidade ou não da referida lei, objeto de ataque anteriormente e considerada válida, com base em novos argumentos, novos fatos ou mudanças formais ou informais no sentido da Constituição. A própria transformação da realidade que modifique o impacto ou a percepção da lei ensejaria a rediscussão do caso. Por isso, o referido autor entende que os legitimados do art. 103, da CRFB/88 podem propor outra ação tendo por objeto a mesma lei e a Corte poderia reabrir a discussão. Nesse caso, portanto, a improcedência do pedido em ação direta, não se reveste da autoridade da coisa julgada material. Nesse sentido, cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Op. cit., p. 175/178.

100 GRECO, Leonardo. Op. cit.

intertemporal, tão somente. Isso porque, efetivamente, sua matéria é tratada e explicitada na legislação ordinária, especificamente no artigo 467 e seguintes do Código de Processo Civil. Essa discussão interessa àqueles que defendem a aplicação da proporcionalidade¹⁰¹ quando a decisão judicial não se compatibilizar com a Constituição, como solução viável a conformar os princípios da supremacia constitucional e a intangibilidade da coisa julgada.

Para a aplicação da proporcionalidade, como apontado por Guilherme Marinoni¹⁰², sustenta-se, por exemplo, que a coisa julgada, por não ser apenas o único valor protegido constitucionalmente, não poderá prevalecer sobre outros valores existentes que têm o mesmo grau hierárquico, admitindo-se, no entanto, a confrontar-se com outros princípios ou valores igualmente protegidos. Apenas no caso concreto seria possível verificar qual valor constitucional deverá prevalecer.

A coisa julgada, independentemente de corrente que sustente ser um direito constitucional ou não, é um instituto de índole processual, regulada pela legislação ordinária.

A Lei de Introdução ao Código Civil trouxe um conceito de coisa julgada não muito adequado e que sofreu inúmeras críticas por sua imprecisão terminológica e por não representar efetivamente o instituto. Segundo o artigo 6º, §3º, da LICC, considera-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba mais recurso. A decisão que não cabe mais recurso não é coisa julgada, ou seja, a LICC disse mais do que poderia dizer, ou, quando muito, serve apenas para dar a noção, mais ampla possível, de preclusão das faculdades recursais. Por sua vez, o artigo 467, do CPC, procurou definir melhor a coisa julgada, porém, também pecou por sua imprecisão.

Vejam o artigo 467, do CPC: Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. A inconveniência desse conceito subsiste porque não é sobre qualquer sentença que se forma a coisa julgada, consoante demonstra o termo

101 É de se registrar, por exemplo, o fundamento encontrado por Cândido Rangel Dinamarco, para quem a problemática da coisa julgada inconstitucional se resolve mediante o balanceamento de valores, o que melhor será explorado no capítulo IV, relativo ao corte analítico.

102 MARINONI, Guilherme Luiz. *Op. cit.*, p. 3.

“sentença”, sem a devida explicitação de qual sentença se fará a coisa julgada, é o que esclarece Eduardo Talamini¹⁰³, em sua obra “coisa julgada e sua revisão”. E prossegue o autor:

A rigor, no ordenamento processual brasileiro, não é possível delimitar os pronunciamentos aptos a revestirem-se da coisa julgada mediante a mera leitura dos preceitos que pretensamente a ‘definem’. É o art. 485 do diploma processual que estabelece de modo mais preciso o âmbito de incidência da coisa julgada material, ao prever para sua desconstituição a via restrita e excepcional da ação rescisória...¹⁰⁴

O artigo 485, ao tratar da ação rescisória, parece realmente trazer a melhor definição de coisa julgada, quando indica a nomenclatura “sentença de mérito”. Esta observação é importante porque existem provimentos jurisdicionais que não são acobertados pela coisa julgada. Citem-se, por exemplo, os atos não decisórios praticados no processo, as decisões interlocutórias ou mesmo as sentenças que extinguem o processo sem a resolução do mérito, além, é claro, da própria observação que o artigo 469, do CPC, faz¹⁰⁵.

Embora explicitado que a coisa julgada só se forma entre alguns atos jurisdicionais, apenas naqueles que contenham intenso grau de cognição são compatíveis com a coisa julgada.

A coisa julgada, não obstante conceituada pela lei processual em seu artigo 467 e melhor definida no artigo 485, pode se formar também quando diante de decisões que não adentrem no mérito. A esse tipo de coisa julgada a doutrina classifica como coisa julgada formal, consistente na impossibilidade de revisão da sentença dentro do próprio processo em que foi proferida, logo após o seu trânsito em julgado. Assim, parece-nos óbvio que todas as sentenças, sejam de mérito ou não, estão aptas a operar a coisa julgada formal, na medida em que extinguem o processo. Contudo, existe uma possibilidade da ocorrência da coisa julgada formal

103 TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 31.

104 *Ibidem, idem.*

105 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.

acompanhada da coisa julgada material, ou seja, quando conjugar a leitura dos artigos 267 e 268, do CPC¹⁰⁶.

O destaque que recebe a coisa julgada material parece derivar exclusivamente da amplitude maior de suas repercussões concretas, mas o instituto é apenas um. Afinal, a coisa julgada é uma qualidade de que se reveste a sentença de mérito transitada em julgada, em que o provimento jurisdicional torna-se imutável e indiscutível.

O termo “eficácia”, contido no artigo 467, do Código de Processo Civil, não se confunde com as eficácias declaratória, constitutiva ou condenatória que podem assumir as sentenças de mérito. A qualidade de imutabilidade da coisa julgada irá recair sobre a mudança de situação jurídica, a partir do advento de uma eficácia própria que a lei dita, sendo inconfundível, portanto, com os efeitos principais, secundários e anexos da sentença tradicionalmente considerados¹⁰⁷. Enfim, na linguagem de Eduardo Talamini, “com o trânsito em julgado, constitui-se situação jurídica de indiscutibilidade judicial do comando contido na sentença”¹⁰⁸.

106 Art. 267: Extingue-se o processo, sem resolução do mérito: I – quando o juiz indeferir a petição inicial; II – quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III – quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV – quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou da coisa julgada; VI quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; VII – pela convenção de arbitragem; VIII – quando o autor desistir da ação; IX – quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal; X – quando ocorrer confusão entre autor e réu; XI – nos demais casos prescritos neste Código.

Art. 268: Salvo disposição no art. 267, V (quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada), a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.

Parágrafo único. Se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no n. III do artigo anterior, não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito.

107 TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 44.

108 *Ibidem, idem.*

3.3 Os limites objetivos da coisa julgada

Com o advento da coisa julgada, nasce uma nova situação jurídica ditada pelo legislador capaz de tornar indiscutível o comando da sentença. Entretanto, algumas dúvidas podem surgir acerca desse comando, que se torna indiscutível a partir da formação da coisa julgada. Exemplo de algumas indagações que por ventura poderiam surgir, diz respeito ao objeto que já não mais poderá ser revisto nem rediscutido em outro juízo. Com base nessa indagação e outras possíveis é que surge a necessidade de definir os limites objetivos da coisa julgada.

O legislador ordinário, no artigo 468, do Código de Processo Civil, afirma que a sentença tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas. E a obrigação do magistrado em não julgar sobre quanto já foi julgado confina-se em limites, como bem asseverou Giuseppe Chiovenda¹⁰⁹. Põe-se objetivamente a coisa julgada, nesse caso, quando a coisa demanda seja a mesma, que seja fundada sobre a mesma causa, que a demandada seja entre as mesmas partes e proposta por elas e contra elas nas mesmas qualidades.

Quando se conjugam os elementos objetivos – pedido e causa de pedir-, com as mesmas partes, estaríamos diante do tradicional critério dos *tria eadem* ou triple identidade: pedido, causa de pedir e partes. A princípio, parece ser simples em seus próprios termos, porém, a questão enseja grandes dificuldades que aqui não serão enfrentadas para não fugir do propósito firmado na introdução do presente trabalho. Não obstante isso, não é demais dizer que o pedido diz respeito ao resultado, mas revestido de relevância jurídica como, por exemplo, o cunho econômico, social ou moral.

Elucidando melhor e para não haver confusão, pois a própria essência da coisa traz em si mesma uma situação problemática, tome-se o exemplo colhido por Eduardo Talamini¹¹⁰ em que o autor em um primeiro processo requer o abatimento no preço fundado no vício redibitório. Derrotado no mérito, a coisa julgada não será impedimento à formulação de nova ação, como o mesmo

109 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 493, V. I.

110 TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 69

fundamento, ou seja, mesma causa de pedir, contudo, em que se requeira o desfazimento do negócio.

Nesse sentido, a essência da coisa julgada, a partir de seus limites objetivos, consiste no fato de o juiz da nova causa não admitir possa, em qualquer hipótese, desconhecer ou mesmo diminuir a situação jurídica reconhecida na decisão anterior. Nesse raciocínio, esclarece Chiovenda:

... do ponto de vista objetivo, consiste em não se admitir que o juiz, num futuro processo, possa, de qualquer maneira, desconhecer ou diminuir o bem reconhecido no julgado anterior. Isto posto, deve entender-se (como se demonstrou amplamente no último parágrafo) que é lícito uma nova decisão sobre as questões prejudiciais dirimidas no processo antecedente, e que não constituíram objeto de uma decisão por si mesmas, mas se resolveram apenas com o escopo de decidir sobre a demanda do autor¹¹¹.

O que vai determinar, portanto, os limites objetivos da coisa julgada é a demanda de mérito da parte autora. Quanto a esta questão, o CPC, no artigo 469, é explícito em afirmar que não fazem coisa julgada os motivos da decisão; a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; e, por último, a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Deste modo, a matéria decidida irá constituir no limite objetivo da coisa julgada. Nesse ponto, deve-se dar relevância à parte dispositiva da decisão, como bem apontado por Luís Roberto Barroso¹¹².

3.4 Os limites subjetivos da coisa julgada

A coisa julgada opera-se entre sujeitos da demanda e essa premissa está em consonância com os primados do contraditório e da ampla defesa, não envolvendo terceiros, pessoas alheias ao processo em que foi dada a sentença. O próprio

111 CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 493/494.

112 Ilustrando um caso típico de limite objetivo da coisa julgada, Luís Roberto Barroso colaciona a parte dispositiva do acórdão que acolhe a pretensão em ADI, indicando, um teor análogo ao que segue: O tribunal, por maioria (ou por unanimidade), julgou procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. X/00 (ou o art. N da Lei). Desta forma, essa seria a parte que se tornaria imutável e indiscutível. Nesse sentido, cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Op. cit.*, p, 174.

artigo 472, do CPC, alude à questão dos limites subjetivos da coisa julgada, impondo-lhe às partes entre as quais é proferida a decisão, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Não obstante isso, relativamente ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença por ventura proferida produz coisa julgada em relação a terceiros.

Seria inaceitável, por exemplo, impor uma situação jurídica consolidada em uma demanda anterior a terceiros que não puderam exercer suas garantias constitucionais ao contraditório e da ampla defesa. Contudo, importante para esta questão é a observação feita por Liebman¹¹³, quando aponta para a problemática da teoria da eficácia reflexa.

A principal premissa, embora isso não se faça ordinariamente, é que a sentença prevalece em relação a todos, sejam partes ou terceiros estranhos à lide. Não obstante, o direito romano impunha a regra fundamental, que por sinal ainda é plenamente válida, segundo a qual a autoridade da coisa julgada limita-se às partes: *res inter alios iudicata tertio non nocet*. Impõe-se afirmar que a sentença não pode prejudicar outros, que permaneceram estranhos à lide. Contudo, nada disso é absoluto, haja vista no direito romano a relação processual ter sido considerada uma relação singular¹¹⁴, sendo, portanto, restrita às partes.

Por outro lado, o direito germânico adotou solução diferente, multiplicando para terceiros os meios de defesa¹¹⁵ (como exemplo a intervenção principal, oposição de terceiros etc.), o que era desconhecido pelo direito romano. O direito comum encampou as raízes do direito romano, todavia o direito germânico manifestou-se na conservação de inúmeros institutos postos à proteção de terceiros.

Embora a contribuição romana esteja plenamente válida, a situação do terceiro em face da sentença torna-se problemática à luz da teoria da eficácia reflexa, como asseverou Liebman, porquanto 'na vida real as relações entre as

113 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tocantins: Intellectus, 2003, p. 180. V. III.

114 CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 500.

115 *Ibidem*, *idem*.

peças interfere de vários modos entre si e a sentença pode ser indiretamente relevante também para os terceiros ¹¹⁶. Tomemos emprestado o exemplo do autor, imaginando o terceiro crer ter direitos sobre os bens que foram objeto do julgamento, ou mesmo ser titular, em comum com uma das partes em dado processo judicial, da relação sobre a qual ocorreu a pronúncia ou de uma relação dependente daquela e assim por diante.

Agora imaginemos neste caso, ou em alguns semelhantes a este, estender ao terceiro o vínculo em que se deu a coisa julgada poderá parecer simplesmente uma consequência do julgamento havido entre as partes e da relação existente entre as respectivas relações jurídicas. Deste modo, ilustrando, estar-se-ia, por exemplo, numa situação em que se Tício reivindicasse de Caio um bem e obtivesse decisão favorável à sua pretensão, parecerá lógico que Caio poderá servir-se desta decisão para obter de Lucrécio, que outrora lhe vendera o bem, o ressarcimento que lhe é devido por ter sofrido a evicção.

Tomando por base a situação descrita acima, explica-se a necessidade de sujeição de algumas categorias de terceiros aos efeitos da coisa julgada, a fim de racionalizar as relações entre as pessoas, bem como buscar coerência entre decisões referentes a relações jurídicas que se ligam por conexão ou são de qualquer forma coordenadas.

Com a participação da doutrina alemã e italiana ¹¹⁷, por volta do final do século XIX e início do século XX, pôs-se em destaque uma distinção entre a eficácia direta da decisão, válida apenas entre as partes do processo, e a eficácia reflexa, que atinge indiretamente os terceiros por conta da conexão de sua relação jurídica com aquele sobre o qual a sentença se pronunciou. Posteriormente, aduziu-se que a limitação da autoridade da coisa julgada restringia-se apenas às partes, em se tratando da eficácia direta, enquanto a eficácia reflexa poderia expandir-se sem problemas aos terceiros quando mantivessem relações jurídicas conexas ou dependentes do objeto da decisão.

116 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit.*, p. 179.

117 *Ibidem*, p. 180.

Em suma, resolver-se-ia o problema do seguinte modo: os terceiros ficariam sujeitos à autoridade da coisa julgada, na medida em que a decisão alheia poderia influir sobre suas relações, embora não seja essa a conclusão de Liebman, pois, para este, o terceiro se sujeita à eficácia reflexa da sentença; não o está à coisa julgada¹¹⁸. Entra em jogo, neste ponto, a distinção feita pelo jurista italiano entre os efeitos e a autoridade da sentença. Os efeitos sim atingem os terceiros, na medida em que haja conexão com o objeto da decisão, o que não ocorre com a coisa julgada.

Explicando melhor: consoante qualquer fato ou ato jurídico, a sentença entra no mundo jurídico e produz efeitos indistintamente, haja vista ser um ato estatal como se genérica fosse. Esse é, pois, a eficácia natural da sentença como ato do Estado. Conforme bem ilustrou Eduardo Talamini¹¹⁹, a sentença de divórcio, por exemplo, quando desconstitui o casamento, faz com que o instituto deixe de existir perante todos, e não apenas em relação às partes no processo em que se deu a decisão. Por isso que inevitavelmente os efeitos dessa decisão atingirão terceiros, porque as relações jurídicas não têm existência isolada, ao contrário, subordinam-se ou relacionam-se umas com as outras de diferentes modos, é claro. Por outro lado, os efeitos da coisa julgada põem-se, a *priori*, apenas para as partes, integrantes efetivos do processo que tiveram a oportunidade de exercer as garantias constitucionais ao contraditório e a ampla defesa.

Na legislação processual civil, essa discussão parece esbarrar na regra do artigo 472, do Código de Processo Civil, em que explicita a regra romana *res inter alios iudicata tertio non nocet*, excepcionando o caso relativamente ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença por ventura proferida produz coisa julgada em relação a terceiros.

118 *Ibidem*, p. 182.

119 TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 97.

3.5 Mapeamento doutrinário sobre a coisa julgada

3.5.1 *Conceito de José Carlos Barbosa Moreira sobre coisa julgada*

Em importante estudo sobre a chamada relativização da coisa julgada material, publicado na Revista Dialética de Direito Processual, José Carlos Barbosa Moreira¹²⁰ explora o tema da coisa julgada sinalizando ser uma situação dotada de eficácia preclusiva, embora não pretendendo esgotar o tema, em virtude da ausência de sintonia doutrinária sobre o instituto, mas, de qualquer forma, cabe-nos trazer sua contribuição.

O autor parte de três situações jurídicas, examinado cada uma para mostrar em que situação se enquadra a coisa julgada. A primeira delas, diz respeito a situações jurídicas que, uma vez formada, pressupõem total desconformidade com a situação anterior, fazendo surgir a eficácia constitutiva. Noutras há, em que, totalmente ao contrário, pressupõem conformidade, pelo menos no que for essencial, com a situação jurídica anterior, fazendo surgir a eficácia declaratória. Todavia, há uma terceira situação jurídica, como bem diz o autor, em que a nova situação jurídica independerá da conformidade ou não com a anterior, aparecendo a eficácia preclusiva.

São nessas situações, dotadas de eficácia preclusiva, que se deve abstrair-se por completo do que ficou para trás, não importando que se haja ou não divergência com a situação anterior. Como indica, faz-se tábua rasa dessa situação anterior. A partir da configuração da nova situação, mais nada que foi produzido na situação anterior terá valor, pois todo e qualquer efeito que haja de ser produzido emanará da nova situação¹²¹. É como se houvesse uma cisão entre o que passou e o que agora existe, não podendo remontar à fonte senão na estrita medida em que o direito positivo, em caráter excepcional, o permita, diz o autor.

A coisa julgada entra nessa classe de situações. Não porque a coisa julgada tenha a magnífica virtude de transformar o preto em branco, de fazer do quadro

120 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p. 95.

121 *Ibidem, idem.*

redondo, porém desde que ela se configure, lugar algum há, salvo raríssimas exceções, para indagação sobre a situação anterior. Isso ocorre porque simplesmente a situação anterior torna-se irrelevante.

Admite, no entanto, o autor, que, em alguns casos, a coisa julgada se desvie daquilo que existia, quanto ao direito material, posto que os juízes não gozam da infalibilidade, como também qualquer pessoa comum, por inúmeras circunstâncias. Assim, ressalvadas as hipóteses legalmente contempladas na legislação, a partir da coisa julgada chega-se a um ponto de não retorno.

3.5.2 *Conceito de Enrico Tullio Liebman sobre coisa julgada*

Jurista italiano, de notável conhecimento em processo civil, trouxe importante definição da coisa julgada e que não podemos deixar de colacionar em virtude da eficiência de seus conceitos.

Para Liebman a sentença já tem em si uma própria eficácia por sua natural aptidão, adquirindo, a partir de dado momento previsto pela legislação, “aquela força nova e particular que a desvincula o fluxo dos atos do procedimento, assegura sua duração no tempo e torna incondicionada e indiscutível sua eficácia”¹²². Em razão dessa nova força, não é mais possível pronunciar nova sentença sobre o mesmo objeto e entre as mesmas partes, conforme mencionado nos itens 3.3 e 3.4 deste capítulo.

Liebman admite situar a essência da coisa julgada exatamente na sua imutabilidade¹²³, dos seus efeitos e de seu conteúdo. Em síntese, a coisa julgada é uma qualidade da sentença, entendendo-se essa qualidade no seu aspecto de imutabilidade que ganha por opção do legislador em dado momento.

A coisa julgada tem, segundo o autor¹²⁴, função de salvaguardar o resultado prático atingido com a decisão da lide, assegurando a plena efetividade e incolumidade da determinação contida na sentença, destinando-se a valer

122 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit.*, p.170.

123 *Ibidem, idem.*

124 *Ibidem*, p. 177.

incondicionalmente e sem limites de tempo, exceto quanto aos casos de impugnações extraordinárias¹²⁵, consoante o ordenamento jurídico.

Em período longínquo do processo civil, concebido como um negócio privado das partes, a coisa julgada era vista como prova ou presunção. Era natural que a coisa julgada operasse tão-somente quando as partes a invocassem expressamente¹²⁶. Hodiernamente esta concepção encontra-se superada, como indica o autor italiano. É, por conseguinte, “considerada como uma forma particularmente estável da imperatividade dos atos estatais”¹²⁷, sendo regra de ordem pública a sua observância, nos limites em que dispõe a lei processual, independentemente do comportamento e posicionamento das partes.

3.5.3 *Conceito de Chiovenda sobre coisa julgada*

O autor, em dado processo judicial, deduz em juízo o bem da vida, com a afirmação de que uma vontade da lei garante a seu favor ou mesmo nega ao ex-adverso, depois que o juiz o reconheceu ou desconheceu com a decisão de rejeição ou recebimento, convertendo-se em *res iudicata*, ou simplesmente coisa julgada. A coisa julgada é, como assevera Chiovenda¹²⁸, o bem julgado, o bem reconhecido ou desconhecido pelo juiz, tornado incontestável, salvo as raras exceções em que a própria lei dispõe expressamente em contrário.

Alude Chiovenda ao direito romano a idéia de a coisa julgada atender à vida social, pois sua finalidade é social. Suas razões seriam eminentemente práticas aponta o jurista italiano, sob a alegação de que a vida social se desenvolveria de forma mais segura e pacífica, impondo a necessidade de se imprimir certeza ao gozo dos bens da vida¹²⁹ e garantir, é óbvio, o resultado prático do processo.

A concepção prática de exigência social da segurança no gozo dos bens atribuída inicialmente aos romanos perdeu espaço ao longo dos séculos por

125 O referido autor indica impugnações extraordinárias. Traduzindo para o direito brasileiro, a expressão “extraordinária” indicaria para algo semelhante à previsão da ação rescisória contida no artigo 485, do CPC.

126 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit.*, p. 189.

127 *Ibidem, idem.*

128 CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 446.

129 *Ibidem, idem.*

fatores históricos, aponta Chiovenda¹³⁰. Surge uma diferente concepção que valorizou o elemento lógico do processo, procurando a explicação da coisa julgada longe da realidade, a ponto de se imaginar ser um contrato entre as partes pelo qual se aceita previamente a sentença mesmo que injusta.

Citando Almendigen, Chiovenda¹³¹, colaciona uma interessante conclusão sobre a coisa julgada, do ponto de vista da valorização do elemento lógico do processo e não mais da realidade social. O seu fundamento não estaria na necessidade de segurança definitiva, mas sim na “santidade do Estado e na sapiência do seu escol; está na necessidade de venerar nos órgãos de suas leis (os juízes) a própria justiça personificada”¹³². A coisa julgada seria então a ficção da verdade.

Noutra orientação e reagindo contrariamente ao paradigma sobre a coisa julgada ter seu fundamento fora da realidade, Savigny, lembrado por Chiovenda, foi o responsável por dar retorno à orientação romana e de reconduzir a justificação da coisa julgada às razões práticas perfilhadas pelos romanos¹³³.

A justificação política da coisa julgada remonta ao sentido atribuído pelos cidadãos estranhos à lide, quando a sentença aparece como coisa conforme a verdade. Neste aspecto, a coisa julgada seria definida como uma presunção da verdade. Em sentido jurídico, a coisa julgada não teria essa afirmação de verdade dos fatos, todavia da existência da vontade da lei no caso concreto.

Portanto, a coisa julgada seria para Chiovenda a “afirmação indiscutível e obrigatória para os juízes de todos os futuros processos, duma vontade concreta da lei, que reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes”¹³⁴. É a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda.

130 *Ibidem*, p 448.

131 ALMENDIGEN. *Metafísica do Processo Civil apud* CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 448.

132 *Ibidem*, *Idem*.

133 *Ibidem*, *Idem*.

134 *Ibidem*, p. 452.

3.4.4 Conceito de Elio Fazzalari sobre coisa julgada

No seara da coisa julgada, o professor da Universidade de Roma, Elio Fazzalari, parece situar o problema quanto à duração da eficácia. Inicia, portanto, um longo detalhamento do problema concernente à duração da eficácia dos atos processuais, e, como não poderia deixar de anotar, direciona toda sua construção lógica na coisa julgada, por ser tratar de uma questão de eficácia dos atos processuais.

Simplifica da seguinte forma: o ato processual uma vez completado, ou seja, tornando-se perfeito e acabado, não pode ser eliminado¹³⁵. Entretanto, esclarecendo melhor, o que realmente pode ou não ser eliminado não é o ato propriamente dito, mas tão-somente sua eficácia¹³⁶. Por sua vez, a duração do ato processual deverá permanecer o tempo necessário para o seu real desenvolvimento, ou melhor, de seu conteúdo. A título de exemplo, Elio Fazzalari¹³⁷ indica a intimação para comparecer em juízo e dar testemunho, tendo sua eficácia exaurida a partir do momento em que advém o momento.

A premissa básica reside na preservação do valor jurídico do ato. Em outras palavras, da conservação de sua eficácia. Essa premissa tem uma lógica que lhe é comum, isto é, o sujeito é munido de poder de cumprir o ato e tal poder se consome no cumprimento do ato e não compreende a possibilidade de retornar sobre o que já foi feito. Caso precise retornar, diz o autor italiano¹³⁸, é necessário um novo poder apropriado que só é concebido pela lei. Todavia, a regra é a lei processual não conceder réplica de poder.

Como toda regra admite exceção, tratando-se de ato processual reputado inválido a própria lei atribui novos poderes apropriados para que o ato seja eliminado ou, se possível, renovado.

Especificando o gênero “atos processuais” e limitando-se às sentenças, a coisa não é diferente. A irretratabilidade em sede judiciária da sentença para Elio

135 FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 534.

136 *Ibidem, idem*.

137 *Ibidem, idem*.

138 *Ibidem, idem*.

Fazzalari merece mais atenção, porquanto tal irretratabilidade depende do exaurimento – por efeito de preclusão –, da falta do exercício das faculdades, dos poderes e dos deveres atinentes aos recursos ordinários. No entanto, após a preclusão dos atos, embora não seja mais possível fazer nada, tal afirmativa é relativa, como indica o próprio autor, pois, por razões gravíssimas, a própria lei concede contra a sentença outros meios de combatê-la para sanar a invalidade. A esses meios, Elio Fazzalari¹³⁹ chama de extraordinários porque são instauradas quando o processo já está concluso e quando a sentença não está mais sujeita a recurso pelas vias ordinárias.

A ocorrência da coisa julgada faz tornar a sentença incontestável em juízo e intocável por parte do juiz que a emitiu e por qualquer outro. Porém, essa intocabilidade da sentença pelo novo juiz não surge por conta de uma simples proibição, mas pela simples falta de poderes, diz o jurista italiano¹⁴⁰.

Por fim, essas são as faces da irretratabilidade da sentença, tornando-se um atributo da eficácia, o que vem a se chamar de autoridade da coisa julgada.

139 *Ibidem*, p. 540.

140 *Ibidem*, p. 541.

CAPÍTULO III

4. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

4.1 Delimitação semântica da coisa julgada inconstitucional em razão de sua indeterminação terminológica

Há algum tempo vem ocorrendo no meio acadêmico e com reflexos na jurisprudência, o debate doutrinário acerca da coisa julgada inconstitucional, conforme visto na introdução do presente trabalho. Entretanto, o termo objeto de estudo merece algumas reservas de ordem terminológica por haver confusão que torna incompatível a sua junção.

Naturalmente, sem pretender abordar com profundidade, torna-se necessário desmembrar as palavras contidas na locução “coisa julgada inconstitucional” uma a uma para se analisar detidamente e didaticamente o alcance semântico de cada uma para maiores esclarecimentos, embora a melhor das definições semânticas não retire a essência do tema objeto da dissertação ou mesmo lhe diminua em importância.

Primeiramente, é de suma importância retomar algumas observações apontadas por José Carlos Barbosa Moreira¹⁴¹ acerca da locução “coisa julgada inconstitucional”. A princípio, o termo coisa julgada material se caracteriza pela imutabilidade, independentemente de divergências doutrinárias sobre o que se torna imutável – se o conteúdo de uma sentença ou os seus efeitos. Inconstitucional, basicamente, significa o que é incompatível com a Constituição, seja esta incompatibilidade formal¹⁴² ou material¹⁴³.

141 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p. 91/111.

142 Diz-se haver uma inconstitucionalidade formal quando a lei ou ato normativo infraconstitucional é incompatível com a Constituição quanto à forma. Em outras palavras, quando a Constituição determina seja a lei ou ato normativo produzido sob determinados requisitos e estes atos não os seguem. Exemplo: A Constituição determina que a Política Urbana (artigo 182, da CF/88) seja

Destarte, inconcebível a junção do termo coisa julgada com inconstitucional, pois há, aqui, uma impossibilidade de a imutabilidade ser incompatível com o Texto Maior, mas sim o conteúdo da sentença, ou mesmo a sentença em si.

Todavia, seguindo a linha de raciocínio, o que pode existir, na realidade, é a incompatibilidade da decisão com o texto constitucional¹⁴⁴, nunca a sua imutabilidade, porque é um efeito inerente à coisa julgada; evidentemente, porque assim o legislador quis para proteger a decisão.

Portanto, como afirma José Carlos Barbosa Moreira, só é possível admitir o uso dessa dicção: “coisa julgada inconstitucional”, se, e somente se, houvesse uma identificação da coisa julgada com a própria decisão¹⁴⁵, à semelhança do que prescreve o artigo 6º, §3º, da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁴⁶, o que não pode ser tido como verdadeiro, tendo em vista os esclarecimentos sobre o fundamento da coisa julgada no capítulo II desta dissertação.

4.2 O que é coisa julgada inconstitucional?

Destacada a coisa julgada material, necessária a análise do que realmente significa coisa julgada inconstitucional. Quando a coisa julgada pode ser inconstitucional?

Os autores contribuem pouco para a elucidação da questão, limitando-se, na sua maioria, a discutir o tema sob outros prismas.

exercida pelo Município por meio da criação de um Plano Diretor (Lei Municipal aprovada pela Câmara de Vereadores), consoante as determinações do

Estatuto da Cidade. Porém, determinado Município do Brasil cria o seu Plano Diretor por meio de um Decreto Municipal.

143 Diz-se haver uma inconstitucionalidade material quando a lei ou ato normativo infraconstitucional é incompatível com a Constituição quanto ao conteúdo. Em outras palavras, quando a Constituição determina seja respeitado o seu conteúdo ou matéria, enfim, não se poderá violar direta e frontalmente dispositivos da Constituição. Exemplo: Emenda à Constituição que prevê a deliberação sobre a extinção da forma federativa no Brasil. Como se sabe, o artigo 60, §4º, II, da CF/88, diz que não será objeto de deliberação emenda tendente a abolir a forma federativa do Estado brasileiro. Nesse caso, a suposta emenda tenta, na verdade, violar diretamente dispositivo da Constituição Federal.

144 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p.92.

145 *Ibidem, idem.*

146 Diz a LICC: “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba mais recurso”.

No Brasil, Carlos Valder do Nascimento, um dos maiores expoentes favoráveis à coisa julgada inconstitucional, em sua obra “*Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*”, afirma ter a “Constituição Federal de 1988 aberto um leque de situações que, descritas em seu texto, podem ser tomadas para explicar as sentenças que não são suscetíveis de obter *status* de definitividade” ¹⁴⁷.

Em síntese, diz autor, que todas as situações aduzidas em sua obra se tornam impossíveis de transitar em julgado, em virtude do vício da inconstitucionalidade, o que possibilita a desconstituição da decisão sem observar o prazo decadencial de 2 (dois) anos estabelecido pelo CPC para o ajuizamento da ação rescisória. Neste sentido, enumera situações que ofendem os preceitos constitucionais, sem, contudo, dizer o que é coisa julgada inconstitucional. Citando seus exemplos, podemos destacar alguns casos: sentenças que:

Negue agasalho ao princípio da garantia judicial efetiva, assentado no artigo 5º, XXV, do texto constitucional;
 Atente contra a dignidade humana, um dos princípios de maior densidade inscrito em regra de direito público constitucional (artigo 1º, III, da Constituição Federal);
 Admita o trabalho escravo ou que permita a degradação do homem como objeto de tortura, situações que a ordem jurídica não pode tolerar, sob qualquer pretexto;
 (...)
 Permita o casamento de pessoas do mesmo sexo;
 (...) ¹⁴⁸.

Nota-se nessa enumeração, que o autor evidencia serem férteis os elementos fornecidos pelo ordenamento jurídico constitucional que se valha a compor o universo de conformação das chamadas decisões injustas e inconstitucionais. E mais, afirma ainda, que estas hipóteses não esgotam as situações passíveis de se encaixilhar nesse contexto.

Não obstante o esforço crível de Carlos Valder do Nascimento, ainda persistem dúvidas do que seja uma coisa julgada inconstitucional. Tal enumeração

147 NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 4.

148 *Ibidem, idem*.

ainda é muito vaga¹⁴⁹ para quem pretende a defesa de uma coisa julgada inconstitucional.

4.2.3 A Concepção de Paulo Otero sobre as hipóteses de coisa julgada inconstitucional: tipologia do caso julgado

Paulo Otero¹⁵⁰, constitucionalista que certamente desponta no cenário jurídico como um dos idealizadores da coisa julgada inconstitucional, traz exemplos mais concretos de casos julgados inconstitucionais.

Em título bastante sugestivo, o autor português elenca a chamada tipologia do caso julgado inconstitucional da seguinte forma: traz três situações das principais modalidades de inconstitucionalidade do caso julgado, dispondo assim:

1. Primeira situação – a decisão judicial cujo conteúdo viola direta e imediatamente um preceito ou um princípio constitucional;
2. Segunda situação – a decisão judicial que aplica uma norma inconstitucional; e,
3. Terceira situação – a decisão judicial que recusa a aplicação de uma norma com o fundamento de que a mesma é inconstitucional, sem que se verifique qualquer inconstitucionalidade da norma.

Dentro dessa tipologia, cabe de forma bastante breve uma análise individual de cada situação para se chegar a um detalhamento razoável do que venha a ser caso julgado inconstitucional ou coisa julgada inconstitucional como comumente é chamado na doutrina brasileira.

Na análise da primeira situação, importante notar que a inconstitucionalidade da decisão passará, sem exceção, pela aplicação de normas no caso concreto, podendo ser evitadas de inconstitucionalidade ou não. Assim, o referido autor

149 Importante colacionar a séria crítica feita por José Carlos Barbosa Moreira a esses exemplos que, a princípio, impediriam a ocorrência da coisa julgada material. Diz o autor que esses exemplos são pirotescos (*sem ironia*), inadmitindo, portanto, no plano real, a existência dessas hipóteses por considerá-las esdrúxulas e impossíveis de concretização. Deste modo, Barbosa Moreira admite ser tal tese falha por “fazer depender a conclusão (inexistência da coisa julgada material) de uma premissa teórica que nada tem de pacífica...”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p.103.

150 OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p.65.

vislumbra duas possibilidades para esta primeira situação: ou a decisão judicial aplica uma norma inconstitucional no caso concreto ou, ao contrário, recusa a aplicação de uma norma que não é inconstitucional¹⁵¹.

Qualquer que seja a situação, tanto no ordenamento jurídico português, o qual é exaustivamente analisado pelo autor, como também no ordenamento jurídico brasileiro, há recursos que podem sanar essa inconstitucionalidade. O exemplo trazido pelo autor baseia-se na Constituição Portuguesa no que diz respeito ao artigo 280, 1, “a” e “b”¹⁵². No Brasil, a título de exemplo, há a possibilidade de se sanar a questão através de recurso extraordinário, conforme dispõe a Constituição Federal em seu artigo 102, III, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”¹⁵³. Fácil, então, compreender que há mecanismos dentro das Constituições Portuguesa e Brasileira que possibilitam sanar as decisões tidas inconstitucionais, dentro do prazo recursal.

Entretanto, a questão que se pauta é saber se há como sanar vícios contidos em decisões judiciais cujo conteúdo ofenda diretamente e imediatamente a Constituição, sem interposição de qualquer norma. Para tratar deste caso, Paulo Otero, traz, a título de exemplo, situações de decisões judiciais que recusam “o reconhecimento de um direito consagrado na Constituição através de norma exeqüível por si mesmo”¹⁵⁴, ou mesmo uma decisão de um tribunal administrativo que recusar a anulação de ato administrativo que viole o princípio constitucional

151 *Ibidem*, p. 66.

152 Diz o artigo 280 da Constituição portuguesa: “Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:

a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade.

b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo”

153 Diz o artigo 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

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

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestada em face desta Constituição;

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

154 OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 66.

da proporcionalidade, tendo como fundamento o fato deste princípio não constar na Constituição.

Na matéria acima, aponta-se estar diante de uma questão altamente abstrata e que a própria Constituição brasileira não viabiliza recurso para sanar tal ato, pois, como se sabe, não é possível no Direito Brasileiro a interposição de Recurso Extraordinário quando a decisão recorrida violar indiretamente a CRFB/88.

Atento a esta questão, Paulo Otero, procurou diferenciar, dentro das decisões diretamente violadoras da Constituição, as chamadas decisões individuais¹⁵⁵ e normativas¹⁵⁶. Desta maneira, contra as decisões judiciais individuais, contrárias à Constituição portuguesa, salvo a mudança de orientação do Tribunal Constitucional em relação às suas anteriores decisões concretas inconstitucionais, diz o autor: o “*Direito português não tem, em princípio, qualquer mecanismo de tutela direta das decisões individuais dos restantes tribunais, inexistindo a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional*”¹⁵⁷, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com a figura do Recurso de Amparo existente no direito espanhol.

Saliente-se, no entanto, que embora não tenha sido contemplada na Constituição portuguesa previsão recursal para tal hipótese, isto é, decisões individuais, ao contrário, na Constituição Brasileira há expressa previsão recursal para o STF¹⁵⁸.

155 Ao abordar as decisões individuais, o autor assim subdivide: - “Em primeiro lugar, as decisões do Tribunal Constitucional, em especial as decisões proferidas ao abrigo da fiscalização difusa, concreta e incidental, as quais podem ser decisões de provimento (= decisões positivas = decisões de acolhimento da inconstitucionalidade), decisões de não provimento (= decisões negativas = decisões de rejeição da inconstitucionalidade) e ainda decisões interpretativas; - Em segundo lugar, as decisões de todos os restantes tribunais que sejam desconformes com a Constituição”. *Ibidem*, p. 67.

156 Quanto às decisões normativas, Paulo Otero assim subdivide: - “Por um lado, os acórdãos do Tribunal Constitucional que declaram a inconstitucionalidade com força obrigatória geral, existindo a particularidade de que apenas as sentenças declarativas de inconstitucionalidade (e não as de rejeição da inconstitucionalidade) produzem efeitos de caso julgado; - Por outro lado, os assentos do Supremo Tribunal de Justiça e as decisões dos restantes tribunais com força obrigatória geral que sejam desconformes com a Constituição.

157 *Ibidem*, p. 67.

158 No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 diz claramente, quanto ao exemplo de decisões de todos os tribunais que sejam desconformes à Constituição, há expressa previsão no

Quanto às decisões normativas, ficam de fora de controle direto os acórdãos do Tribunal Constitucional que com eficácia *erga omnes* declarem a inconstitucionalidade de uma norma que seja constitucional. Ou seja, não há no ordenamento jurídico português possibilidade de se exercer o controle de constitucionalidade do órgão máximo do Poder Judiciário daquele país.

No caso brasileiro, quanto às decisões normativas, também não há como se controlar a constitucionalidade das decisões finais do STF com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Esta impossibilidade em Portugal se deve a uma omissão legislativa na Constituição daquele país. Ao contrário, no Brasil esta impossibilidade decorre do artigo 26, da Lei 9.868/99¹⁵⁹, inclusive sendo a decisão do colegiado insuscetível de ação rescisória. Por exemplo, nas decisões que julgam a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Encerrada a análise dessa primeira situação trazida por Paulo Otero, passemos a analisar a segunda situação: trata-se da decisão aplicadora de norma inconstitucional.

O autor mencionado, afirma que uma decisão pode ser inconstitucional por aplicar uma norma desconforme com a Constituição. No direito português, em especial, na sua Constituição, o artigo 280, n. 1, alínea “a”, permite a utilização de recurso ao Tribunal Constitucional caso as decisões judiciais apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.

Porém, a Constituição portuguesa não contempla tal possibilidade quando não houver sido suscitada a questão da inconstitucionalidade em tribunal inferior, daí a possibilidade de precluir o direito da parte interpor Recurso Constitucional, consoante dispõe o artigo 280, n. 4, da Constituição¹⁶⁰.

inciso III, alínea “a” do artigo 102. Em outras palavras, qualquer decisão em última ou única instância de Tribunal inferior ao STF, é passível de correção via recurso extraordinário.

159 Diz o artigo 26, Lei 9.868/99: “A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecurável, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória”.

160 Diz o artigo 280, n. 4 – “Os recursos previstos na alínea “b” do n. 1 e na alínea “d” do n. 2 só podem ser interpostos pela parte que haja suscitado a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, devendo a lei regular o regime de admissão desses recursos

No Direito Brasileiro, a Constituição Federal contempla a possibilidade de interposição de Recurso Extraordinário no caso de a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição de forma que independe se no caso de controle difuso, da parte requerer a declaração de inconstitucionalidade ou não.

Frise-se que, se em um caso concreto, determinado tribunal brasileiro julgar inconstitucional uma norma, *incidenter tantum*, sem requerimento da parte, mesmo nesse caso, há possibilidade de controlar a constitucionalidade desse ato via recurso extraordinário. Isso decorre de a Constituição Federal não condicionar expressamente o prévio requerimento de declaração de inconstitucionalidade para o exercício do recurso extraordinário.

Retornando ao caso do Direito Português Paulo Otero¹⁶¹ alega que caso não seja interposto o recurso, porque não foi suscitada a questão da inconstitucionalidade ou, tenha sido o prazo para a sua interposição expirado, estar-se-ia diante de uma decisão judicial transitada em julgado que aplicou uma norma violadora da Constituição. Daí a sua inconstitucionalidade. Por outro lado, no contexto brasileiro, isso só ocorreria caso a parte não interpusesse o Recurso Extraordinário no prazo determinado de 15 dias.

Além dessas observações, há que se discutir duas hipóteses para esse caso. Segundo Paulo Otero, merecem destaque:

- a) Hipótese C – A norma aplicada já havia sido objeto de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral.
- b) Hipótese D – A norma aplicada ainda não havia sido declarada inconstitucional com força obrigatória geral¹⁶²

Caso ocorra a hipótese C, estar-se-ia diante de um cenário onde o tribunal aplicou uma norma que já havia sido extirpada do ordenamento jurídico. Esse fato ainda geraria além de uma inconstitucionalidade, a aplicação de uma não-norma ou ex-norma¹⁶³.

161 OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 70.

162 *Ibidem, idem.*

163 *Ibidem, idem.*

Conforme dispõe o artigo 280, n. 5 da Constituição Portuguesa¹⁶⁴, caberia ao Ministério Público interpor recurso de decisão para o Tribunal Constitucional. Trata-se de uma obrigação do Ministério Público.

No Direito Brasileiro, caso isso ocorresse, poder-se-ia perfeitamente a parte exercer o direito ao instituto da Reclamação, pois haveria um questionamento da autoridade da decisão do STF, consoante preceitua o artigo 102, inciso I, alínea “I”, da CF/88, caso tal decisão fosse tomada em sede de controle difuso¹⁶⁵. Se porventura a decisão fosse tomada em sede de controle concentrado, poder-se-ia alegar apenas a nulidade total da decisão do tribunal inferior, por se basear em norma inexistente, haja vista o efeito fulminante da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em controle concentrado.

Na terceira situação trazida por Paulo Otero, importa reconhecer a decisão judicial desaplicadora de norma constitucional. Trata-se de recusar a aplicação de uma norma com o fundamento, segundo o qual a mesma é inconstitucional, sem, contudo, se verificar posteriormente, qualquer inconstitucionalidade.

No Direito Português, sempre que um tribunal recusar a aplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, a decisão fica sujeita a recurso para o Tribunal Constitucional, consoante, artigo 280, n. 1, alínea “a”.

Em resumo, o constitucionalista português coleciona as seguintes hipóteses de caso julgado inconstitucional:

164 Diz o artigo 280, n. 5 da Constituição portuguesa: Cabe ainda recurso para o Tribunal Constitucional, obrigatório para o Ministério Público, das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional.

165 Um bom exemplo dessa controvérsia é a reclamação n. Rcl-4335, onde o Supremo Tribunal Federal iniciou julgamento de reclamação ajuizada contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC, pelas quais indeferira pedido de progressão de regime em favor de condenados apenas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. Alega-se, na espécie, ofensa à autoridade da decisão da Corte no HC 82959/SP (DJU de 1º. 9.2006), em que declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos. O Min. Gilmar Mendes, relator, julgou procedente a reclamação, para cassar as decisões impugnadas, assentando que caberá ao juízo reclamado proferir nova decisão para avaliar se, no caso concreto, os interessados atendem ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim, e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

- Em primeiro lugar, as decisões judiciais que direta e imediatamente violem a Constituição, sejam elas decisões individuais ou normativas, do Tribunal Constitucional ou dos restantes tribunais;
- Em segundo lugar, as decisões judiciais que apliquem norma inconstitucional, tenha a mesma sido ou não objeto de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral¹⁶⁶.

4.4 Existe controle de constitucionalidade das decisões judiciais?

A pergunta poderia ser facilmente respondida à luz do direito positivo brasileiro, a partir de inúmeros exemplos que indicam serem as decisões judiciais passíveis de recursos por suposta violação à Constituição Federal. Entretanto, há que se fazer um corte para se chegar a uma resposta mais justa e coerente, porquanto a pergunta representa mais para a dissertação do que simplesmente indicam as suas palavras.

Nesse sentido, acreditamos ser necessário remontar a alguns aspectos históricos do controle de constitucionalidade para demonstrar ser possível o controle de constitucionalidade das decisões judiciais, sem o que se poderia imaginar estarmos diante de um paradoxo. Isso porque o exercício da jurisdição constitucional está muito em voga no direito contemporâneo e tudo levaria a crer só existir o controle dos atos do legislador frente à Constituição.

Para não cairmos na retórica e repetirmos a célebre história da *judicial review* nos Estados Unidos, a partir do famoso caso *Marbury versus Madison*, que indica ter sido uma decisão pioneira que inaugurou o controle judicial dos atos do legislador – embora se reconheça a importante que lhe é devida –, Mauro Cappelletti¹⁶⁷ aponta a existência de precedentes de supremacia da Constituição em relação às leis ordinárias em outros e mais antigos sistemas jurídicos, configurando as épocas “uma espécie de supremacia de uma dada lei ou de um dado corpo de leis”¹⁶⁸, como, por exemplo, no sistema ateniense, na Grécia antiga e no medieval. O autor italiano cita o exemplo do *nómos*, isto é, a lei em

166 OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 75.

167 CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p 46 e ss.

168 *Ibidem*, p. 48.

seu sentido estrito, e a *pséfisma*, termo que indica, no sentido moderno, uma espécie de decreto.

Os *nómos* tinham o mesmo caráter das leis constitucionais, em razão de apenas serem passíveis de modificação via procedimento especial que indica, hodiernamente, uma revisão constitucional. Essa equiparação às leis constitucionais no sentido moderno não diz respeito somente à questão de terem regulamentado a organização do Estado, mas pelo fato de só poderem ser alteradas mediante procedimento mais dificultoso.

A Assembléia popular ateniense, isto é, a Ecclesia, detinha as funções de poder legislativo e suas deliberações, contudo, não assumiam a forma de *nómoi*, mas, ao contrário, assumia a forma e valor de um decreto, afirma Cappelletti¹⁶⁹. Seja na forma ou na substância, certo era que o decreto, ou melhor, o *pséfisma* teria que ser legal, ou, como usualmente na linguagem moderna, constitucional. Assim, o decreto deveria obediência ao *nómoi* e a consequência do confronto com a lei, gerando inevitavelmente uma ilegalidade, e quando emanados da Ecclesia era dúplice¹⁷⁰. Representava por um lado a responsabilidade penal para aquele que havia proposto o decreto e “julgava-se ainda a invalidade do decreto contrário à lei, por força do princípio que se encontrava afirmado em um trecho de Demóstenes, segundo o qual o *nómos*, quando estava em contraste com um *pséfisma*, prevalecia sobre este”¹⁷¹.

Apesar deste aspecto histórico que com muita propriedade lembrou Mauro Cappelletti, é certo que a decisão de Marshall significou o início do controle judicial sobre os atos legislativos a partir das Constituições modernas. Não obstante isso, e bem antes, surgiu no sistema inglês a supremacia do parlamento em relação aos outros poderes. Relembre-se que na Idade Média, em se tratando da Inglaterra, em tema de proteção a alguns direitos fundamentais, tudo em consequência da limitação do poder do rei, houve a consolidação do parlamentarismo como sistema de governo, “a partir do desinteresse demonstrado pelo monarca pelos problemas da Corte Inglesa, fazendo-se representar nas

169 *Ibidem*, p. 50.

170 *Ibidem*, *idem*.

171 *Ibidem*, p. 51.

reuniões do *Magnum Concilium* por um conselheiro, surgindo, daí, presumivelmente, a figura do primeiro ministro¹⁷².

Nesse momento histórico, a supremacia do parlamento surge como forma de controle dos atos do monarca, o que representou, a partir daí, o império da lei por longos anos.

Com o passar do tempo, o surgimento das Constituições chamadas rígidas, especialmente a norte-americana, fez nascer, por diversos fatores, um sistema de proteção da norma constitucional frente às leis ordinárias oriundas do parlamento. Como elemento marcante desse novo paradigma surge a decisão de Marshall, em 1803, nos Estados Unidos, dando início ao que se reconheceu por governo dos juízes, em sua primeira fase.

Fatores históricos contribuíram para a limitação do poder político do Estado, especialmente a partir da Revolução Francesa e do sistema de separação de poderes. Como longamente comentado no primeiro capítulo desta dissertação e sem pretender entrar novamente no mérito dessa discussão, a separação de poderes, como aponta Paulo Otero, “determinou que as tradicionais faculdades concentradas no monarca fossem partilhadas com outros órgãos soberanos, assistindo-se a uma pluralidade de decisões jurídico-públicas, fundadas numa diversidade de legitimidades políticas”¹⁷³.

O princípio da legalidade surge, então, como fator de legitimação política do agir administrativo e, ao mesmo tempo, de garantia do cidadão. A legalidade representou ainda, como acentuou Paulo Otero¹⁷⁴, uma dualidade de efeitos que marcou a profunda diferença entre a concepção subjacente ao sistema de controle dos atos do poder público do Estado Burguês e as concepções dos modelos de Estado pré-liberal. Portanto, no Estado Liberal, por exemplo, a invalidade dos atos do Poder Executivo, enquanto decorrência de sua desconformidade com o princípio da legalidade representava de certa forma, a subordinação da fundação administrativa à lei.

172 NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.37.

173 OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 22.

174 *Ibidem*, p. 23.

Sabe-se agora que uma das grandes conquistas do liberalismo oitocentista foi o primado da legalidade. Após esse período, já no século XIX e início do século XX, surge um novo paradigma baseado na idéia de primado hierárquico-normativo da Constituição. Em síntese, os direitos fundamentais amplamente conquistados e dissociados ao redor do mundo transformam-se em gêneses das Constituições modernas, impondo, a partir de então, um sistema de proteção não só dos direitos fundamentais, mais especialmente da Constituição. Os direitos fundamentais são, ou melhor, a Constituição é o limite do poder, e nisso a experiência constitucional americana já demonstrou no *Marbury versus Madison*, desenvolvendo o sistema de *judicial review*.

Destarte, parece-nos que estamos diante de um trânsito silencioso de um Estado-parlamentar para o um Estado-jurisdicional. Agora o primado é da Constituição e esta precisa de proteção. Mas quem fará isso? A jurisdição constitucional, capitaneada pelo Poder Judiciário através das Cortes Constitucional na Europa e, nos Estados Unidos, por meio dos juízes e tribunais, ou por ambos nos países que compartilham os dois sistemas jurídicos de controle de constitucionalidade.

Se a Constituição passa a fazer parte do centro do ordenamento jurídico, todos os atos do poder público¹⁷⁵ devem respeito a ela, não se circunscrevendo aos atos legislativos ou executivos, mas e, principalmente, os judiciais, não obstante seja o judiciário o guardião da Constituição. Com isso, as Constituições modernas têm admitido a fiscalização da constitucionalidade das leis e de todo e qualquer ato do poder público.

Nesse sentido, a Constituição Portuguesa de 1976 reflete a tendência de subordinação à juridicidade de toda a atividade do poder público, notadamente quando expressa no artigo 3º, n. 3, que assim diz: “*A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição*”.

175 Integram-se no conceito de ato do poder público, os atos do estado-legislador, estado-executor e estado-juiz.

Por razões históricas apontadas acima e com fundamento legal a atividade jurisdicional se encontra subordinada ao princípio da constitucionalidade, dependendo a validade de seus atos da conformidade com a Constituição. Contudo, se poderia sustentar o seguinte: os atos jurisdicionais normalmente são controlados e fiscalizados pelas partes no processo, quando insatisfeitas podem utilizar-se dos instrumentos processuais que a lei coloca à disposição para corrigi-los, inclusive as partes têm à disposição o recurso extraordinário para o STF, por exemplo, em se tratando de direito brasileiro, consoante o artigo 102, inciso III, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, da CRFB/88. E o contra-argumento pode vir assim: e se no caso as partes forem displicentes ou por circunstância alheias a sua vontade não puderam recorrer dos atos jurisdicionais atentatórios à Constituição e ocorrer o evento da coisa julgada? Admitindo-se a sua imutabilidade e intocabilidade, podemos afirmar que a *res iudicata* torna-se absoluta a ponto de persistir a flagrante inconstitucionalidade?

O problema se agrava quando se verifica cada vez mais freqüente a atribuição aos juízes de poderes¹⁷⁶, de modo a se intitularem os guardiões da constitucionalidade e da legalidade da atividade dos demais poderes públicos. Como aponta Paulo Otero¹⁷⁷, este é “*um problema central do actual momento do Estado de Direito*”. O grande problema terá de ser a discussão no sentido de instituir mecanismos de controle dos atos jurisdicionais quando em conflito com a Constituição, além dos já instituídos meios recursais ordinários e extraordinários.

176 Importante colacionar a insatisfação de Ingeborg Maus não admitindo o papel de senhor da Constituição atribuído ao Poder Judiciário, por mais louvável que seja a tese invocada, pois o Judiciário, assim agindo, não apenas seria o senhor da Constituição, mas poderá delimitar e ampliar a sua própria competência, suas atribuições, seus poderes, sem que com isso se ponha controle à sua atividade. Lembre-se, assim, das teses esposadas pela autora, quando em seu texto sobre o “*Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã*”, denuncia espantosa a ampliação dos poderes do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Poderá o Poder Judiciário se colocar como representante social da moralidade coletiva de forma a garantir a Constituição como ordem concreta de valores, traçando os seus próprios limites? Eis uma questão para uma boa reflexão. Neste sentido, cf. MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. In *Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, novembro 2000, p.183-202.

177 OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 32.

Essa preocupação demonstrada pelo autor português¹⁷⁸ é totalmente pertinente, posto que é preciso ter em mente, como sucede com os outros órgãos do poder, que o Poder Judiciário, a partir de sua atividade, também poderá criar situações geradoras de patologias, proferindo decisões que não executem a lei e que desrespeitem o conteúdo da Constituição.

A exemplo do que ocorre com o controle de constitucionalidade dos atos legislativos e executivos, bem como sobre os efeitos da inconstitucionalidade sobre a coisa julgada, há que se discutir a necessidade de instituir, na mesma medida, o controle de constitucionalidade dos atos judiciais, mesmo após o trânsito em julgado, sem se levar em conta o fator tempo. Ora, se existem mecanismos de controle de constitucionalidade dos atos legislativos e executivos, sendo o fator tempo irrelevante, visto que se deve privilegiar a harmonia do sistema hierárquico-normativo e preservar o princípio da supremacia constitucional, não vemos óbice a se instituir mecanismos que visem restabelecer a harmonia do sistema quando uma decisão judicial puser em xeque o princípio da supremacia constitucional.

Compartilhamos as mesmas angústias com o doutrinador português, para quem *“admitir, resignados, a insindicabilidade de decisões judiciais inconstitucionais seria conferir aos tribunais um poder absoluto e exclusivo de definir o sentido normativo da Constituição...”*¹⁷⁹.

Sensível a isso e no campo do direito positivo, o legislador ordinário brasileiro positivou no artigo 741, § único, do Código de Processo Civil¹⁸⁰, a possibilidade de se declarar inexigível o título judicial quando a decisão se fundamentar em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou

178 *Ibidem, idem.*

179 *Ibidem*, p. 35/36.

180 Assim reza o artigo **741, do CPC**: Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: I – falta ou nulidade de citação, se o processo correu à revelia; II – inexigibilidade do título; III – ilegitimidade das partes; IV – cumulação indevida de execuções; V – excesso de execução; VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença; VII – incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz. **§ único** – Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, consideração 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.

fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo como incompatíveis com a Constituição Federal. A partir da edição da Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, possibilitou-se embargar as execuções cujos títulos judiciais fossem eivados de inconstitucionalidade. Esses embargos têm, portanto, eficácia rescisória instituídos com a finalidade de harmonizar a garantia da coisa julgada com o princípio da supremacia constitucional. Entretanto, é preciso levar em conta que a eficácia rescisória não se aproveita a toda e qualquer sentença¹⁸¹.

Sem embargos da existência de inúmeros posicionamentos controversos na doutrina processualista, fato é que o tema é polêmico tanto na doutrina¹⁸² quanto na jurisprudência. Contudo, se fazem necessárias, previamente, algumas considerações mais detalhadas acerca do dispositivo para uma maior compreensão do sentido e alcance e, se possível, buscar um meio termo entre os posicionamentos extremados existentes.

181 ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. In NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 334.

182 Tome-se, por exemplo, o posicionamento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que admitem serem inconstitucionais os embargos com eficácia rescisória por levar em conta a ofensa ao princípio da coisa julgada. O fundamento de tal posicionamento pressupõe a sobrevalorização do princípio da coisa julgada, que estaria hierarquicamente acima de outros princípios constitucionais, inclusive o da supremacia constitucional. Neste sentido, cf. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1156.

Em sentido contrário, há outra corrente que privilegia ao máximo o princípio da supremacia da Constituição, a ponto de considerar inexigível, além dos casos previstos no art. 741, parágrafo único, do CPC, toda e qualquer sentença inconstitucional, independentemente de haver precedente do STF ou de como se deu a inconstitucionalidade. Nesse extremo, podemos citar os argumentos de Humberto Theodoro Júnior para quem a inconstitucionalidade seria fruto da simples desconformidade do ato estatal com a Constituição e não apenas da declaração direta em ação especial. Nesse sentido, admite que o STF apenas reconhece a situação já existente de inconstitucionalidade, e tome-se de passagem, abstratamente, e com efeito *erga omnes* em ação direta. A premissa inadmissível para o autor seria, portanto, o fato de, a manter-se a restrição proposta, a coisa julgada, quando não manejável a ação direta, estaria posta em plano superior ao da própria Constituição Federal. Inadmite, conseqüentemente, a ação direta proposta no STF como a única via para se evitar a inconstitucionalidade, posto que, no Brasil, por exemplo, há o sistema de controle difuso de constitucionalidade, em que todo e qualquer juiz ou tribunal tem a prerrogativa de declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da norma quando desconforme com a Constituição.

4.4.1 Da constitucionalidade do artigo 741, *§único do CPC*

Há quem sustente que a constitucionalidade do dispositivo decorre do próprio significado e função a ele atribuídos¹⁸³, em razão de, como dito no item anterior, buscar harmonizar dois princípios relevantes para o direito: a garantia da coisa julgada e o primado da Constituição. Porém, nada de novo há quanto aos mecanismos de controle de constitucionalidade das decisões judiciais, além dos recursos ordinários e extraordinários existentes na ordem jurídica. Isso porque, o artigo 485, inciso V¹⁸⁴, do CPC, que possibilita a desconstituição da coisa julgada pela ação rescisória quando houver violação a literal disposição de lei, anteriormente ao advento da Medida Provisória 2.180-35, era o meio hábil, entre outros existentes, para rescindir as sentenças inconstitucionais. O que ocorre

183 ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 333.

184 Reza o artigo 485, do CPC - A sentença de mérito, transitada em julgada, pode ser rescindida quando:

(...)

V – violar literal disposição de lei;

A respeito deste dispositivo, importante atentar para a aplicação da súmula 343 do STF, segundo a qual “não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. Entretanto, o próprio STF, bem como o STJ vem afirmando, admite o afastamento desta orientação em se tratando de ação rescisória com base em violação de norma constitucional, afinal a Constituição também é uma lei. É de se admitir, portanto, que a lei constitucional não é uma lei qualquer, mas a lei fundamental do sistema, na qual todas as demais assentam suas bases de validade e de legitimidade, e cuja guarda é a missão primeira do órgão máximo do Poder Judiciário, no caso, o STF. Por esta razão é que a jurisprudência do STF tem empregado tratamento diferenciado à violação da lei comum em relação à da norma constitucional, deixando de aplicar, relativamente a esta, o enunciado de sua súmula 343, visto que em matéria constitucional não há que se cogitar, por exemplo, interpretação apenas razoável, mas sim de interpretação jurídica correta, a fim de se afastar incertezas jurídicas a despeito da lei mais importante do país, a Constituição. Assim, no caso de divergência interpretativa da decisão judicial com o precedente do STF em face da norma constitucional, não se aplica a súmula 343.

A idéia de “literal disposição de lei” no caso, vincula-se à existência de precedente do STF, pois há duas preocupações da Corte: uma, a de preservar, em qualquer hipótese, a supremacia constitucional; e outra, a de preservar a sua autoridade de guardião da Constituição.

Portanto, a orientação a ser seguida é que nos casos de ação rescisória com base no inciso V, em se tratando de norma infraconstitucional, não se considera existente ‘violação a literal à disposição de lei’ e, deste modo, não se admite ação rescisória quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. Contudo, não se aplica esse enunciado quando se tratar de texto constitucional. Neste sentido, ver BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Resp 479909 - 1ª Turma. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. DJ, 23 de agosto de 2004.

No mesmo sentido, podem ser mencionados inúmeros acórdãos do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 328.812 – AM – 1ª turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJU, 11 de abril de 2003. , entre outros)

agora é mera opção do legislador ordinário em reconhecer a situação grave diante de hipóteses de sentenças inconstitucionais, conferindo força rescisória também aos embargos à execução, não havendo, portanto, nada de inconstitucional.

Para Araken de Assis¹⁸⁵ a regra do §único do artigo 741, do CPC, forneceu a base de partida para uma maior destruição da já relativizada coisa julgada pelos princípios constitucionais. Por isso, o dispositivo em comento não constitui novidade alguma, porquanto a idéia de segurança jurídica, concebida e outorgada pela Constituição, não teria razão de existir se firmada em lei em desconformidade com a própria Constituição, o que já seria o suficiente para legitimar a regra.

4.4.2 *Sentenças inconstitucionais sujeitas à rescisão com base no artigo 741, §único do CPC*

Numa primeira leitura do dispositivo parece de fácil dedução que os embargos com eficácia rescisória têm aplicabilidade para toda e qualquer sentença inconstitucional, o que não é verdade. Realmente, não tem o desiderato de solucionar por inteiro todos os eventuais conflitos existentes entre a coisa julgada e a supremacia da Constituição, posto que a sentença, objeto de embargos, pode ofender a Constituição em variadas situações, e, como afirmou Teori Albino Zavascki¹⁸⁶, que vão além das que resultam do controle de constitucionalidade.

Lembremo-nos da tipologia do caso julgado inconstitucional já abordado no item 4.2.3 desta dissertação, em que se tomou por base os ideais de Paulo Otero. A sentença judicial é inconstitucional não apenas quando viola direta e imediatamente um preceito ou um princípio da Constituição (ou com um sentido ou uma situação tidos por inconstitucionais), como também é nas hipóteses em que aplica uma norma inconstitucional ou mesmo quando deixa de aplicar uma norma com o fundamento de que a mesma é inconstitucional, sem que se verifique qualquer inconstitucionalidade da norma. É inconstitucional, igualmente, quando a

185 ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 356.

186 ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 334

sentença deixar de aplicar norma declarada constitucional, assim como deixa de aplicar, por exemplo, norma constitucional não-auto-aplicável¹⁸⁷.

Veja-se como é tão amplo o campo da inconstitucionalidade da decisão judicial. A inconstitucionalidade pode ocorrer em qualquer caso de ofensa à supremacia constitucional. A solução trazida pelo artigo 741, §único do CPC, portanto, é apenas para situações especiais, para não dizer poucas, não afastando a necessidade de, em certas hipóteses, buscar outras soluções admitidas pelos meios ordinários e extraordinários.¹⁸⁸

Consoante apontado por Teori Albino Zavascki, dentro do enorme leque de inconstitucionalidade da sentença judicial, há que se considerar apenas três os vícios de inconstitucionalidade que permitem a utilização do novo mecanismo. Assim dispõe o autor¹⁸⁹: hipótese A – a aplicação de lei inconstitucional; hipótese B – aplicação da lei a situação considerada inconstitucional; e, hipótese C – aplicação da lei com um sentido (= uma interpretação) tido por inconstitucional.

Antes de se analisar detidamente as três hipóteses apontadas, necessária uma análise prévia sobre as técnicas utilizadas para o reconhecimento da inconstitucionalidade, pois quanto às duas últimas, constantes na parte final do §único do artigo 741, do CPC, atribui-se ao fato de o STF se utilizar de técnicas diferentes de controle de constitucionalidade. Assim, quanto à primeira hipótese, não resta dúvida que o dispositivo refere-se à forma mais comum de se declarar a inconstitucionalidade. Trata-se da questão de nulidade da norma, impondo-se o seu reconhecimento e extirpando a norma inconstitucional da ordem jurídica. Com

187 *Ibidem, idem.*

188 As hipóteses ordinárias a que nos referimos são os meios recursais postos à disposição das partes no sistema processual brasileiro. Quanto às hipóteses extraordinárias, tome-se por base o advento da ação rescisória, que é, naturalmente, o caminho mais tradicional buscado para neutralizar as sentenças inconstitucionais. No meio doutrinário, entre aqueles defensores da coisa julgada inconstitucional, há o caminho da ação declaratória de nulidade de sentença e o mandado de segurança. Neste sentido, vale destacar a tese de Márcia Rabelo Sandes, em artigo publicado sob o título “*Mandado de segurança contra coisa julgada inconstitucional: admissibilidade e aspectos processuais*”, sustentando ser o Mandado de Segurança remédio hábil capaz de conferir efeitos rescisórios à decisão transitada em julgado, quando proferida com violação das normas ou princípios constitucionais. Cf. SANDES, Márcia Rabelo. Mandado de segurança contra coisa julgada inconstitucional: admissibilidade e aspectos processuais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 375/408.

189 ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 335.

isso, declara-se a inconstitucionalidade com redução ou supressão de texto. Na segunda hipótese, há a aplicação da lei em situação tida pelo STF por inconstitucional, ou seja, declara-se a inconstitucionalidade da norma sem redução do texto, admitindo-se, conseqüentemente, a inconstitucionalidade parcial¹⁹⁰.

Nessa hipótese, reconhece-se uma dupla face da lei, não se admitindo a eliminação, ou redução do texto, com o fito de preservar a sua aplicação na parte tida por constitucional, ou seja, em situações tidas por constitucionais. Na verdade, a técnica da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto permite a preservação de parte da norma que, em certas situações é inválida, mas, por outro lado, noutras a norma é válida.

Já na hipótese C, quando houver a aplicação da lei com um sentido (= uma interpretação) tido por inconstitucional, é possível, em respeito ao princípio da presunção de constitucionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público, utilizar-se do princípio da interpretação conforme a Constituição¹⁹¹ para declarar a legitimidade do ato questionado. Porém, desde que seja possível encontrar uma interpretação que esteja em conformidade com a Constituição. Nessa circunstância, o STF, por exemplo, afasta todas as possíveis interpretações incompatíveis com o texto constitucional e escolhe uma possível que se compatibilize com a Constituição, delimitando, a partir de dado momento, que a lei só é constitucional quando interpretada conforme a orientação designada pela Corte. Na interpretação conforme, a técnica hermenêutica representa muito mais

190 A respeito da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, importante frisar a contribuição de Carlos Alberto Lúcio Bittencourt sobre a “doutrina da divisibilidade das leis”, que é amplamente usada pelos tribunais. Tal doutrina consiste em preservar o ato legislativo quando “se, apenas, algumas partes da lei forem incompatíveis com a Constituição, estas serão declaradas ineficazes, sem que fique afetada toda a obrigatoriedade dos preceitos sadios” (BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *Op. cit.*, p. 124/128). É possível que as partes de uma lei não estejam associadas nem seus efeitos se achem subordinadas, a ponto de quando uma parte da lei é inconstitucional, esse fato não autorizar os tribunais a declarar também ineficaz a parte restante. As partes de uma lei precisam “permanecer por si próprias, separadas e distintas, sem que se considerem afetadas pela ineficácia das outras”, diz o autor. Portanto, a respeito da declaração de inconstitucionalidade parcial, a lei pode variar em relação a um número indeterminado de pessoas ou casos e, de outro lado, inválida em relação a outros.

191 Nunca é demais destacar a origem da técnica hermenêutica da interpretação conforme. Segundo Luís Roberto Barroso, a interpretação conforme remonta o direito alemão, onde o “princípio tem sua trajetória e especialmente o seu desenvolvimento recente ligados à jurisprudência do Tribunal Constituição Federal alemão”. Neste sentido *cf.* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004, p. 188.

que a simples presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público. Aliás, sugere mais: “busca-se uma interpretação que não seja a que decorre da leitura mais óbvia do dispositivo”¹⁹².

Noutra perspectiva alusiva ao §único do artigo 741, do CPC, é de se notar que a utilização dos embargos com eficácia rescisória tem como pressuposto não somente a ofensa à Constituição, mas também a ofensa a precedente do STF. Isso é o que demonstra da simples leitura da parte final do dispositivo, quando dá ensejo a um novo elemento: a autoridade do STF. Talvez seja o parâmetro mais correto, descartando a utilização indiscriminada do mecanismo por qualquer órgão do Poder Judiciário sem se pôr limites ou mesmo um paradigma a ser seguido. Nada mais óbvio, portanto, do que situar o paradigma a partir da autoridade do STF em seus precedentes, pois se trata de órgão de cúpula do Poder Judiciário e que tem como função precípua a guarda da Constituição.

Destarte, o legislador positivo alargou o campo de impugnação das sentenças, estabelecendo como premissa para a utilização do novo mecanismo, não apenas a hipótese de sentença inconstitucional, mas também quando a decisão judicial contrariar precedentes da Corte, dispensando-se assim a utilização da via da ação rescisória. Por oportuno, não é demais consignar a releitura de Eduardo Talamini sobre o referido dispositivo, quando enxerga, na segunda parte, implicitamente um enunciado da existência de prévio pronunciamento do STF assim entendido:

Título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF ou em aplicação ou interpretação tidas, por aquela mesma Corte, como incompatíveis com a Constituição Federal¹⁹³.

192 *Ibidem*, p. 189.

193 TALAMINI, Eduardo. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade* (CPC, art. 741, parágrafo único). *In*: Revista do Processo, nº 106, abril-junho de 2002, p. 57.

4.4.3 Condições limitadoras da utilização dos embargos com eficácia rescisória.

A primeira das condições que limita a aplicação dos embargos é o direito intertemporal quanto à inaplicabilidade da norma às sentenças transitadas em julgado em data anterior à sua vigência. É verdade que a MP 2.180-35 introduziu o parágrafo único do artigo 741, do CPC, e, sendo norma relativa ao direito processual, tem, então, aplicação imediata alcançando, inclusive, os processos em curso. Contudo, não pode ser aplicada retroativamente, alcançando as sentenças transitadas em julgada antes de 2001, ainda que eivadas de inconstitucionalidade. Tal orientação se impõe em virtude da regra do inciso XXXVI, do art. 5º, da Constituição Federal que assim reza: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Por outro lado, nada impede que as sentenças inconstitucionais posteriores ao advento da MP 2.180-35 possam ser impugnadas, com base no parágrafo único do artigo 741, do CPC, ainda que transcorrido o lapso temporal de 2 anos para o ajuizamento da ação rescisória. Esse prazo parece ser fatal para a rescindibilidade de sentenças inconstitucionais tanto para a ação rescisória quanto para os embargos à execução, ou por meio de outros instrumentos processuais¹⁹⁴ igualmente hábeis a tal fim.

Outra questão de relevo é a situação de o STF declarar inconstitucional determinada norma e, a teor do disposto no artigo 27, da Lei 9.868, modular os efeitos de sua decisão, a ponto de determinar que seu provimento produza efeitos a partir de data posterior à formação de sentenças inconstitucionais, por exemplo,

194 Antes do advento do parágrafo único do artigo 741, do CPC, o STF admitia que, embora a proclamação da inconstitucionalidade implicasse no desaparecimento de todos os atos praticados sob a égide da lei inquina de vício, apenas por meio da ação rescisória era possível desconstituir o julgado. Neste sentido ver o seguinte precedente BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 17.976-SP - 3ª Turma. Relator: Ministro Amaral Santos. Brasília, 13 de setembro de 1968.

À título de exemplo, segundo Araken de Assis, já existia instrumento similar ao parágrafo único do artigo 741, do CPC, na Alemanha, quando cita o §79-2 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*. Trata-se de dispositivo em que estabelece que, apesar de remanescerem íntegros os provimentos judiciais proferidos com base em lei pronunciada inconstitucional tornam-se inadmissíveis sua execução, aplicando-se o §767 da ZPO. Cf. ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 362.

sob o argumento de preservar situações pretéritas. Tal hipótese é possível porque o artigo 27, da Lei 9.868 possibilita ao STF, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por maioria qualificada, restringir os efeitos de sua decisão, passando a operar a eficácia *ex nunc* ou *pro futuro* na declaração de inconstitucionalidade.

A eficácia *ex nunc* na declaração de inconstitucionalidade pelo STF impede a utilização dos embargos à execução com eficácia rescisória para rescindir sentenças inconstitucionais, com base no parágrafo único do artigo 741, do CPC. Frise-se que, somente se o STF declarar expressamente no julgado a eficácia *ex nunc* de sua decisão é que não será possível a utilização dos embargos à execução para rescindir sentenças inconstitucionais, pois, como amplamente discutido no primeiro capítulo, a regra para a lei inconstitucional é a sua nulidade absoluta, atribuindo-se a eficácia *ex tunc*, portanto, retroativa até o advento da lei, sendo admissível a utilização dos embargos à execução para se declarar a inexigibilidade do título judicial.

Diante dos substratos apresentados sobre os embargos à execução com eficácia rescisória, é possível fazer o controle de constitucionalidade dos atos do Poder Judiciário levando em conta as hipóteses de sentenças inconstitucionais passíveis de desfazimento pelo instituto e com a observância das condições apresentadas, mesmo após o esgotamento do prazo decadencial de 2 anos para a ação rescisória, porquanto, não se trata de espécie de ação rescisória, não obstante tenha eficácia rescisória. Não se limita, portanto, a prazo algum, pelo menos é o que se extrai da leitura do dispositivo em comento.

4.5 Análise sobre os efeitos da decisão na ADI e na ADC

O exercício do controle de constitucionalidade no Brasil não compete apenas ao STF. Aos juízos de primeiro e segundo graus também é possível fazer esse controle, no sistema de controle difuso, no curso de um processo como questão prejudicial ao julgamento do mérito.

Como visto no presente trabalho, há uma idéia de se criar o controle de constitucionalidade da sentença passada em julgado, fato que se impõe admitir que a declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal nulifica a sentença¹⁹⁵ que nela se fundamentou, deixando de respeitar a coisa julgada. Fala-se, nesse caso, da hipótese de retroatividade da decisão de inconstitucionalidade para alcançar a coisa julgada. Seria então isso permitido no Brasil? Sabe-se, e sem exageros, que os efeitos nefastos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei têm como conseqüência a nulidade de todos os atos praticados sob a égide dessa lei, fazendo retroagir os efeitos da decisão até o momento de sua feitura. Inúmeros óbices são criados quando se pensa nessa hipótese, tais como: boa-fé, coisa julgada, etc. Quanto ao controle de constitucionalidade das decisões judiciais, também não é diferente. Os mesmos óbices são criados, pois nessa circunstância deve-se enfrentar a questão do não respeito à coisa julgada. Contudo, a questão da possibilidade de controlar a constitucionalidade das decisões judiciais já foi amplamente discutida no item 5.4 deste capítulo. Resta, no entanto, discutir os reais efeitos das decisões do STF em ADI e ADC

Ao discutir os efeitos das decisões do STF em ADI e ADC pressupõe antes abordar a questão da Teoria das Nulidades no controle de constitucionalidade. Como sabido, nenhum ato legislativo ou jurídico contrário à Constituição pode ser válido e a falta de validade enseja como conseqüência, a nulidade ou anulabilidade do ato. Tratando-se de lei inconstitucional, deve-se aplicar uma sanção mais grave, ou seja, a nulidade. Logo, o ato inconstitucional deve ser considerado nulo de pleno direito.

Essa tese tem como pressuposto o princípio da supremacia da Constituição. Essa supremacia ganhou força, inicialmente, na obra “O Federalista” e, posteriormente, veio a ser endossada no caso *Marbury vs. Madison*, decidido pela Suprema Corte norte-americana em 1803.

195 Trata-se de sentença com o trânsito em julgado.

No Federalista n. 78, o autor Alexander Hamilton já deixava clara a noção de supremacia da Constituição quando assim dizia:

Alguma perplexidade quanto ao poder dos tribunais de pronunciar a nulidade de atos legislativos contrários à constitucional tem surgido (...) Nenhum ato contrário à constituição pode ser válido¹⁹⁶.

A partir dessa supremacia conferida à Constituição, a lógica deve ser irrefutável porque se a Constituição é a lei maior, que cria um novo Estado e estabelece os poderes constituídos, admitir a aplicação de uma lei inferior e incompatível com a Constituição é violar a sua supremacia.

A tese da nulidade absoluta da lei inconstitucional surgiu nos Estados Unidos e posteriormente se irradiou para o resto do mundo, não obstante tenha sofrido algumas atenuações a partir da década de 60, conforme expõe Luís Roberto Barroso:

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, a partir da década de 60, passou a admitir exceções à regra da retroatividade, tanto em casos criminais (e.g., *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 [1965]) como em casos cíveis (*Chevron Oil v. Huson*, 404 U.S. 97 (1987) (...))¹⁹⁷.

A partir dessa irradiação, podem-se destacar atenuações aos efeitos nulos na declaração de inconstitucionalidade em países como Portugal¹⁹⁸, Brasil¹⁹⁹, entre outros. De fato, a teoria da nulidade diz respeito ao reconhecimento do caráter declaratório quando se verifica a inconstitucionalidade, tendo como consequência seus efeitos se produzirem retroativamente até a data da entrada em vigor no

196 HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Op. cit.*

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

198 Em Portugal, por exemplo, a Constituição prevê em seu artigo 282, n. 4: “Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos ns. 1 e 2”.

199 No Brasil essa exceção não ganhou conotação constitucional, mas vem expressa no artigo 27 da Lei 9.868/99 que assim diz: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

mundo jurídico do ato. Assim, as relações jurídicas já constituídas com base no ato inconstitucional devem retornar ao *status quo ante*.

Contudo, em decorrência das situações fáticas de cada caso, isto é, situações irreversíveis, tornam-se necessários reconhecer as circunstâncias especiais que demandam um tratamento diferenciado.

A regra utilizada quanto aos efeitos temporais nos países que contemplaram a teoria da nulidade da norma – como ocorre nas decisões do STF, no Brasil, nos processos de ADI e ADC -, é o efeito *ex tunc*. Caso essa teoria da nulidade sofra algumas atenuações, como tem ocorrido de fato, deve-se reconhecer a restrição aos efeitos *ex tunc*, a utilização do efeito *ex nunc* ou mesmo conferir efeitos *pro futuro* nas decisões do STF em sede de ADI ou ADC.

Essas atenuações, no Brasil, passaram a ganhar força ao longo dos anos com a jurisprudência do STF, antes mesmo da edição da Lei 9.868/99. Aliás, essa lei ampliou a competência discricionária do STF referente à pronúncia de nulidade do ato e o conseqüente caráter retroativo da decisão. E isso se deve ao fato de existirem situações extremas como, por exemplo, a primazia da boa-fé, da justiça e segurança jurídica. Tem-se basicamente um sentido pragmático a essa atenuação.

Realmente, a vida é muito mais rica e complexa do que qualquer teoria. O direito evolui, as situações mudam, e a complexidade de atos jurídicos que são realizados aumenta. Desta forma, viu-se a necessidade de se preservar terceiros de boa-fé, a própria coisa julgada etc.

Quando se diz que há um sentido pragmático àquela atenuação da teoria da nulidade do ato inconstitucional é porque se visa, no caso concreto, observar as conseqüências que causam menor impacto na vida real das pessoas.

Não persistem mais dúvidas que, no Brasil, entende-se, sem grande controvérsia, que a decisão de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, e assim retroage até o momento da edição da lei. Afirma-se, nesse sentido, que tal decisão não possui caráter desconstitutivo; e, por isso, não apenas revoga a lei. A sua natureza é declaratória, reconhece a nulidade da lei, valendo dizer, um estado

já existente. A prova dessa ausência de controvérsia reside na edição da Lei 9.868/99, em seu artigo 27 e a partir da consolidada jurisprudência do STF construída ao longo dos anos.

Isso se mostra também de forma pacífica na doutrina, como se pode constatar na lição de Guilherme Marinoni:

Acontece que essa tese (da retroatividade dos efeitos) deve ser vista com cautela, uma vez que não há sentido em admitir que uma teoria, apenas porque idônea em “determinado sentido”, possa ser aceita como adequada em “outro” apenas para que o seu arcabouço lógico-formal não seja abalado. Esse “outro sentido”, de que se fala, diz respeito exatamente àquelas situações que não devem ser atingidas pela declaração de inconstitucionalidade²⁰⁰.

A questão que se levanta após todos esses argumentos é saber se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade do ato impugnado alcançam à coisa julgada? As situações de boa-fé, entre outras que demandam uma atenção especial, estão imunes aos efeitos das decisões do STF, em virtude do artigo 27 da Lei 9.868/99 e da própria experiência jurisprudencial do tribunal.

Antes de tudo deve-se notar que o artigo 27 da Lei 9.868/99 não traz nada expreso sobre a coisa julgada, apenas permite que o STF restrinja, por decisões de dois terços de seus membros, os efeitos da declaração ou dizer a partir de outro momento em que venha a ser fixado pelo tribunal ou mesmo a partir do trânsito em julgado de sua decisão. Abre, portanto, uma possibilidade de o tribunal resguardar qualquer interesse que possa ser prejudicado.

Note-se ainda que, no Brasil, a exemplo do que ocorre em Portugal²⁰¹ com a expressa possibilidade de se resguardar a coisa julgada, não há dispositivo constitucional determinando seja a coisa julgada resguardada. Aqui esse respeito à coisa julgada na declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade do

200 MARINONI, Guilherme. *Op. cit.*

201 Essa possibilidade se encontra no artigo 282, n. 3 que assim preconiza: “Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido”.

ato deve-se, como visto, à construção jurisprudencial e à introdução da Lei 9.868/99.

No sistema português, consoante o artigo 282, n. 2, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade retroagem até a data da entrada em vigor da norma, isso é a regra geral.

Entretanto, e de forma excepcional, diz o artigo 282, n. 3, que os casos julgados serão ressalvados, salvo disposição em contrário do Tribunal Constitucional, tratando-se de matéria penal, disciplinar ou ilícito e for de conteúdo mais favorável.

Assim, se depreende da leitura dos dispositivos da Constituição portuguesa que em relação à coisa julgada os efeitos não retroagem, respeitando, portanto, o seu manto. Em casos excepcionais, como os citados no artigo 280, n. 3 é que se poderá alcançar a coisa julgada.

A respeito desse artigo 282, n. 3, da Constituição portuguesa, Canotilho assim se manifesta:

Quando a Constituição (art. 282º/3) estabelece a ressalva dos casos julgados isso significa a *imperturbabilidade* das sentenças proferidas com fundamento na lei inconstitucional. Deste modo, pode dizer-se que elas não são nulas nem reversíveis em consequência da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Mais: a declaração de inconstitucionalidade não impede sequer, por via de princípio, que as sentenças adquiram força de caso julgado. Daqui se pode concluir também que a declaração de inconstitucionalidade não tem efeito constitutivo da intangibilidade do caso julgado (...) Em sede do Estado de direito, o princípio da intangibilidade do caso julgado é ele próprio um princípio densificador dos princípios da intangibilidade da garantia da confiança e da segurança inerentes ao Estado de Direito²⁰².

Acerca desse entendimento, trazendo a discussão para o Brasil, deve-se supor que a coisa julgada sempre pôde ser atingida pelos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou, na melhor das hipóteses, que a coisa julgada poderá ser

202 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1004. Veja também a importante posição de Paulo Otero quando se manifesta totalmente ao contrário do posicionamento de Canotilho. OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 83 a 90.

alcançada quando a decisão declaratória de inconstitucionalidade não a ressalvar, nos termos do referido art. 27 da Lei 9.868/99.

Para responder à indagação trazida no presente estudo, para saber se os efeitos da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade atingem a coisa julgada, importante perceber que existem concepções diferentes, dependendo, seja a pessoa adepto à possibilidade de quebrar a coisa julgada quando inconstitucional ou não. Para o adepto que ressalva os casos julgados dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, isso ocorre por conta da possibilidade discricionária conferida ao Supremo Tribunal Federal pelo artigo 27 da Lei 9.868/99. Como exemplo de opinião, importante colacionar a tese de Guilherme Marinoni que assim afirma:

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 9.869/99 – que, na realidade, com ela não tem relação -, já era imune a tais efeitos²⁰³.

Clèmerson Merlin Clève, também é adepto desta corrente quando, em livro publicado em 1.995, já dizia que “a coisa julgada consiste num importante limite à eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade ”²⁰⁴.

Por fim, a pergunta que se deixa para o debate acadêmico é saber se mesmo que se admita que à coisa julgada seja ressalvada dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, se, por exemplo, não contiver na decisão do STF a ressalva expressa ao caso julgado quando da oportunidade da declaração de inconstitucionalidade, poderá o caso julgado, mesmo assim, ser ressalvado?

203 MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*

204 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

4.6 A inconstitucionalidade pode ser convalidada?

A possibilidade que o artigo 27 da Lei 9.868/99 dá ao STF de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, inclusive, para ressalvar a coisa julgada, como expõe alguns doutrinadores, pode, eventualmente, possibilitar uma situação jurídica interessante, do ponto de vista prático. Eis, a possibilidade de uma inconstitucionalidade ser convalidada, haja vista o STF poder, pelos imperativos da segurança jurídica e da boa-fé, ressalvar expressamente os casos julgados decididos com base em norma posteriormente declarada inconstitucional pelo tribunal.

Naturalmente, visando assegurar a boa-fé, a segurança jurídica, interesse social relevante etc, poderá o STF em determinado caso concreto, convalidar casos julgados que se basearam em norma declarada inconstitucional. Essa possível anomalia criada pelo sistema do artigo 27, da Lei 9.868/99, gera uma situação sensível que ainda não se tem solução legislativa. Entretanto, como visto no primeiro capítulo da dissertação, a própria exposição de motivos do projeto de lei n. 2.960/97, que culminou no advento da Lei 9.868, alude ao rigoroso juízo ponderativo entre a nulidade absoluta da lei inconstitucional, ora mitigada, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, possibilitando à Corte Suprema afastar, *in concreto*, o princípio da nulidade da lei inconstitucional quando se constatar que, com a própria declaração de nulidade, acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.

Quanto à situação patológica que eventualmente poderá surgir não podemos conhecer em todas as suas dimensões, contudo em casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada como, por exemplo, lesão positiva ao princípio da isonomia ou mesmo em hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional, torna-se de extrema relevância e, diga-se de passagem, correta, convalidação da inconstitucionalidade.

A respeito dessa abordagem e sem sentido contrário, Paulo Otero mostra-se preocupado com a possibilidade de convalidação da inconstitucionalidade, quando o artigo 280, n. 3, 1ª parte da Constituição Portuguesa, permite, segundo os imperativos da segurança e certeza jurídica, ser o caso julgado ressalvado quando se basear em norma que posteriormente seja declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional. Veja-se a posição do constitucionalista português:

(...) Esta disposição constitucional suscita importantes interrogações:
 - Será que a ressalva significa a sanação, isto é, a constitucionalização de tais casos julgados inconstitucionais?
 - Será que a disposição em causa se pode configurar como norma habilitadora para os tribunais emitirem decisões baseadas em normas desconformes com a Constituição, mitigando assim o dever consagrado no artigo 207°?
 - Será que se deve entender que o preceito em causa confia aos tribunais a possibilidade de derogarem a Constituição ou, pelo menos, traduz uma limitação dos poderes decisórios do Tribunal Constitucional perante as decisões transitadas em julgado dos restantes tribunais?²⁰⁵

Das indagações do constitucionalista português, podem-se extrair algumas reflexões ainda não respondidas pela doutrina brasileira, quais sejam: será que os imperativos da segurança jurídica e a boa-fé devem ser prestigiados ao extremo a ponto de refutar o princípio da supremacia da Constituição? Isso se mostra razoável? Nesse sentido, a exposição de motivos do projeto de lei n. 2.960/97 assim assentiu.

Essa discussão também se aplica aqui no Brasil, pois o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 permite ao STF que na declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, poderá o tribunal restringir os seus efeitos *ex tunc*, tornando-os *ex nunc*, de modo a resguardar inclusive os casos julgados decididos com base em lei que posteriormente veio a ser declarada inconstitucional pelo próprio STF? Se passar-se a admitir tal hipótese, certamente estar-se diante de uma situação de convalidação da inconstitucionalidade. Antes de qualquer resposta, deve-se atentar que em Portugal essa previsão é expressa e em norma constitucional. Aqui no Brasil, essa previsão não é expressa para os casos julgados, pois não há

205 OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 85/86.

referência expressa da palavra “caso julgado ou coisa julgada”, mas que tão-somente se admite agradeça a construção jurisprudencial do STF ao longo dos anos e a influência do direito constitucional comparado.

Em matéria criminal, a jurisprudência norte-americana²⁰⁶ admite, de longa data, o desfazimento do julgado em benefício do réu, assim também admite expressamente a Constituição Portuguesa. Porém, no Brasil, essa questão ficou apenas no âmbito da jurisprudência, pois não há referência à coisa julgada no artigo 27, da Lei 9.868/99, embora se admita a desconstituição do caso julgado inconstitucional em matéria criminal.

Deduz-se ainda a regra do efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade da lei, restando a atribuição do efeito *ex nunc* nos casos excepcionais, desde que, na decisão, o STF, por maioria qualificada de 2/3 de seus membros, faça constar o efeito *ex nunc*. Ao persistir a regra, não há que se falar em convalidação da lei inconstitucional porque os efeitos *ex tunc* têm o condão de desfazer todos os atos constituídos sob a égide da lei desde o seu nascedouro.

Portanto, poderíamos cogitar que a hipótese do §único do artigo 741, do CPC, quando possibilita a declaração de inexigibilidade da decisão judicial fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, possa negar a idéia de convalidação da lei ou ato inconstitucional. Porém, como ficou assentado no presente capítulo, mesmo com o advento do §único do artigo 741, caso o STF, por maioria qualificada, declare expressamente a incidência dos efeitos *ex nunc*, ou que sua decisão passe a produzir efeitos em outro momento determinado pela Corte, é de se negar a utilização dos embargos à execução com eficácia rescisória. É que a decisão do STF em modular os efeitos de sua decisão serve de limite à utilização dos referidos embargos.

Assim, o binômio inconstitucionalidade/nulidade outrora admitido com mais ênfase pela doutrina constitucionalista brasileira, hodiernamente, principalmente

206 Ver nesse sentido, a descrição jurisprudencial norte-americana acerca dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade a partir do caso *Mapp v. Ohio* 367 US 643 (1961) em MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 437.

após o advento do art. 27 da Lei 9.868, está mitigado, abrindo espaço para outras técnicas de declaração de inconstitucionalidade, não obstante, é claro, persista como regra geral no direito positivo brasileiro.

CAPÍTULO IV

5. CORTE ANALÍTICO SOBRE A COISA JULGADA

5.1 A importância de se construir um corte analítico sobre a coisa julgada inconstitucional para analisar decisões judiciais

Inicialmente discutido o porquê de se construir um corte teórico para se analisar a relativização da coisa julgada quando incompatível com a Constituição, consoante deduzido na parte introdutória da dissertação, resta-nos, no presente capítulo, fornecer argumentos consistentes para justificar a importância, do ponto de vista metodológico, de se construir um corte analítico sobre a coisa julgada inconstitucional para analisar decisões judiciais na temática da “relativização da coisa julgada inconstitucional”, à semelhança da proposta metodológica do Laboratório de Análise Jurisprudencial²⁰⁷.

A partir da investigação proposta, torna-se necessário um estudo descritivo-crítico sobre as teses dos principais expoentes do tema, identificando os argumentos favoráveis e contrários à coisa julgada inconstitucional, de forma a categorizá-los objetivamente, para servir de pauta às análises dos casos selecionados, possibilitando, conseqüentemente, encontrar respostas sobre uma possível dissonância entre a abordagem dogmática no Brasil e sua aplicação nas decisões do STJ acerca da coisa julgada inconstitucional.

207 É preciso esclarecer que a idéia de Corte desenvolvida no LAJ se constitui em um aporte teórico, previamente estabelecido, para analisar objetivamente as decisões judiciais do STF, na temática dos Direitos Fundamentais. Algumas desconfianças fizeram orientar o grupo para restringir o campo de pesquisa ao estudo jurisprudencial dos direitos fundamentais, tais quais: “a inexistência de uma avaliação no universo do Supremo Tribunal Federal sobre o papel dos seus juízes no que diz respeito à articulação democracia/constituição”, investigar de que maneira o tribunal os considera nos seus julgados, entre outras. Nada obstante, o Corte aqui desenvolvido serve de aporte teórico para analisar as decisões judiciais na temática da “relativização da coisa julgada inconstitucional”, limitando-se, portanto, a abordar todo um marco teórico inerente à coisa julgada inconstitucional. Neste sentido, *cf.* VIERA, José Ribas; DUARTE, Fernanda; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe *et al.* *Op. cit.*, p. 11.

O tratamento científico dado à jurisprudência foi uma das soluções encontradas pelo LAJ para combater o seu uso indiscriminado²⁰⁸ e sem critérios lógicos capazes de demonstrar a sua coerência, com o direito a ser sustentado, além de buscar o conhecimento dos mecanismos de construção da decisão judicial, a fim de não se perquirir sobre eventuais discricionariedades judiciais.

A criação de um corte analítico, a partir deste momento, é relevante, pois possibilitará fazer uma filtragem sobre o uso ou não de decisões judiciais como um poderoso argumento de autoridade²⁰⁹, independentemente de elas terem ou não um grau de coerência e consistência a partir do que se põe na doutrina constitucionalista e processualista. O corte, portanto, servirá também de modelo de análise para ser adotado sistematicamente em toda e qualquer decisão judicial, seja do STF, do STJ ou em qualquer outro tribunal. Porém, não podemos esquecer que o universo das amostras é o Superior Tribunal de Justiça.

Para efeitos metodológicos, a idéia de corte possibilitará fugir de uma análise puramente dogmática acerca do instituto da coisa julgada inconstitucional, como corriqueiramente se percebe da doutrina acerca do tema²¹⁰, propondo ao leitor

208 Sobre o uso indiscriminado da jurisprudência, deve-se ressaltar a utilização desta fonte do direito no seu trato pouco científico, importando, nos estudos de casos, o manuseio indiscriminado, além de sua pouca visibilidade acadêmica. Essa perspectiva, para o LAJ, não mais se admite no paradigma do Estado Democrático de Direito. *Ibidem*, p. 6.

209 Embora não se pretenda, diretamente neste corte analítico, viabilizar uma filtragem sobre o uso ou não de decisões judiciais como um argumento de autoridade, destacamos essa possibilidade a partir da construção de um corte que contemple elementos, ou mesmo categorias, que dêem suporte ao pesquisador para perceber tal fato nas análises de casos. Pode-se perceber este exemplo na leitura do “corte processual” desenvolvido pelo LAJ, na obra “*Os direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal – Laboratório Jurisprudencial*”, exaustivamente citada nesta dissertação, quando se contemplou as relações entre poder e Direito, direcionando-se para o momento da aplicação do direito pelo STF, porém migrando-se para o processo, diante da possibilidade de a Suprema Corte utilizar-se deste instrumento enquanto uma das estratégias de poder, com a pretensão de legitimar suas decisões. Para tanto, o referido “corte processual” trabalhou, na temática do processo como estratégia de poder, com as noções de: “sistema simbólico”, “violência simbólica”, “*habitus*”, “campo de poder jurídico” e “estratégia de poder”. Todos os elementos trabalhados naquele corte foram tributados aos franceses Michel Foucault e Pierre Bourdieu.

210 Ver por exemplo, os seguintes trabalhos: MARTINS, Francisco Peçanha. *Ação rescisória e coisa julgada: prazo para sua propositura*. In: Revista de Direito Renovar, V. 28, jan/abril, 2004, p. 36; BARROS, Evandro Silva. *Coisa julgada inconstitucional e limitação temporal para a propositura da ação rescisória*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 12, V. 47, abr/junho, 2004, p. 46/98; GARCIA, Maria. A inconstitucionalidade da coisa julgada. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 12, V. 47, abr/junho, 2004, p. 48/54; MACHADO, Daniel Carneiro. *A coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. É de todo oportuno destacar os próprios dos autores tradicionalmente reconhecidos pelo domínio e exposição do

condições de comparar o discurso teórico-dogmático, constante na doutrina, com o discurso prático, impresso na jurisprudência firmada pelo STJ.

O corte analítico servirá, igualmente, de marco compreensivo da efetivação ou não do discurso proferido pela doutrina, a fim de se conhecer a lógica que organiza o raciocínio jurídico. Assim, a partir desse marco compreensivo, a criação do corte servirá de instrumento para a compreensão objetiva de cada caso analisado, longe das paixões subjetivas de quem se propõe à investigação.

Por fim, a abordagem do que diz a doutrina sobre a coisa julgada inconstitucional em forma de categorias, eventualmente poderá não englobar todos àqueles que escrevem sobre o tema, obviamente – pois este universo poderá ser desconhecido -. Todavia serão considerados alguns pioneiros e originais que se destacam no cenário nacional na construção de uma pauta sobre o tema. Não se cogitará neste capítulo, por exemplo, uma abordagem em forma de resenha, colacionando-se entendimentos doutrinadores em especial, mas uma categorização dos elementos essenciais constantes das teses favoráveis e contrárias sobre o tema, a fim de viabilizar a análise a partir das categorias que se farão incidir diretamente nos casos. Logo, as teses de um ou outro autor não serão evidenciadas, haja vista a possibilidade de mais de um compartilhar a mesma tese como fundamento para criticar a coisa julgada inconstitucional ou para defendê-la. O que mais interessa são os argumentos e categorias apresentadas e desenvolvidas na dogmática, pois a partir da interseção do corte com os casos, mais valerá a compreensão da decisão, mediante análise dos fundamentos e razões que a sustentam, do que a decisão em si.

tema, sejam os favoráveis ou os contrários à relativização da coisa julgada inconstitucional. O que se percebe é uma análise estritamente teórico-dogmática, num processo argumentativo demarcado pela disputa doutrinária para ver quem impõe seu melhor argumento.

5.2 Pela defesa da coisa julgada inconstitucional

5.2.1 *A invocação dos princípios constitucionais e a força normativa da Constituição*

Os princípios constitucionais, embora mutantes desde as suas gêneses, são o grande referencial que norteará a quebra da coisa julgada inconstitucional, a partir de critérios culturais e de confronto de valores. Põe-se relevo à segurança jurídica, inobstante não se sobreponha a outros valores que dignificam a cidadania e o Estado Democrático, determinados princípios constitucionais deverão ter primazia diante de um eventual conflito existente entre a sentença, dita inconstitucional, e os princípios da moralidade e legalidade consagrados na ordem constitucional. É nesta tônica que José Augusto Delgado²¹¹ enfrenta o problema da primazia dos princípios da moralidade e legalidade quando conflitantes com a segurança jurídica presente na coisa julgada.

Os princípios da legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica, diz o autor²¹². Neste sentido, é possível reconhecer o eventual conflito entre a coisa julgada, instrumento garantidor da segurança jurídica - não obstante a discussão sobre o seu caráter constitucional -, e outros princípios, extraindo a submissão hierárquica da coisa julgada frente a outros princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Mesmo nas hipóteses de conflito entre a segurança jurídica e outros postulados constitucionais, há que se reconhecer a supremacia dos princípios da legalidade, moralidade e da justiça. A hipótese não deixa dúvidas, atribui-se à coisa julgada um papel de submissão hierárquica a outros princípios toda vez que houver conflito entre aquela e os princípios da legalidade, moralidade e justiça, sem qualquer possibilidade para ponderação.

211 DELGADO, José Augusto. *Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas* – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *RePro*, ano 26, n. 103, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p 31.

212 *Ibidem*, p. 21.

Assentada esta premissa, José Delgado propôs um rol extenso e exemplificativo de sentenças que nunca terão força de coisa julgada e que poderão a qualquer tempo ser desconstituídas. A título de exemplo, destacamos as “sentenças atentatórias à soberania estatal” e “a que não garanta o direito de herança” pelo grau de generalidade dos exemplos²¹³.

A ligeira relação entre o que consta nos textos constitucionais e o que se vê na realidade é extremamente importante para a concretização do comando constitucional. Não se pode imaginar que o aplicador do direito se afaste por completo da “evolução do plasmado na Constituição que rege os destinos da cidadania”²¹⁴.

Nesta categoria, nada de original e novo existem e, embora não se possa desprezar a relevância do argumento sustentado por um dois maiores defensores da coisa julgada inconstitucional – José Augusto Delgado -, é na argumentação de Konrad Hesse²¹⁵ que se deve ter a dimensão da invocação dos princípios constitucionais e da força normativa da Constituição.

A idéia de força normativa surge a partir de uma discussão sobre o conceito de Constituição, outrora explicada em minúcia por Ferdinand Lassale²¹⁶, em 1862, numa associação liberal-progressista de Berlim/Alemanha, reduzindo-lhe a um mero pedaço de papel e destacando que a sua essência residia nos fatores reais do poder. À época, a discussão pautou-se sobre um conceito político, no embate sobre os fatores reais do poder e a Constituição, retirando desta o destaque merecido por considerá-la a parte mais fraca, sem importância²¹⁷.

213 Não transcreveremos aqui todos os casos trazidos por José Delgado, pois a alusão a casos mais específicos seria desnecessária, haja vista tais casos já estarem incluídos nas hipóteses genéricas. Além do mais, qualquer tentativa de esmiuçar os casos mais raros e específicos que se pretenda, jamais seria possível esgotar todas as possibilidades de sentenças insuscetíveis de fazer coisa julgada.

214 DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas (maio 2006) sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere frontalmente postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal – Manifestações Doutrinárias. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/web/verDiscursoMin?cod_matriculamin=0001105> Acesso em 16 de fevereiro de 2008.

215 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

216 LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Campinas: Minelli, 2003.

217 A desimportância dada à Constituição evidencia-se quando Ferdinand Lassale afirma que a essência da Constituição de um país era apenas a soma dos fatores reais do poder. São esses fatores que se põem em uma folha de papel, dando-lhes expressão escrita para passar, a partir

Numa contraposição ao conceito político atribuído por Ferdinand Lassale, o alemão Konrad Hesse, a partir de uma aula inaugural na Universidade de Freiburg-RFA, em 1959, esforçou-se para demonstrar que o desfecho do embate entre os fatores reais de poder e a Constituição não poderia se verificar, fundamentalmente, em prejuízo da Lei Maior, pois além desta não se reduzir a mera folha de papel, existem pressupostos a serem realizados que, ainda que em caso de eventual colisão, permitem garantir a sua força normativa. A vontade da Constituição, portanto, deve ser realçada, não desprezando fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa, extraindo da Carta Política uma força ativa²¹⁸ caso exista a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, a fim de se fazer presente não só a vontade do poder, mas a vontade da Constituição a partir de uma consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional.

A força normativa deflui da contraposição entre a Constituição jurídica e a Constituição real, estando estas em relação de coordenação e condicionando-se mutuamente, não dependendo uma da outra. Como diz Konrad Hesse, “ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio”²¹⁹ e sua pretensão de eficácia residirá no estabelecimento de um elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. Deste modo, a força normativa existe na medida em que se logra realizar essa pretensão de eficácia,

daí, não mais simples fatores reais do poder, mas verdadeiro direito. Neste sentido, ver LASSALE, Ferdinand. *Op. cit.*, p. 35/36.

218 Esta força ativa não se dá com a coincidência entre realidade e norma, pois esta se constitui apenas um limite hipotético extremo. Entre a norma estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar, afirma Konrad Hesse. A Constituição jurídica, isto é, nas normas propriamente técnicas, para Lassale sucumbe em face da Constituição real, em virtude dos fatores reais do poder. Porém, como apontado por Konrad Hesse, a idéia de um efeito determinante da Constituição real aponta para a própria negação da Constituição jurídica. Este é o pensamento de Ferdinand Lassale, para quem a Constituição jurídica não passa de mera folha de papel. Entretanto, a negação da Constituição jurídica importa na negação do próprio Direito Constitucional enquanto ciência jurídica e, enquanto ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa, diferenciando-se, assim, da Sociologia e da Ciência Política. Se a Constituição real for decisiva, tem-se a descaracterização da Ciência da Constituição como ciência normativa, convertendo-se em simples ciência do ser, além do mais, não haveria como distingui-la das demais ciências como a Sociologia e a Ciência Política. Nesse sentido, cf. HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p.10/11.

219 HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 15.

porquanto embora a norma constitucional não tenha existência autônoma em face da realidade, sua essência reside na sua vigência.

5.2.2 A clássica diferença entre Poder Constituinte e poderes constituídos: a importância de submeter os poderes constituídos à supremacia constitucional

A força da Constituição tem origem no povo que, soberanamente, exerce a função de Poder Constituinte originário. O próprio artigo 1º, parágrafo único da CRFB/ 88 afirma que o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes. No exercício desta função, o fruto naturalmente esperado é a criação da Constituição, com a conseqüente fundação de um novo Estado.

De forma original e pioneira, Emmanuel Joseph Sieyès, político e filósofo francês, na antevéspera da Revolução Francesa, publicou uma de suas principais obras conhecida por “*Qu’est-ce que le Tiers État?*”²²⁰. A obra “O que é o Terceiro Estado?” representou a reivindicação do Terceiro Estado²²¹ na França no período revolucionário, pois o seu autor incumbiu-se na defesa do povo, o qual detinha toda força para transformar a França em um país progressista. Nomeado deputado nos Estados Gerais, em 1787, Sieyès trouxe não apenas a reivindicação de um povo, mas inclusive a da burguesia, classe social economicamente forte no *Antigo Regime*, todavia, desprovida de direitos de participação política naquela sociedade.

Sua reivindicação parte da premissa segundo a qual para se construir um país economicamente desenvolvido e progressista, era necessária a participação do Terceiro Estado na formação da vontade da nação, tendo em vista a capacidade laboral presente naquele povo. Além do mais, era primordial extinguir todo e

220 A obra “*Qu’est-ce que le Tiers État ?*” foi traduzida para o português na versão impressa da editora Lumen Juris, cujo título sofreu modificação por iniciativa de seus tradutoras, ganhando um título maior publicado foi “A Constituinte Burguesa”. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

221 Segundo Sieyès, por Terceiro Estado se entendia como o conjunto dos cidadãos que pertencem à ordem comum. Portanto, tudo que é privilegiado pela lei, de qualquer forma, sai da ordem comum, constitui uma exceção à lei comum e, conseqüentemente, não pertence ao Terceiro Estado. *Ibidem*, p. 8.

qualquer tipo de privilégio injustificado e desmerecido²²². Isso porque, naquela sociedade os cargos honoríficos eram conferidos ao clero e à nobreza sem qualquer critério justificável e isso seria um entrave ao progresso da nação. O Terceiro Estado era tudo, dizia Sieyès²²³ e o povo não é nada quando só se tem a proteção da lei comum, se não pode invocar nenhum privilégio, tendo de suportar o desprezo, a injúria e a submissão aos detentores do poder.

Naquela ambiência política, Sieyès sustentou a necessidade de aquisição, pelo povo, da capacidade política, não apenas a civil, mantendo relações agora com a Constituição. Se o Terceiro Estado era quem sustentava o Estado Francês, suportando a maior parcela dos impostos naquela época, é legítimo esse mesmo povo ter voz política, representação igualitária na vontade constituinte. A partir daí, pela primeira vez se fez distinção entre Poder Constituinte e Poder constituído, trazendo subsídios para a compreensão do processo constituinte. A liberdade não era adquirida por privilégios, mas sim por direitos, apontou Sieyès²²⁴ e os direitos pertencem a todos.

A partir da contribuição teórica de Sieyès, os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são meros poderes constituídos pelo Poder Constituinte, tendo no povo a sua expressão maior de legitimidade. É nesse discurso que José Augusto Delgado²²⁵ invoca a submissão dos atos de todos os poderes do estado ao princípio da supremacia constitucional. Ora, se a Constituição tem origem no povo, nenhum poder está acima dele e por questões óbvias; é a própria Constituição que cria e limita a atuação dos poderes constituídos.

A partir dessa premissa, os poderes, juntos ou separados, devem fazer prevalecer a força da Constituição, dependendo a eficácia de seus postulados,

222 Sieyès sustentava que todo privilégio à época se opunha ao direito comum e todos aqueles que detinham cargos honoríficos ou participavam da administração pública sem merecimento formavam uma classe diferente e oposta ao Terceiro Estado. Cf. *ibidem*, p. 10.

223 *Ibidem*, p. li.

224 *Ibidem*, p. 7.

225 DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 107.

princípios e regras, da atuação de todos e, em especial, do Poder Judiciário²²⁶, conhecido como verdadeiro defensor da Constituição. Entretanto, quanto a este último, isso não representa imunizá-lo, sob qualquer pretexto, da submissão à supremacia constitucional, não abrindo espaço para argumento segundo o qual a Constituição é o que o Poder Judiciário disser,²²⁷ quando da sua atividade de intérprete do Texto Maior.

Seguindo esta linha, Paulo Otero, publicista português, propôs o exame da coisa julgada inconstitucional sob uma perspectiva estrutural, desenvolvendo uma verificação de compatibilidade hierárquica entre as várias espécies de sentenças com a Constituição. Se a sentença é um ato normativo, proveniente do Poder Judiciário, e como todo poder constituído deve obediência à Constituição, aquelas devem guardar respeito ao texto constitucional, pois, como processo lógico, dentro do enorme edifício jurídico, tais atos normativos *in concreto* retiram sua fonte de validade diretamente da Constituição.

A premissa estabelecida pelo autor português²²⁸ é que a coisa julgada não seria, por si só, protegida pela Constituição, prendendo-se literalmente à interpretação gramatical do artigo 282, n. 3, da Constituição Portuguesa, que prevê expressamente que apenas a coisa julgada da sentença civil fundada em norma posteriormente declarada inconstitucional estaria protegida pelo dispositivo *supra*.

226 *Ibidem, idem*.

227 A idéia de que a Constituição é o que o Poder Judiciário interpretar origina-se de uma corrente da filosofia do direito, conhecida por realismo jurídico. Essa corrente, notabilizada por Oliver Holmes, ex-juiz da Suprema Corte norte-americana, vincula-se ao pragmatismo, proclamando concepção instrumentalista e funcionalista do direito, indicando o caráter indeterminado das normas jurídicas, admitindo a decisão forense como o resultado de intuições e idiosincrasias dos magistrados. O direito seria o que as Cortes dizem que ele é. O direito poderia ser o resultado do que os juizes tomaram no café da manhã.

228 Sobre esta questão, Paulo Otero discute o valor da ressalva do caso julgado, notadamente a partir do artigo 282, n. 3, primeira parte, da Constituição Portuguesa. É bem verdade que a Constituição trata expressamente de uma hipótese de caso julgado inconstitucional, quando no caso de a sentença aplicar uma norma inconstitucional que apenas veio a ser declarada como tal posteriormente. A interpretação do autor pauta-se na afirmação segundo a qual a posterior declaração de inconstitucionalidade consagrada pelo Tribunal Constitucional não afetará, como regra geral, o caso julgado sobre a referida decisão. Ou seja, respeita o caso julgado, mas não podendo se extrair dessa cláusula, um princípio geral que permite ressaltar todas as situações de casos julgados inconstitucionais. Neste sentido, ver OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 82 e seguintes.

Reitera que, prévia e objetivamente, as espécies de decisão que poderiam ser mantidas ou suprimidas quando o pronunciamento fosse inconstitucional, pautam-se fundamentalmente num critério semelhante a “um tudo ou nada”, estabelecendo uma espécie de “aparente conflito” entre a intangibilidade da coisa julgada e o princípio da constitucionalidade, tendo em vista a inexistência de igualdade de sopesamento entre ambos. Ressalvado o caso do artigo 282, n 3, da Constituição Portuguesa²²⁹, o princípio da constitucionalidade prevalece sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada²³⁰.

229 Assim dispõe o artigo 282, da Constituição Portuguesa:

Artigo 282.º 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a ripristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

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

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2.

230 Paulo Otero alude ao possível conflito entre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e o princípio da constitucionalidade afirmando ser um princípio geral do Direito português que todas as normas inconstitucionais são, a qualquer época, passíveis de controle de sua validade, não restando convalidadas as normas na ordem jurídica, pois a qualquer tempo elas podem ser destruídas judicialmente.

Analisando a possível transposição do regime das normas inconstitucionais para as decisões judiciais direta e imediatamente violadoras da Constituição, o publicista português expõe a tese da intangibilidade da coisa julgada, como uma barreira a qualquer fiscalização que se faça posteriormente ao seu surgimento, portanto, gerando uma impossibilidade de se desfazer o caso julgado; e, por outro lado, expõe a tese do princípio da constitucionalidade no sentido da admissão da fiscalização de controle e desfazimento do caso julgado.

Esse conflito aparente não escapa à crítica do autor que admite ser o princípio da intangibilidade da coisa julgada pensada para decisões judiciais em consonância com o Direito, ou quando muito, nas hipóteses de decisões injustas ou meramente ilegais. Nesse sentido, a intangibilidade da coisa julgada apenas poderia concorrer em condições de igualdade com o princípio da constitucionalidade quando a própria Constituição consagrasse essa insindicabilidade, como sucede do exemplo do artigo 282, n. 3 supra.

Fora dessa hipótese, o autor português contempla uma única forma de haver ponderação (sem necessariamente aludir à ponderação) entre esses dois princípios, como no caso de manutenção da decisão inconstitucional, em relação aos atos administrativos nulos, por ocasião da decorrência de longo lapso temporal, permitindo-se a consumação e consolidação dos fatos, com base no reconhecimento dos valores da segurança jurídica e da certeza do Direito, enquanto elementos integrantes dos princípios da tutela da confiança e da justiça. Tudo, portanto, a ser

No direito brasileiro, quem se encarregou de defender e sustentar esta categoria foi Humberto Theodoro Júnior²³¹, juntamente com Juliana Cordeiro de Faria, para os quais, e com base nas idéias expostas por Paulo Otero, o primado hierárquico-normativo da Constituição, com a afirmação do princípio da constitucionalidade, buscou assegurar, além de todo o ordenamento jurídico, todo e qualquer ato do Poder Público deve conformar-se com a Constituição. A supremacia constitucional seria o único meio de assegurar aos cidadãos a certeza da tutela da segurança jurídica e da realização da justiça e, em virtude disso, os mais variados sistemas jurídicos teriam contemplados mecanismos de controle de constitucionalidade dos atos provenientes do Poder Público.

Acontece, porém, que as atenções sempre estiveram voltadas para os atos do Poder Legislativo e Poder Executivo, no que diz respeito ao exame da constitucionalidade de seus atos. Com a ascensão do Poder Judiciário como defensor da Constituição, passou este poder a exercer supremacia perante os demais, implementando-se e aperfeiçoando-se, nos ordenamentos jurídicos, diversos mecanismos de controle de constitucionalidade. Não houve, a partir da ascensão do Poder Judiciário, maior preocupação com os seus atos, os quais também poderiam incorrer nos mesmos vícios dos demais poderes, violando, com igual força, normas constitucionais.

5.2.3 *A proposta de ponderação de valores nos casos julgados inconstitucionais*

O enfrentamento do tema da coisa julgada inconstitucional pode ser feito, especialmente na constatação do processualista Cândido Rangel Dinamarco²³², à luz do balanceamento de valores. É que as teses expostas sobre o tema, muitas

respaldado pelo n 4, do artigo 282, da Constituição portuguesa. Neste sentido, cf. OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 120 e 126.

231 JÚNIOR, Humberto Theodoro; FÁRIA, Juliana Cordeiro. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: America Jurídica, 2004, p. 70.

232 DINAMARCO, Candido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: America Jurídica, 2002.

das vezes, sejam elas de cunho jurisprudencial ou doutrinário, são dotadas de um casuísmo dentro das situações em que se convencionou para mitigar a coisa julgada.

Cândido Dinamarco adotou o entendimento segundo o qual o processo deve produzir seus efeitos rapidamente, sem, contudo, dispensar a observância da justiça. Constrói, assim, um raciocínio estabelecendo uma premissa de que a garantia da coisa julgada deve guardar equilíbrio com as demais garantias constitucionais²³³. E o convívio equilibrado com os demais valores deve se dá com a relativização da coisa julgada, a partir de critérios objetivos e capazes de oferecer segurança, seguindo a regra da ponderação de interesses, bens e valores, atuando nesses casos, a razoabilidade e proporcionalidade necessárias à manutenção da segurança do Direito. Nesse sentido, é natural o risco advindo desta relativização, posto que toda flexibilização de regras jurídicas consolidadas traz essa conseqüência, não significando, necessariamente, uma desvalorização sistematizada da coisa julgada.

Reconhece o autor como juridicamente impossível a sentença em choque com algum valor muito elevado e constitucionalmente protegido, porque as impossibilidades jurídico-constitucionais são o resultado de um equilíbrio comparativo entre a relevância política e jurídica da coisa julgada e o prestígio e grandeza de outros valores do ser humano. Isso nos mostra que não é toda e qualquer afronta à ordem jurídica, ou melhor, toda e qualquer injustiça ou mesmo ofensa a valores constitucionais que autoriza negar efeitos à sentença outrora proferida e sedimentada pelo manto da coisa julgada. É preciso reconhecer os casos mais graves, considerados em si excepcionalíssimos, para se negar efeito ao ato decisório.

Propõe, assim, uma saída pela via da ponderação, mediante um juízo comparativo entre os bens concretamente e em potenciais conflitos, para, somente após esse juízo, avaliar a possibilidade de se negar os efeitos substanciais da sentença.

233 DINAMARCO, *Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano IV, n. 19. Porto Alegre: Síntese, set/out, 2002, p.6.

O vetor para a relativização do caso julgado não é qualquer violação de regra de direito positivo. Torna-se ineficiente a utilização de “impossibilidade jurídica dos efeitos da sentença” como argumento para relativizar a já relativizada coisa julgada, bem como, também, de argumentos do tipo: sentença inexistente, impossibilidade jurídica do pedido etc. Não se trata de simples inexistência da coisa julgada, quando em conflito com valores constitucionais, pois há sim sentença e coisa julgada. O que se pretende buscar é a sua desconstituição por meio de uma solução racional.

O que não pode é estabelecer *prima facie* uma solução prévia e absoluta para relativizar a coisa julgada quando incompatível com o texto constitucional. Por isso, mostra-se pertinente a ênfase dada pelo autor nesse aspecto, constituindo grande contribuição para o estudo do caso julgada inconstitucional.

Acontece que pouco se desenvolve a questão da ponderação quando esta é apontada como mecanismo hábil à desconstituição do caso julgado, pois esse critério, ainda que diante da melhor das intenções, pende de questionamento por conter uma carga extrema de subjetivismo, a partir de seus desdobramentos.

A primeira questão a ser suscitada é saber se realmente há princípios em conflito, no caso da coisa julgada inconstitucional. Isto porque, a utilização da técnica da ponderação pressupõe a existência de princípios, bens ou valores potencialmente conflitantes. Não quer isso dizer, que seja a nossa posição admitir a coisa julgada como um princípio²³⁴ tão relevante quanto a supremacia constitucional. Independentemente disso, parte-se de uma suposta existência de princípios constitucionais, como admite Cândido Dinamarco. Ou, se assim não for, admitir-se-á pelo menos conflito entre dois institutos – se é que assim podemos chamar -, que protegem como objeto mediato o mesmo bem jurídico, considerado

234 Para melhor esclarecimento, comporta colacionar a contribuição de Robert Alexy sobre os princípios. O autor alemão indica como ponto de partida para a distinção entre regras e princípios o fato de os princípios serem normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Se os princípios devem ser realizados na maior medida possível, são eles considerados mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus. Daí o caráter mutante e elástico no trato dos princípios. Já as regras, enquadram-se como normas que só podem ser cumpridas ou não, não permitindo um cumprimento em diferentes graus. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos e constitucionais, 2002, p. 89.

de alto relevo para a ordem jurídica: a segurança jurídica, conforme o sentido ambivalente adotado no primeiro capítulo desta dissertação.

5.2.3.1 *Uma justificativa para o uso da ponderação e sua análise objetiva*

Na linha de pensamento de Humberto Ávila²³⁵, é extremamente relevante pontuar que a técnica da ponderação precisa ser utilizada mediante uma estruturação própria e a partir de critérios materiais, sem os quais a técnica será pouco útil na aplicação do Direito. Por esta razão, torna-se necessário neste momento, estruturar a ponderação com a inserção de critérios, para que não haja, por exemplo, confusão entre a técnica, a ponderação, com os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade²³⁶.

No universo do Direito há várias técnicas e métodos interpretativos que podem ser utilizados nos processos decisórios. Durante muito tempo, o processo decisório se fez mediante apenas pela técnica da subsunção, única fórmula para compreender a aplicação do Direito. A subsunção²³⁷ consiste no estabelecimento de uma premissa maior (a lei ou norma) incidindo sobre premissa menor (no caso os fatos), gerando uma consequência: uma conclusão capaz de aplicar o conteúdo da lei ou norma ao caso concreto.

Essa técnica trabalha sobre uma lógica dedutível e óbvia, partindo sempre do mesmo processo silogístico. Aplica-se a lei ao caso concreto e dessa aplicação resulta uma conclusão. Acontece, porém, que esse processo encontra limite quando se estiver diante de princípios e valores considerados mutáveis, que se amoldam constantemente à mudança da realidade social.

235 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 130/131.

236 Humberto Ávila distingue a ponderação, que o considera como método, com os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Acredita o autor ser este método muito mais amplo do que os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade. (*Ibidem, idem*). Em sentido diverso, Luís Roberto Barroso entende consistir a ponderação numa técnica de decisão judicial aplicável a casos difíceis, em relação a qual a técnica da subsunção se mostrou insuficiente. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. *Op. cit.*, p. 358.

237 Importante registrar a argumentação de Luís Roberto Barroso utilizada para justificar a utilização da técnica da ponderação de interesse. *Ibidem*, p. 356.

Diante da contingência da expansão dos princípios, a ponderação parece ser uma técnica mais aceitável para lidar com conflitos entre princípios, interesses e valores extremamente relevantes da ordem jurídica. O que não pode haver, entre um caso julgado considerado inconstitucional e a supremacia constitucional, é o afastamento por completo de um bem jurídico em detrimento de outro. Portanto, o trato dessa questão merece atenção especial, devendo ser solucionada de forma distinta.

Valemo-nos, para melhor compreensão do processo de análise de caso quanto à categoria aqui trabalhada, da contribuição teórica de Robert Alexy²³⁸. Considera o autor a possibilidade de afastamento de um princípio em detrimento de outro, não significando a invalidação do princípio preterido, nos casos de colisão²³⁹. Ora, se os princípios são mandados de otimização, devendo ser realizados de maneira mais eficiente possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, somente o caso concreto irá informar e permitir ao aplicador do direito saber qual o princípio deva ser preterido, não sendo possível estabelecer a prevalência de um ou de outro *a priori*, pois sob certas circunstâncias um pode prevalecer e sob outras a questão da prevalência pode ser de maneira inversa, permitindo-se atribuir diferentes pesos. Ao contrário, não se pode admitir esse tipo de técnica quando estivermos diante de regras antagônicas, porquanto os conflitos entre elas dimensionam-se no campo da validade.

Em importante contribuição sobre a ponderação, Ana Paula de Barcellos²⁴⁰ traz uma proposta de modelo pelo qual será possível o intérprete identificar com a máxima clareza as etapas que deve percorrer ao empregar a ponderação no processo decisório. O processo compõe-se de três básicas etapas sucessivas e que se completam²⁴¹.

238 ALEXY, Robert. *Op. cit.*

239 *Ibidem*, p. 89.

240 BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 91.

241 Adotando uma estruturação semelhante, Humberto Ávila categoriza as três etapas com simbologias distintas das apresentadas por Ana Paula de Barcellos, embora se assemelhem. O referido autor diz que a primeira etapa afigura-se pela **preparação da ponderação**; a segunda consiste na **realização da ponderação**; e, na terceira, chama-a de **reconstrução da ponderação**. (ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 132)

Na primeira delas, o intérprete deverá identificar as normas em aparente conflito ou tensão, agrupando-as em função da solução normativa que sugerem para o caso concreto. A segunda etapa demanda do intérprete uma apuração sobre os aspectos de fato relevantes, bem como sua repercussão sobre as diversas soluções indicadas pelos grupos formados na primeira etapa. Já na terceira, em que reside propriamente a ponderação, o intérprete deverá concluir o processo decisório, escolhendo qual das opções deverá prevalecer e demonstrando as razões pelas quais deverá optar pela solução escolhida²⁴².

Assim, é de todo útil informar que esse processo decisório seja consignado como técnica ou como método, com estruturação própria e distinta entre as suas etapas; deve ter como fio condutor os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, sem embargos de divergência quanto à confusão terminológica entre esses princípios constitucionais.

5.3 A doutrina contrária à relativização

5.3.1 A coisa julgada como princípio constitucional e a garantia da jurisdição

Situando-se em posição diversa dos autores trabalhados acima, e totalmente contrária à relativização da coisa julgada material, abalizada doutrina²⁴³ tem recusado a possibilidade de desfazimento da coisa julgada, quando incompatível com a Constituição.

242 Idêntica posição adota Luís Roberto Barroso ao anunciar as três etapas da ponderação. Porém, o autor ressalta o critério eminentemente subjetivo que envolve a avaliação do intérprete, podendo variar em razão de suas circunstâncias pessoais. Traz, conseqüentemente, observações no sentido de que a ponderação não é imune a críticas, pois, admite o autor, a má utilização, não se figurando como remédio para todos os casos. Neste sentido, *cf.* BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 361.

243 Encabeçando esta corrente encontram-se Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*), José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*), Nelson Nery Jr. (JÚNIOR, Nelson Nery. *Código de Processo Civil comentado*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 828, art. 485, V, itens 16 e 17). Na linha crítica à tese da relativização da coisa julgada, Leonardo Greco defende que o tema deve ser analisado a partir de certas premissas indispensáveis e sem as quais o jurista seria conduzido a enfrentar o problema motivado, emocionalmente, por sentimentos nobres pela busca da justiça. Estará o jurista, sem essas premissas, influenciado por uma prévia e subjetiva valoração do justo e injusto para fundamentar sua conclusão já estabelecida previamente. (GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p.1).

Entre os autores desta corrente, existe um discurso unificado no sentido de enfatizar o valor constitucional da garantia da coisa julgada, ressaltando que o instituto ganhou expressa e direta tutela da Constituição Federal de 1988. Deste modo, não admitem o tratamento dispensado pela corrente contrária no sentido de ser simples mecanismo processual infraconstitucional. Inadmitem, portanto, a interpretação do art. 5º, XXXVI como simples regra que estabelece limites à retroatividade da lei, isto é, uma questão de direito intertemporal.

Parecem compartilhar, também, a idéia segundo a qual inexistem condições de se disciplinar um processo que sempre conduza a um resultado justo²⁴⁴, bem como, em virtude de uma coexistência de valores informadores da ordem constitucional, certas vezes conflitantes, admitem o balanceamento desses valores, porém, esse sopesamento deverá ser feito pelo próprio legislador, estritamente nos casos excepcionais que a lei prevê. Em outras palavras, apenas à lei é dada a possibilidade de se relativizar o instituto da coisa julgada, como tem feito ao instituir a ação rescisória. Por conta disso, tem-se rejeitado qualquer proposta tendente ao desfazimento, de modo a desconsiderar o relevo da coisa julgada por processos atípicos.

No campo da proporcionalidade, o legislador ordinário já teria concebido a ponderação via ação rescisória, nos estritos termos do artigo 485, do CPC, assim como outros meios, aliás, raríssimas hipóteses em que o próprio ordenamento prevê instrumento para impugnar as decisões judiciais inquinadas de inconstitucionalidade.

A coisa julgada protege não apenas a segurança jurídica, como objeto mediato, mas também, afirma Luiz Guilherme Marinoni²⁴⁵, ser consectário do direito ao acesso à justiça. Conseqüentemente, “de nada adiantaria falar em direito ao acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente”²⁴⁶. É nesse sentido, porém com um enfoque diferente, que Leonardo Greco defende a coisa julgada como condição de efetivação da jurisdição, consoante dispõe:

244 MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 2.

245 *Ibidem*, p. 4.

246 *Ibidem*, *idem*.

Em recente estudo sobre as garantias fundamentais do processo, recordei que na jurisdição de conhecimento, a coisa julgada é garantia da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva. Àquele a quem a Justiça reconheceu a existência de um direito, por decisão não mais sujeita a qualquer recurso no processo em que foi proferida, o Estado deve assegurar a sua plena e definitiva fruição, sem mais poder ser molestado pelo adversário. Se o Estado não oferecer essa garantia, a jurisdição nunca assegurará em definitivo a eficácia concreta dos direitos dos cidadãos...²⁴⁷

5.3.2 A excepcional hipótese de relativização da coisa julgada: o cabimento da ação rescisória

Em longo discurso pela defesa da coisa julgada material, Luiz Guilherme Marinoni refuta com veemência a tese de que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferida pelo STF ação em direta, tem o condão de desconstituir o caso julgado automaticamente. Para isso, sustenta a tendência do Direito Constitucional Comparado, especialmente a partir de precedentes judiciais da Suprema Corte norte-americana, país no qual de longa data se utiliza a regra dos efeitos *ex tunc* na declaração de inconstitucionalidade da norma. Trata-se da adoção da teoria da nulidade da norma inconstitucional.

Fortalecendo seus argumentos, alude à introdução do artigo 27 da Lei 9.868/99 para justificar que os imperativos da segurança jurídica e interesse social relevante possibilitam ao STF modular os efeitos de sua decisão, resguardando, assim, a boa-fé, a coisa julgada etc. Aliás, já demonstra essa tendência em precedentes da Corte brasileira mesmo antes do advento da referida lei. Nesta linha, afirma o autor:

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. Clèmerson Merlin Clève, em livro publicado em 1995, já dizia que ‘a coisa julgada consiste num importante limite à eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade’, enquanto que o próprio Gilmar Mendes, muito antes de 1999, frisou que o sistema de controle da constitucionalidade brasileiro contempla ‘uma ressalva expressa a essa doutrina da retroatividade: a coisa julgada.

247 GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 5/6.

Embora a doutrina não se refira a essa peculiaridade, tem-se por certo que a pronúncia de inconstitucionalidade não faz tabula rasa da coisa julgada erigida pelo constituinte em garantia constitucional (CF, art. 153, §3º). Ainda que não se possa cogitar de direito adquirido ou de ato jurídico perfeito, fundado em lei inconstitucional, afigura-se evidente que a nulidade *ex tunc* não afeta a norma concreta contida na sentença ou acórdão²⁴⁸.

O autor paranaense nega inclusive a possibilidade de a decisão declaratória de inconstitucionalidade ser omissa quanto à ressalva expressa na parte dispositiva para resguardar coisa julgada e com isso implicar o desfazimento automático das decisões judiciais transitadas em julgado. Ora, em virtude do advento da Lei 9.868/99, já se assentou que o seu 27 possibilita ao STF uma ação discricionária, sempre por maioria qualificada de 2/3 de seus membros, modular os efeitos de sua decisão com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, com o intuito de ponderar os princípios da supremacia constitucional e a segurança jurídica, especialmente nos casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.

Dessa interpretação, Luiz Guilherme Marinoni deduz que o objeto atingido pelo efeito retroativo da decisão de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada não seria o próprio texto legal, mas a própria decisão judicial ou a norma do caso concreto, inadmitindo a possibilidade de ser negado efeito à decisão por ser nula, a exemplo do que ocorre com a simples lei que, por outro lado, poderá ser negado efeito. E conclui:

Na verdade, a tese da retroatividade em relação à coisa julgada esquece que a decisão judicial transitada em julgado não é uma simples lei – que pode ser negada por ser nula –, mas sim o resultado da interpretação judicial que se fez autônoma ao se desprender do texto legal dando origem à norma jurídica do caso concreto²⁴⁹.

Nesse raciocínio, evidencia que a admissão da ação rescisória sem uma adequada compreensão da importância da coisa julgada material implica, também, e com igual razão, na admissão de que a declaração de inconstitucionalidade a

248 MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p.7.

249 *Ibidem*, p. 10.

destrói. Por isto, não se pode interpretar que no caso de declaração de inconstitucionalidade, a desconstituição da coisa julgada não está sujeita apenas à mera propositura da ação rescisória, pois, se assim for, admite-se que a declaração de inconstitucionalidade retroage para apanhar a coisa julgada.

Mesmo com interpretação pelo STF aplicada ao disposto no art. 485, inciso V²⁵⁰, é impossível negar a importância da coisa julgada. Aliás, trata-se de uma tese pela qual o autor procura refutar, conforme se confirma nos seus argumentos: *“se não se quer negar a importância da coisa julgada, não é possível aceitar como racional a tese de que a ação rescisória pode ser utilizada como um mecanismo de uniformização da interpretação voltado para o passado”*²⁵¹.

O fato de não prevalecer o argumento exposto na súmula 400, do STF²⁵², pelo fato de o próprio STF exercer a função de interpretar o texto constitucional, não implica permitir que qualquer decisão do tribunal, em sede de controle de constitucionalidade, deve se voltar ao passado para fazer prevalecer o seu entendimento em relação a todos aqueles que já tiveram os seus litígios solucionados pelo próprio Poder Judiciário. Ou seja, não é porque o STF é o guardião da Constituição, dando-lhe interpretação última e final, que é aceitável a retroatividade de suas decisões para desfazer a coisa julgada.

Neste ponto, Luiz Guilherme Marinoni nega peremptoriamente a possibilidade de se criar um controle de constitucionalidade das decisões transitadas em julgado, chegando a admitir um absurdo o controle de constitucionalidade possibilitar manejar a ação rescisória para uniformizar a interpretação da Constituição. Por isso, nega qualquer tentativa de interpretação extensiva dada ao artigo 485, inciso V, do CPC, para viabilizar a ação rescisória quando a decisão transitada em julgado tiver se baseado em texto constitucional de interpretação controvertida nos tribunais, só porque é ele o guardião da Constituição.

250 Já citado no item 5.4.1, no terceiro capítulo, em importante precedente no STJ no Resp. 479909, o Superior Tribunal de Justiça, bem como o STF, têm admitida ação rescisória, com base no art. 485, inciso V, quando a decisão rescindenda tiver baseado em texto constitucional de interpretação controvertida nos tribunais. Nesta hipótese, afasta-se a aplicação da súmula 343, do STF. Para maiores esclarecimentos ver BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Resp 479909 - 1ª Turma. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. DJ, 23 de agosto de 2004.

251 MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p.11.

252 A súmula 400 afirma não ser possível a interposição de recurso extraordinário para impugnar decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor.

A mudança de interpretação constitucional não tem o condão de eliminar a coisa julgada. A esse respeito também se aplica a interpretação segundo a qual o disposto no art. 741, §único, do CPC, cria uma falsa suposição de que os embargos do executado devem servir para manter a uniformização das decisões jurisdicionais, como se a coisa julgada fosse um valor menor e insignificante²⁵³.

Com base nesse entendimento, Leonardo Greco²⁵⁴ admite claramente ser inconstitucional o disposto no art. 741, §único, do CPC, sustentando a supremacia da segurança jurídica em detrimento da decisão do STF que importe em argumento para a desconstituição da coisa julgada. A única via de desfazimento da coisa julgada seria, no entendimento do autor, a ação rescisória, se ainda subsistir o prazo para a sua propositura.

253 MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p.13.

254 Diz o autor: “Tanto quanto aos efeitos pretéritos, quanto aos efeitos futuros da decisão proferida no controle concentrado, parece-me inconstitucional o disposto no referido parágrafo único do artigo 741, que encontra obstáculo na segurança jurídica e na garantia da coisa julgada, salvo quanto a relações jurídicas continuativas, pois quanto a estas, modificando-se no futuro os fatos ou o direito, e no caso de declaração erga omnes pelo STF pode ter sofrido alteração o direito reconhecido na sentença, cessará a imutabilidade dos efeitos do julgado, nos termos do art. 471 do CPC”. *Cf. GRECO, Leonardo. Op. cit.*, p. 12.

PARTE II

ESTUDO DE CASOS

CAPÍTULO V

6. RECURSO ESPECIAL N. 945.787 / RIO DE JANEIRO

6.1 Dados gerais

Processo: Recurso Especial n. 945.787

Origem: Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Relator: Ministro José Augusto Delgado

Recorrente: Victori Empreendimentos LTDA

Recorrido: Fazenda Nacional

Órgão julgador: 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao Recurso Especial, nos termos do voto do relator.

6.2 Sinopse do caso

Cuida-se de Recurso Especial interposto pela recorrente com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da CRFB/88²⁵⁵, insurgindo-se contra decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a qual rescindiu acórdão proferido pela Quarta Turma daquele tribunal, que havia dado parcial provimento à remessa necessária e à apelação da recorrida.

A decisão proferida TRF/2ª e que ensejou este especial refere-se à ação rescisória ajuizada pela ora recorrida, Fazenda Nacional, que teve por finalidade

255 Diz o art. 105, CRFB/88 - Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) **Contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;**

b) (...)

c) **Der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.**

desconstituir o acórdão da Quarta Turma proferido na apelação cível 97.02.06347-7 e a respectiva remessa necessária, segundo o qual reduziu a condenação em honorários advocatícios, de 10% sobre o valor da causa para 5% sobre o valor da condenação, e que havia mantido a sentença que reconheceu a inconstitucionalidade dos aumentos das alíquotas de FINSOCIAL estabelecidas pelas Leis 7.786/89, 7.894/89 e 8.147/90, bem como ter declarado o direito da ora recorrente, inicialmente autora na ação originária, à compensação dos créditos reconhecidos com os débitos da Confins, observadas as limitações das Leis 9.032/95 e 9.129/95.

Na ação rescisória, objeto de ataque deste especial, o TRF/2ª julgou procedente o pedido para rescindir o acórdão da Quarta Turma do tribunal e, conseqüentemente, improcedente o pedido da ação originária em desfavor da recorrente, condenando-a nas custas e honorários advocatícios, assim também reconhecendo a constitucionalidade das leis que majoraram a alíquota do FINSOCIAL relativamente às empresas exclusivamente prestadoras de serviços, com suporte no precedente decidido pelo STF no RE 187.436-8, deixando de aplicar a súmula 343²⁵⁶ do Pretório Excelso.

O fundamento do recurso especial interposto pela recorrente, Victori Empreendimentos LTDA, pautou-se pela indicação dos seguintes dispositivos ditos violados: 1) Art. 535, I e II²⁵⁷; 2) Art. 485, V²⁵⁸; e, art. 467²⁵⁹, todos do Código de Processo Civil.

Alegou, em linhas gerais, os seguintes argumentos:

a) Quanto à aplicação da Súmula 343 do STF, a decisão deveria ser anulada porque o acórdão recorrido não aplicou a orientação sumular, causa que impediria a admissão da ação rescisória. Neste aspecto, a aplicação da referida Súmula

256 Súmula 343 do STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de Lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

257 Art. 535 Cabem embargos de declaração quando: I – houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

258 Art. 485 A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) V – violar literal disposição de lei.

259 Art. 467 Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário.

deveria ser obrigatória, tendo em vista a constitucionalidade da majoração das alíquotas do FINSOCIAL para as empresas prestadoras de serviço ter sido declarada apenas em sede de controle difuso de constitucionalidade pelo STF, no precedente RE187. 436-8;

b) Quanto aos dispositivos do art. 485, inciso V e art. 462 e seguintes do CPC e do art. 5º, *caput*, da CRFB/88, o acórdão recorrido deixou de se manifestar;

c) Quanto ao art. 535, inciso I, o acórdão recorrido teria sido contraditório por ter definido erroneamente as atividades desenvolvidas pela recorrente.

A recorrida, contra-razoando o recurso especial, manifestou-se contrária à pretensão da recorrente, aduzindo: a) ausência de prequestionamento dos dispositivos supostamente violados; b) que fosse aplicada a Súmula n. 7 do STJ, na medida em que o recurso especial implicaria em reexame de matéria fática para que se constatasse a procedência do pedido formulado; c) e, por fim, pugnou pela manutenção do acórdão recorrido.

6.3 Ementa do acórdão

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTAS. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS. CONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA 343/STF. INAPLICABILIDADE. OFENSA AO ART. 535, I E II, DO CPC NÃO-CONSTATADA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 467 E 485, V, DO CPC.

1. Trata-se de recurso especial interposto por Victori Empreendimentos Ltda. contra acórdão do TRF/2ª Região que, julgando procedente ação rescisória ajuizada pela União, reconheceu a constitucionalidade das leis que majoraram a alíquota do FINSOCIAL relativamente às empresas exclusivamente prestadoras de serviços, nos moldes do entendimento exarado pelo STF no RE 187.436-8, bem como ser inaplicável a Súmula 343 daquela Suprema Corte. Alega-se, além de divergência jurisprudencial com precedentes deste STJ, violação dos arts. 535,

I e II, 467 e 485, V, do CPC. Houve interposição de recurso extraordinário, que não foi admitido, tendo sido apresentado agravo de instrumento para o STF.

2. Inexistência de omissões e contradição no aresto de segundo grau, o qual abordou todos os pontos necessários à composição da lide, oferecendo conclusão conforme a prestação jurisdicional solicitada. Ofensa ao art. 535, I e II, do CPC não-constatada.

3. Este Tribunal Superior já se manifestou em inúmeras oportunidades no sentido de ser possível a rescindibilidade do acórdão que entendeu por inconstitucional a majoração das alíquotas do FINSOCIAL para as empresas prestadoras de serviços, inclusive se proferido em data anterior à declaração de constitucionalidade da referida exação pelo Plenário do STF (RE 187.436/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 31/10/1997), sendo inaplicável o óbice da Súmula 343 da Suprema Corte.

4. Cabe ação rescisória para desconstituir a coisa julgada que se operou em ação onde se deixou de aplicar determinado texto legal por considerá-lo inconstitucional. Tem-se, nesse caso, verdadeira negativa de vigência à lei federal. Não aplicar a lei é, na realidade, a forma mais grave de violá-la. Ofensa aos arts. 485, V e 467 do CPC repelida.

5. Recurso especial não-provido.

6.4 Posicionamento dos Ministros

6.4.1 *Ministro relator*

O Ministro José Augusto Delgado negou provimento ao recurso especial interposto, afastando minuciosamente todos os argumentos deduzidos pela recorrente.

Em síntese, o Min. Relator afastou as possíveis omissões alegadas (art. 535, I e II, art. 485, inciso V e art. 5º, *caput*, CRFB/88), bem como a suposta ausência de

manifestação sobre a aplicação da Súmula 343, do STF, apoiando-se em recortes colacionados da decisão recorrida para demonstrar que efetivamente o tribunal *a quo* as enfrentou. Para isso, assinalou as fls. 213/214, fl. 175, fl. 215/216.

No mérito, apontou a orientação do STJ, já manifestada em inúmeras oportunidades, (Resp. 524.335/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, AgRgResp 670.929/RJ, Rel. Min. Denise Arruda) sobre a possibilidade de rescindibilidade do acórdão que entendeu por inconstitucional a majoração das alíquotas do FINSOCIAL para as empresas prestadoras de serviços, inclusive nos casos de acórdãos decididos em data anterior à declaração de constitucionalidade da referida exação pelo STF. Portanto, entendeu inaplicável o óbice da Súmula 343 à possibilidade de ajuizamento de ação rescisória com base no inciso V, do art. 485, do CPC.

A essência de seu voto residiu na argumentação da possibilidade de desconstituição da coisa julgada que se operou em ação onde se deixou de aplicar determinado texto legal por considerá-lo inconstitucional, ainda que o STF declarasse a constitucionalidade da norma em data posterior e em controle difuso. Destarte, sustentou que não aplicar a lei seria, na realidade, a forma mais grave de violá-la.

6.5 Fontes utilizadas

6.5.1 *Fontes doutrinárias:*

Não houve referências a fontes doutrinárias.

6.5.2 *Fontes legislativas:*

- Lei 7.787/89;
- Lei 7.894/89;
- Lei 8.147/90.

6.5.3 Fontes jurisprudenciais:

- Súmula 343 do STF;
- RE n. 187.436/RS (Rel. Marco Aurélio)

6.6 Dispositivos citados

- CPC, arts. 467;
- CPC, 485, inciso V;
- CPC, 535, incisos I e II;
- CRFB/88, art. 5º, *caput*;

6.7 Objeto do recurso

A anulação do acórdão proferido pelo TRF/2 que deu provimento a ação rescisória por deixar de aplicar a Súmula 343 do STF, tendo por base a violação de lei federal e divergência jurisprudencial.

6.8 Análise do caso com base no recorte teórico da coisa julgada inconstitucional

Trata-se de caso típico de desconstituição de decisão judicial amparada pela *res iudicata*, em que o próprio legislador ordinário já fez o balanceamento dos valores fundamentais para a sua relativização, nos moldes do art. 485, inciso V, do CPC. Acontece, porém, que o referido dispositivo aponta como condição para a relativização da coisa julgada a violação de disposição de lei, não fazendo referência expressa à violação da Constituição Federal. Nestes termos, o

balanceamento feito pelo legislador não contemplou as hipóteses de desconstituição da coisa julgada quando a decisão violar a CRFB/88.

Como forma de proteção ao instituto da coisa julgada, o STF produziu a Súmula 343, impondo ainda mais óbices à desconstituição da decisão passada em julgado, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto de lei com interpretação controvertida nos tribunais. Entretanto, a Constituição é uma lei, só que diferenciada por ser superior às demais e conter nela o fundamento de validade de todas as leis do ordenamento jurídico. Deste modo, o que ocorreria quando a decisão passada em julgado contrariasse a Constituição Federal? Pela exegese do inciso V, art. 485 não seria possível o ajuizamento da ação rescisória nesse caso, a não ser que se faça uma interpretação extensiva do dispositivo para abarcar, além das leis infraconstitucionais, a hipótese de desconstituição quando a decisão violasse a própria Constituição.

E foi nesse sentido que a jurisprudência caminhou, a fim de dar conta dessa tendência à desconstituição da coisa julgada quando a decisão rescindenda violasse a Constituição Federal. Portanto, a própria orientação do STF, já demonstrada no capítulo III, item 4.4.1, vem admitindo que a lei constitucional não é uma lei qualquer, mas a lei fundamental do sistema, na qual todas as demais assentam suas bases de validade e de legitimidade, e cuja guarda é a missão primeira do órgão máximo do Poder Judiciário. Por esta razão é que a jurisprudência do STF tem empregado tratamento diferenciado à violação da lei comum em relação à da norma constitucional, deixando de aplicar, relativamente a esta, o enunciado de sua súmula 343, visto que em matéria constitucional não há que se cogitar, por exemplo, interpretação apenas razoável, mas sim de interpretação jurídica correta, a fim de se afastar incertezas jurídicas a despeito da lei mais importante do país: a Constituição.

Assim, passou-se a admitir, exigindo-se o cumprimento das mesmas condições impostas aos demais casos de rescindibilidade da sentença nas hipóteses do art. 485, a relativização da coisa julgada quando a decisão rescindenda se tiver baseado em interpretação controvertida sobre a Constituição

Federal, observado o prazo decadencial de dois anos após o trânsito em julgado da decisão. Houve no caso, um balanceamento de valores realizado pelo órgão jurisdicional, além da própria ponderação feita pelo legislador, para viabilizar a rescindibilidade da coisa julgada, como neste caso, por meio da ação rescisória, afastando a possibilidade de relativização pelas vias ordinárias, o que tem sido repudiado pelos doutrinadores contrários à relativização.

O que chama a atenção no presente caso é o fato de o relator – José Augusto Delgado-, notável defensor da relativização da coisa julgada, ter se comportado no sentido de resguardar a coisa julgada, ao contrário do que se poderia imaginar, por ser ele defensor da quebra da coisa julgada em qualquer hipótese de conflito entre a coisa julgada e a supremacia constitucional, seja pelas vias ordinárias comuns²⁶⁰ ou mesmo pelas hipóteses já contempladas pelo ordenamento jurídico²⁶¹.

Prevaleceu, portanto, a excepcional hipótese de relativização da coisa julgada, isto é, a via da ação rescisória como única capaz de desconstituir a decisão inquinada de inconstitucionalidade, nos termos do art. 485, inciso V, do CPC. Talvez, poder-se-ia cogitar não ser possível outra hipótese de resposta dada pelo Min. Relator, pelas circunstâncias apresentadas no caso e pela própria limitação do objeto do recurso, por isso compatibilizou-se com o entendimento da doutrina contrária à relativização da coisa julgada.

Contudo, ao contrário dessa suposição, o Min. Relator mostrou-se favorável à supremacia constitucional, admitindo, inclusive, a relativização, ou melhor, o desfazimento da decisão contrária ao entendimento do STF ainda que em data posterior à prolação da decisão rescindenda, portanto, inconstitucional. Aproximou-se da tese defendida pelos doutrinadores contrários à relativização por ter sido apresentada aquela hipótese e com ela ter trabalhado. Não quer dizer com isso, que o Min. José Augusto Delgado tenha se aproximado do entendimento

260 Por via ordinária comum entenda-se o manejo da ação declaratória, mandado de segurança e a querela nulitatis.

261 Atente-se para as hipóteses do art. 741, parágrafo único, do CPC, o art. 485, inciso V, do CPC e nas impugnações às sentenças executivas *lato sensu*.

defendido por Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, ao ser cético quanto à relativização da coisa julgada. Ao contrário, negou provimento ao recurso especial interposto por Victori Empreendimentos LTDA, para dar razão à decisão recorrida que havia desconstituído a decisão da Quarta Turma do TRF/2 e que se coadunou com o entendimento esposado, posteriormente, pelo STF no precedente amplamente apontado (RE n. 187.436/RS), ainda que pela via difusa.

6.9 Excertos da decisão

RECURSO ESPECIAL Nº 945.787 - RJ (2007/0092358-3)

RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO

RECORRENTE: VICTORI EMPREENDIMENTOS LTDA

ADVOGADO: IVO TEIXEIRA GICO JUNIOR E OUTRO(S)

RECORRIDO: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: JOSÉ RICARDO DE LUCA RAYMUNDO E OUTRO(S)

(...)

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): Conheço do apelo pelas alíneas indicadas.

Em primeiro plano, quanto à alegada infringência do art. 535, I e II, do CPC, o pleito não merece êxito.

A primeira omissão alegada diz respeito à ausência de manifestação sobre a aplicação da Súmula 343/STF em razão da constitucionalidade da majoração das alíquotas do FINSOCIAL para as empresas prestadoras de serviço ter sido declarada apenas em sede de controle difuso de constitucionalidade.

O aresto que julgou os embargos de declaração foi absolutamente expreso nesse sentido. Observe-se o exposto no voto condutor do julgamento (fls. 213/214):

[...] ainda que a constitucionalidade dos dispositivos legais tenha sido declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso (RE

187.436-8), nada impede que o pedido formulado na ação rescisória, proposta com fundamento no art. 485, V, do CPC, seja julgado procedente, uma vez que se encontram presentes os requisitos de admissibilidade da ação, bem como configurada a violação a literal disposição de lei.

É certo que a referida decisão não contém efeito erga *omnes*, porém, a própria sistemática de julgamento do Supremo Tribunal Federal veda que aquela Corte Constitucional profira julgamentos divergentes do precedente firmado pelo Plenário, o que se infere do disposto no art. 101 do Regimento Interno:

“A declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário, salvo o disposto no art. 103.”

A segunda questão apontada como omissa diz respeito à violação dos arts. 485, V, 462 e seguintes do CPC e do art. 5º, *caput*, da CF/88 (princípio da segurança jurídica).

Quanto ao art. 485, V, do CPC, há referências explícitas ao seu teor no voto que conduziu o julgamento da ação rescisória. Confirmam-se:

- à fl. 175:

A ré sustenta a aplicabilidade da Súmula 343 do STF ao presente caso. Porém, tal argumento não prospera.

É sabido que a coisa julgada visa garantir a estabilidade das relações jurídicas, sendo cabível a ação rescisória somente em casos excepcionais, previstos no art. 485 do CPC, quando, no dizer de Humberto Theodoro Júnior, o grau de imperfeição da sentença é de tal grandeza que supere a necessidade de segurança tutelada pela *res iudicata*.

Assentou o Supremo Tribunal Federal não ser cabível ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais (Súmula 343 do STF).

No entanto, nos casos em que o Pretório Excelso tenha decidido pela inconstitucionalidade da lei aplicada, ou pela constitucionalidade de lei que o órgão a quo tenha negado aplicação, o enunciado da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal não se faz incidir, como reiteradamente vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, de que são exemplos os seguintes julgados:

- à fl. 178:

No presente caso, a autora alegou violação a literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC). É o que passo a analisar, uma vez que se encontram presentes os requisitos de admissibilidade da ação.

Alega a autora que o julgado afronta o art. 195, I, da Constituição Federal, bem como o entendimento do STF no tocante à declaração de constitucionalidade das majorações do FINSOCIAL, estipuladas pelo art. 9º da Lei 7.689/88, art. 7º da Lei 7.787/89, art. 1º da Lei 7.894/89 e art. 1º da Lei 8.147/90, em relação às empresas exclusivamente prestadoras de serviços.

A ré sustenta ser empresa mista.

A natureza da empresa-ré pode ser aferida pelo objeto social constante no contrato social de fls. 30/39. A cláusula terceira do referido contrato dispõe:

“A Sociedade tem por objeto social a representação de Companhia Aérea Estrangeira, na qualidade de Agente Geral de Cargas e Passagem, inclusive manipulação de cargas confiada a companhia aérea e os serviços de assistência aos passageiros transportados, a prestação de serviços de consultoria na área contábil, administrativa, financeira e de outros serviços da especialidade de seus cotistas, representação em geral de empresas nacionais ou estrangeiras, podendo ainda participar como sócia, acionista ou cotista em outras empresas.”

Desse modo, infere-se que a empresa é exclusivamente prestadora de serviços. Não demonstrou a ré o exercício de atividades comerciais, como alegou.

O art. 462 do CPC (*Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença*) realmente não foi objeto de debate nem de deliberação na Corte *a quo*. Observa-se que a recorrente teve oportunidade de suscitar a sua infringência nos embargos de declaração, mas não o fez, inovando nesta oportunidade, o que é inviável. Sem prequestionamento esse preceito legal, que não foi objeto de oportuna manifestação na via aclaratória, impossível se torna a anulação do julgado de segundo grau sob tal aspecto.

Com referência ao art. 5º, *caput*, da CF/88, a recorrente, nos seus embargos de declaração, não solicitou pronunciamento a seu respeito, cingindo-se a requerer que fosse suprida a omissão relativa à aplicabilidade da Súmula 343/STF, sob pena de violação, dentre outros, ao princípio constitucional da segurança jurídica. Em todas as suas razões, não há pedido quanto à existência de omissão em relação a esse dispositivo constitucional.

O último quesito prende-se ao apontamento de uma contradição em relação à definição da natureza das atividades desenvolvidas pela recorrente. O acórdão apreciou exaustivamente a questão (fls. 215/216):

Quanto à atividade desenvolvida pela empresa, verifica-se, pelo contrato social, que o seu objeto refere-se exclusivamente à prestação de serviços, conforme se pode conferir:

“A Sociedade tem por objeto social a representação de Companhia Aérea Estrangeira, na qualidade de Agente Geral de Cargas e Passagem, inclusive manipulação de cargas confiada a companhia aérea e os serviços de assistência aos passageiros transportados, a prestação de serviços de consultoria na área contábil, administrativa, financeira e de outros serviços da especialidade de seus cotistas, representação em geral

de empresas nacionais ou estrangeiras, podendo ainda participar como sócia, acionista ou cotista em outras empresas.” (grifou-se)

Ademais, de acordo com o Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral atinente ao Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, obtido no *site* da Receita Federal (www.receita.fazenda.gov.br), no dia 10.07.2006 às 16:42:13, em consonância com a Instrução Normativa RFB nº 568, de 8 de setembro de 2005, verifica-se que a descrição da atividade econômica principal da empresa refere-se a “outros serviços prestados principalmente às empresas” e, no campo reservado para as atividades secundárias, consta: “não informada”.

Desse modo, conclui-se que a empresa não desempenha atividade mercantil.

Não se revela contraditório o aresto, que foi absolutamente claro em sua exposição e conclusão a respeito da questão argüida.

Assim definido, não merece provimento o apelo pela vulneração do teor do art. 535, I e II, do CPC.

Com relação ao mérito propriamente dito, o pleito não merece prosperar.

(...)

Portanto, cabe ação rescisória para desconstituir a coisa julgada que se operou em ação onde se deixou de aplicar determinado texto legal por considerá-lo inconstitucional. Tem-se, nesse caso, verdadeira negativa de vigência à lei federal. Não aplicar a lei é, na realidade, a forma mais grave de violá-la. Ofensa aos arts. 485, V e 467 do CPC repelida.

NEGO PROVIMENTO ao recurso especial.

É como voto.

CAPÍTULO VI

7. RECURSO ESPECIAL N. 671.182 / RIO DE JANEIRO

7.1 Dados gerais

Processo: Recurso Especial n. 671.182

Origem: Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Relator: Luiz Fux

Recorrente: União (Fazenda Nacional)

Recorrido: Empreiteira Campo Claro LTDA e outros

Órgão julgador: 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça

Decisão: Por unanimidade, após o voto-vista do Ministro Teori Albino Zavascki, a Turma negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do relator.

7.2 Sinopse do caso

A Fazenda Nacional, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea “a” (quando a decisão recorrida contrariar lei federal ou negar-lhes vigência), da CRFB/88, interpôs recurso especial contra decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que deu provimento parcial à apelação da recorrida, pretendendo a reforma da decisão por ter sido violado o dispositivo do art. 535, do CPC. Aponta a recorrente que não houve, à época da decisão, esclarecimento do tribunal sobre ponto que deveria se pronunciar, incorrendo em omissão, pois quando o juiz rejeita o pedido do autor, trata-se de hipótese de improcedência do pedido, sendo o processo extinto com resolução do mérito, fato que deveria ocorrer nos termos do art. 269, inciso I, do CPC.

A recorrida impetrou mandado de segurança em 1988, objetivando impedir a cobrança do PIS nos moldes dos Decretos-Leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88, tendo o TRF/2ª Região considerado o tributo constitucional. Após a decisão ter transitado em julgado, o STF considerou inconstitucional o recolhimento do tributo com base nos Decretos-Leis.

De posse da orientação do STF sobre a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis, a recorrida ajuizou, posteriormente, ação declaratória de inexistência de relação jurídica, em face da Fazenda Nacional, defluente do acórdão resultante do julgamento da AMS 89.02.11660-3/TRF (88.0026904-4) daquele tribunal, que teve a pretensão de constituir como obrigação para a recorrida o pagamento do PIS, nos termos dos Decretos-Leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (RE 148.754/RJ – Rel. Ministro Francisco Rezek, DJ de 04.03.1994), configurando atos ilícitos que não teriam o condão de formar direito adquirido em face da coisa julgada.

A recorrida sustentou à época que não se pretendia discutir matéria de direito debatida em ação anterior, com o reexame da coisa julgada material. Todavia, pleiteava-se a declaração de inexistência de relação jurídica decorrente de acórdão transitado em julgado, uma vez que o objeto que deu causa a sua formação fora configurado como incompatível com a Constituição pelo STF. Portanto, o ato normativo que impunha o recolhimento do tributo seria ilícito por ser desconectado do mundo jurídico.

Sobrevinda a sentença de mérito, que julgou a referida ação, o pedido restou improcedente, sob o argumento de que a impugnação de decisão de mérito no direito brasileiro configurava exceção, sendo possível apenas para tal fim, a utilização da via adequada, ou seja, a ação rescisória, nos estritos termos do art. 485, do CPC. Ficou decidido e comprovado que houve renovação de pretensão anteriormente deduzida, isto é, rediscussão do mesmo objeto outrora discutido no MS em 1988, e esta nova pretensão objetivava outra prestação jurisdicional contrária à decisão já consolidada, posto que, na época própria, não se obteve a desconstituição pelo instrumento processual adequado a tal fim.

Assim, a submissão da recorrida aos efeitos da coisa julgada seria inafastável, ainda que a inconstitucionalidade em que se fundou a decisão tenha sido posteriormente declarada, tendo em vista tal fundamento, mesmo quando invocado em ação rescisória, provavelmente, não teria êxito para assegurar a procedência da ação, por não se configurar entre as hipóteses elencadas na legislação processual civil.

Insurgindo-se contra a decisão na ação declaratória, a recorrida interpôs apelação cível, sendo parcialmente provida pelo tribunal *a quo* para reformar a sentença, julgando extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso IV, do CPC.

Com base nesta decisão e contra os seus fundamentos, a recorrente, Fazenda Nacional, interpôs o presente recurso especial, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea “a”, apontando a violação dos arts. 535, do CPC e negando vigência ao disposto no art. 269, inciso I, do mesmo diploma legal.

7.3 Ementa do acórdão

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DA INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA DECORRENTE DE DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO CONTRÁRIA A POSTERIOR DECISÃO DO STF QUE CONSIDEROU INCONSTITUCIONAL A LEGISLAÇÃO QUE A EMBASAVA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ARTIGO 267, DO CPC. APLICAÇÃO.

1. Inexiste ofensa ao artigo 535, do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. As empresas recorrentes ajuizaram ação ordinária com o intuito de tornar ineficaz decisão trânsita, passível de revisão unicamente pela via da ação rescisória, cujo prazo decadencial já havia transcorrido.

3. A rediscussão reiterada de matéria decidida e declarada por sentença transitada em julgado implica a pretensão de consagração da cognominada tese da "relativização da coisa julgada", postulado que se choca com a cláusula pétrea da segurança jurídica, garantia fundamental do jurisdicionado, consagrada em todas as Constituições.

4. Afigura-se a inadequação processual como óbice ao atingimento do resultado pretendido, implicando na ausência de uma das condições da ação, qual seja, o interesse processual pela inutilidade do provimento. Sob esse ângulo, deduz-se a extinção do processo **sem** julgamento do mérito.

5. Deveras, pretendendo a Fazenda decisão de mérito e obtendo declaração apenas terminativa, subjaz o seu interesse em recorrer.

6. A declaração de decadência do prazo bienal, atinge o próprio direito à rescisão, por isso que, nessa hipótese, a decisão faz coisa julgada material (art. 269, IV, do CPC), fato que impede a repositura de outra ação rescisória.

7. No caso vertente, a matéria decidida cingiu-se ao campo formal, razão pela qual revela-se (SIC) escorreita a extinção terminativa do processo, em virtude da inadequação da ação declaratória, que pleiteava a desconstituição de decisão transitada em julgado, tendo como causa de pedir a posterior declaração de inconstitucionalidade de norma que a embasava.

8. Impõe-se, por fim, esclarecer que a propositura de outra ação com o escopo de infirmar o resultado a que se chega em processo anterior também ofende a coisa julgada, haja vista que desrespeita a eficácia preclusiva ínsita no artigo 474, do CPC, expressa na máxima *tantum iudicatum quantum disputatum vel disputari debeat* (em vernáculo: tanto foi julgado quanto foi disputado ou deveria ser disputado), máxime porque à parte é lícito argüir, como *causa petendi*, a inconstitucionalidade das leis, as quais não gozam de presunção absoluta de constitucionalidade.

9. Deveras, num sistema como o brasileiro, em que se admite o controle difuso, inúmeras são as ações em que os contribuintes pleiteiam a repetição sob a invocação *incidenter tantum* da inconstitucionalidade.

10. Em sendo possível discutir no controle difuso a legalidade do tributo, a declaração de inconstitucionalidade posterior e em controle concentrado não tem o condão de reabrir prazos superados. A seguir esse raciocínio, vinte anos depois de incorporado o tributo ao erário, e satisfeitas necessidades coletivas com esses fundos, o Estado ver-se-ia instado a devolver as quantias sem que a contraprestação também ocorresse, gerando situação de enriquecimento por parte do cidadão em detrimento do Estado. Ademais, vale lembrar que a segurança jurídica opera-se *pro et* contra o cidadão e a Administração Pública.

11. Recurso especial a que se nega provimento.

7.4 Posicionamento dos Ministros

7.4.1 *Ministro relator*

O Ministro Luiz Fux conheceu do recurso especial, porém lhe negou provimento, entendendo ser impossível a desconstituição de decisão transitada em julgado por via de ação declaratória. Entendeu que a recorrente utilizou-se da via inadequada para tal fim, admitindo-se apenas a ação rescisória como única via capaz de desfazer os efeitos da decisão sob o manto da coisa julgada. Para isso, deduziu vários argumentos refutando as teses sustentadas pela recorrente.

Afastou inicialmente a suposta violação do art. 535, do CPC, por entender que o tribunal de origem não estaria obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos que embasaram a decisão recorrida tenham sido suficientes. Basta, portanto, o tribunal *a quo* se pronunciar de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ratificando seus argumentos, colacionou diversos precedentes da Corte (Resp. 396.699-RS, Rel.

Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 15/04/2002, AGA 420.383, Rel. Ministro José Augusto Delgado e Resp. nº 385.173, Rel. Ministro Felix Fischer, DJ 29/04/2002)

Enfrentando o mérito da questão, o Min. Relator reconheceu que a situação se enquadrava na cognominada tese da 'relativização da coisa julgada' (a utilização de ação declaratória para desfazer o caso julgado), inadmitindo tal fato por considerar em conflito com a cláusula pétrea da segurança jurídica, garantia fundamental do jurisdicionado e consagrado em todas as Constituições. Nessa linha, reconheceu que o sistema constitucional brasileiro desautoriza a relativização do caso julgado, pela ciência do compromisso com a estabilidade e a segurança jurídica da sociedade, razão pela qual a *res iudicata* vem sendo inculpada nas garantias fundamentais, sendo desafiada apenas pelo sistema recursal, antes de solidificar-se, e após sua solidificação, impugnável apenas pela ação rescisória.

Reconheceu, no caso, a existência da coisa soberanamente julgada, em virtude da impossibilidade de rejuízo da lide, máxime se superado o prazo de ajuízo de ação rescisória. E foi justamente tal situação que se operou no recurso especial em exame.

Quanto à ação declaratória, originariamente ajuizada pela recorrida, admitiu claramente que esta tinha o intuito de tornar ineficaz decisão transitada em julgado (a decisão no mandado de segurança impetrado em 1988), afigurando-se a inadequação da via eleita como óbice ao atingimento do resultado pretendido. Por isso, reconheceu a ausência de uma das condições da ação, isto é, o interesse processual pela inutilidade do provimento jurisdicional, destacando o acerto da decisão recorrida por julgar extinto o processo sem resolução do mérito.

No fim, ainda deduziu a hipótese de ofensa à coisa julgada, quando do ajuízo da ação declaratória de inexistência de relação jurídica. Isto porque, o fato de a recorrida ter proposta outra ação com o objetivo de afastar o resultado a

que se chegou em processo anterior também ofenderia a coisa julgada, haja vista que desrespeitada a eficácia preclusiva ínsita no art. 474, do CPC²⁶²

Quanto ao efeito preclusivo, expresso na máxima *tantum iudicatum quantum disputatum vel disputari debeat* (tanto foi julgado quanto foi disputado ou deveria ser disputado), alegou o Ministro relator que à parte é lícito argüir, como fundamento da pretensão, a inconstitucionalidade das leis, por estas não gozarem da presunção absoluta de constitucionalidade. Como no sistema brasileiro de constitucionalidade é possível o controle difuso, há exemplos de inúmeras ações em que os contribuintes pleiteiam a repetição do valor pago a título de tributo sob a invocação incidental de inconstitucional. Se foi possível discutir a constitucionalidade do tributo pela via incidental no sistema de controle difuso, mesmo como fundamento da pretensão autoral, a declaração de inconstitucionalidade superveniente e em controle concentrado não teria o poder de reabrir prazos superado, como no presente caso.

7.4.1 Ministro Teori Albino Zavascki

O Ministro Teori Zavascki pediu vista dos autos após o voto do relator e, proferindo voto à parte, seguiu a orientação do Ministro Luiz Fux quanto à parte dispositiva, porém com fundamentação diversa.

Ratificou, portanto, os fundamentos do relator no ponto em que a recorrente alegava omissão no acórdão recorrido, no sentido de que o tribunal *a quo* não estaria obrigado a se pronunciar, um a um, sobre os argumentos da parte, desde que os fundamentos utilizados para embasar a decisão sejam suficientes.

Trilhou, por outro lado, caminho diverso para negar provimento ao recurso especial, apontando a ineficácia do provimento do STF, em sede de controle difuso, para alcançar, de forma automática, os efeitos de eventuais sentenças transitadas em julgado em sentido contrário, para cuja desconstituição é

262 Art. 474, do CPC: Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

indispensável a via da ação rescisória. Sustentou a inviabilidade da ação declaratória com o fito de desconstituir os efeitos pretéritos solidificados em sentença, ainda que com base em decisão posterior do STF, em sede de controle difuso, que reconheceu a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis que embasaram a decisão.

A argumentação deduzida partiu de longo trecho doutrinário citado, de sua autoria, discorrendo sobre a natureza da resolução suspensiva do Senado Federal nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade do STF em sede de controle difuso. Nesse caso, confere-se à decisão tomada *in concreto* pela Corte efeitos *erga omnes*, de modo a universalizar o reconhecimento estatal da inconstitucionalidade do preceito normativo, e, acarretando, a partir de então, mudança no estado de direito capaz de sustar a eficácia vinculante da coisa julgada, submetida, nas relações jurídicas de trato sucessivo, à cláusula *rebus sic stantibus*.

O que tornaria a ação declaratória proposta pela recorrente inviável seria o fato de, com o ato normativo suspensivo do Senado Federal, com base no art. 52, X, CRFB/88, retirando a eficácia dos aludidos Decretos-Leis pela Resolução n. 49/95, operou-se, a partir daí, mudança no estado de direito capaz de sustar, automaticamente, a força vinculante do provimento jurisdicional, tanto para o efeito de impedir a recorrente (Fazenda Nacional) de realizar novos lançamentos tributários, com base naqueles diplomas legais, quanto para obstaculizar a execução das prestações pendentes, fato que, por si só, já demonstraria ser a autora, ora recorrida, carecedora de interesse no provimento jurisdicional que declare a insubsistência da sentença. Em qualquer sentido, seria incabível a ação declaratória.

7.5 Fontes utilizadas

7.5.1 Fontes doutrinárias:

- Eurico Marcos Diniz de Santi. Decadência e prescrição no Direito Tributário. São Paulo: Max Limonad, 2000;

- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 135-136.
- Norberto Bobbio (obra não citada).

7.5.2 Fontes legislativas:

- Lei 9.868/99, art. 27.

7.5.3 Fontes jurisprudenciais:

- Recurso Especial nº 396.699 – RS (Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira);
- Recurso Especial nº 385.173 (Rel. Min. Félix Fischer);
- Agravo Regimental nº 420.383 (Rel. Min. José Augusto Delgado).

7.6 Dispositivos citados

- CPC, art. 267, inciso V;
- CPC, art. 269, inciso I;
- CPC, art. 269, inciso IV;
- CPC, art. 474;
- CPC, art. 535;
- Lei 9.868, art. 27.

7.7 Objeto do recurso

A reforma do acórdão proferido pelo TRF/2 que deu parcial provimento à apelação cível interposta contra sentença que julgou improcedente a ação declaratória de inexistência de relação jurídica sem resolução do mérito, com base

no art. 267, inciso IV, para julgar improcedente a ação com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC.

7.8 Análise do caso com base no recorte teórico da coisa julgada inconstitucional

A decisão em si não traz uma carga substancial de debate sobre a relativização da coisa julgada material, porque se limitou à análise de critérios formais. A essência residia em saber se a decisão recorrida deveria ter sido julgada com ou sem resolução do mérito.

Não obstante, o que mais importa são os argumentos dos Ministros Luiz Fux e Teori Albino Zavascki quanto à possibilidade de desconstituição da coisa julgada material quando a decisão incorrer em inconstitucionalidade. E isso ficou registrado e bem demarcada a posição de cada um sobre o tema. *A priori*, as posições dos ministros parecem coincidir-se na temática da coisa julgada inconstitucional, pelo fato de haver citação expressa de ambos quanto à inadmissibilidade de desfazimento do caso julgado por meio da ação rescisória. Contudo, sob um olhar mais crítico é possível notar a medição de forças na 1ª Turma sobre o objeto da coisa julgada.

Se a questão residia em mera análise formal, limitando-se a decidir se a decisão recorrida deveria se pautar pelo art. 267, ou 269, I, do CPC, por que o Ministro Teori Albino Zavascki pediu vista e proferiu longo voto para chegar à mesma conclusão a que chegou o relator? Registre-se que a convergência dos votos se deu quanto à parte dispositiva e não quanto à fundamentação. Nessas hipóteses surge a dúvida: no caso decidido houve consenso ou dissenso? O que deveria constar no texto do acórdão, o fundamento utilizado pelo relator ou o fundamento utilizado pelo Ministro Teori Albino Zavascki?

Essa última questão é relevante porque, embora não pareça, o Ministro Teori Zavascki põe em relevo fundamentação diversa capaz de mostrar sua posição

previamente demarcada pela viabilidade da tese da cognominada coisa julgada material, o que não se pode dizer quanto à posição do Ministro Luiz Fux.

Nesse contexto, vejamos o seguinte trecho do voto de Teori Zavascki:

É o que tivemos ocasião de salientar em estudo doutrinário a respeito do tema:

“Segunda situação: rescisória de sentença contrária a precedente do STF tomado no exame do caso concreto (controle difuso). O STF é o guardião da Constituição. Ele é o órgão autorizado pela própria Constituição a dar a palavra final em temas constitucionais. A Constituição, destarte, é o que o STF diz que ela é. Eventuais controvérsias interpretativas perante outros tribunais perdem, institucionalmente, toda e qualquer relevância frente ao pronunciamento da Corte Suprema. Contrariar o precedente tem o mesmo significado, o mesmo alcance, em termos pragmáticos, que o de violar a Constituição. A existência de pronunciamento do Supremo sobre matéria constitucional acarreta, no âmbito interno dos demais tribunais, a dispensabilidade da instalação do incidente de declaração de inconstitucionalidade (CPC, art. 481, parágrafo único), de modo que os órgãos fracionários ficam, desde logo, submetidos, em suas decisões, à orientação traçada pelo STF. É nessa perspectiva, pois, que se deve aquilatar o peso dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso. Nisso reside a justificação para se deixar de aplicar, na seara constitucional, o parâmetro negativo da Súmula 343, substituindo-se pelo parâmetro positivo da autoridade do precedente...”

O Min. Teori Zavascki destaca o primado da supremacia constitucional em detrimento da intangibilidade da coisa julgada. O trecho acima é um recorte de sua obra doutrinária *“Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional”*²⁶³, citada no bojo de seu voto. Não colacionou no voto, portanto, uma parte presente na obra em que admite o fato segundo o qual rescindir a sentença, quando contrária à precedente do STF, posteriormente firmado:

“significa, ademais, dar atendimento ao princípio constitucional da igualdade perante a lei, em face do qual não pode se ter por absoluto o valor da coisa julgada. Conforme sustentou o Ministro José Delgado, em precedente em que o tema foi tratado no STJ, ‘a soberania do Poder Judiciário em construir a coisa julgada não é absoluta. Ela há de ser exercida até os limites postos pela Carta Magna...”

263 ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Ora, evidencia-se, destarte, a preferência pela tese da relativização da coisa julgada material, embora no presente caso tenha aderido à decisão do Min. relator, Luiz Fux, notável opositor a tal tese. Talvez, tenha agido assim porque as circunstâncias não permitiam outra decisão, em virtude da delimitação do objeto pelo pedido da recorrente. O que se viu foi a orientação pela não admissão do meio processual “ação declaratória” como via apta a desconstituir o caso julgado. Viu-se também, ainda que implicitamente, a impossibilidade de se desconstituir o caso julgado pela via da ação rescisória após o prazo decadencial de dois anos. Entretanto, o Min. Teori Zavascki tem destacada a possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Judiciário, ainda que após o trânsito em julgado da decisão e transcorrido o prazo decadencial de dois anos para o ajuizamento da ação rescisória, quando admite a utilização dos embargos com eficácia rescisória com base no art. 741, parágrafo único do CPC.

Esse controle, embora não necessitando haver a desconstituição do caso julgado, quando não mais possível pela via da ação rescisória, em virtude do transcurso do prazo decadencial, pode ser feito por outros meios admitidos pelo ordenamento jurídico. No caso do art. 741, parágrafo único, do CPC, não há desconstituição do caso julgado, mas sim a declaração de inexigibilidade do título judicial fundado em lei inconstitucional, em um sentido ou situações tidas por incompatíveis com a Constituição. Neste caso, se não pode desconstituir, nega-se cumprimento à decisão, independentemente de prazo decadencial.

O Min. Teori Albino Zavascki bem admitiu que a decisão do STF declarando a inconstitucionalidade da lei não tem o condão de desconstituir automaticamente as sentenças transitadas em julgado. É necessário que mesmo assim, seja ajuizada ação própria para tal fim, no caso a ação rescisória. Isso não quer dizer que se possa imaginar a manutenção, na ordem jurídica, de ato incompatível com a Constituição. Pode e deve haver meio de controlar a constitucionalidade desse ato, ainda que lhe seja retirada sua executividade e exigibilidade, nos moldes do art. 741, parágrafo único, do CPC.

Ao citar trecho de sua obra no bojo do voto, o Min. Teori Zavascki destacou o conflito entre a força vinculante da decisão transitada em julgado e a força vinculante da Resolução do Senado quando, no sistema de controle difuso, empresta eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à decisão do STF.

Quanto ao efeito temporal, reconheceu o efeito *ex tunc* da decisão do STF capaz de retroagir e alcançar fatos pretéritos, sem, contudo, desfazer automaticamente as decisões transitadas em julgado. Já o efeito vinculante emprestado pela Resolução do Senado à decisão da Corte, essa só tem prevalência a partir da data da sua vigência, não se admitindo retroatividade. Caso a decisão judicial, versando sobre relação jurídica de trato continuado, tenha se embasado em lei já declarada inconstitucional pelo STF, que a julgou inconstitucional e após a resolução suspensiva do Senado ter lhe emprestado efeito vinculante, estar-se-ia diante de um descumprimento do efeito vinculante da decisão do STF. Nessa circunstância, a decisão judicial transitada em julgado seria alcançada e perderia o seu efeito vinculante entre as partes envolvidas.

Isto porque, a sentença proferida após a Resolução do Senado violaria a eficácia inconstitucional em si e o efeito vinculante emprestado à decisão do STF, dando-se prevalência à força vinculante da Resolução do Senado em detrimento da força vinculante da sentença no caso concreto.

O fundamento trazido pelo ministro situa-se no fato de que para haver a rescisão de uma sentença, não basta ter sido fundada em norma inconstitucional. Torna-se imprescindível que a inconstitucionalidade se agregue a um comando estatal vinculante, declarando formalmente a ofensa à Constituição e decreta a rescisão da sentença. O que inviabilizou a admissão da ação declaratória, além do fato de o objeto do recurso se restringir a uma questão formal – se a decisão recorrida deveria ser julgada improcedente com ou sem resolução do mérito –, foi a ausência de comando estatal declarando a ofensa à Constituição, o que existiria apenas na ação rescisória.

Na parte dispositiva de sua decisão, o Ministro Teori Zavascki endossa o voto do Ministro Relator, Luiz Fux, negando provimento ao recurso especial e

reconhece a inviabilidade de desfazimento da coisa julgada por meio de ação declaratória. E noutro argumento, como a superveniente suspensão da eficácia dos DDLL pela Resolução 49/95 do Senado Federal operou-se, mudando o estado de direito capaz de sustar automaticamente, a partir de seu advento, a força vinculante do provimento jurisdicional, seja para o efeito de impedir a Fazenda Nacional de realizar lançamentos tributários futuros com bases naqueles diplomas legais, seja para obstaculizar a execução fiscal das prestações anteriormente pendentes, restam, às autoras (Empreiteira Campo Claro LTDA e outro), serem carecedores do interesse de obter um provimento judicial que declare a insubsistência da sentença em eventual ação declaratória. E, portanto, sob qualquer das circunstâncias é incabível a referida ação.

A essa conclusão chegou o Min. Relator, Luiz Fux, porém com fundamentação diversa. Pelo que se viu do seu voto, identificou na intenção dos recorridos a pretensão de rediscutir matéria decidida e declarada por sentença transitada em julgado e essa pretensão se enquadrava na chamada cognominada tese da relativização da coisa julgada, tese, aliás, que não endossa. Não admite o questionamento da coisa julgada material por esta tese porque põe em relevo as limitações materiais explícitas ao poder de reforma, ou seja, as cláusulas pétreas do art. 60, §4º, da CRFB/88. Afirmou o Min. relator que a pretensão de quebrar a coisa julgada quando incompatível com a Constituição se chocaria com a cláusula pétrea da segurança jurídica, sendo uma garantia fundamental do jurisdicionado inserida em todas as Constituições.

Nessa ambiência de repúdio à tese da coisa julgada material, o Min. relator afirma categoricamente a desautorização da relativização da coisa julgada pelo sistema constitucional, pois este tem a ciência do compromisso com a estabilidade e a segurança jurídica da sociedade. Por essa razão é que o instituto da coisa julgada vem sendo insculpido nas garantias fundamentais.

Além da fundamentação constitucional dada à coisa julgada, o relator reconhece que a legislação processual impede o rejuízo da lide, com mais razão ainda quando transcorrido o prazo decadencial de dois anos para o

ajuizamento da ação rescisória, quanto, então, surge a coisa soberanamente julgada. O fato de surge a coisa soberanamente julgada pressupõe, destarte, o esgotamento dos diversos recursos previsto na lei, mercê da última “válvula de escape consistente na ação rescisória”. Se decorrido o prazo decadencial para o ajuizamento desta ação e inaceitável a via eleita pela recorrente (Fazenda Nacional), restou ao Min. relator negar provimento ao recurso especial.

Vêm-se antagônicos os fundamentos dos Ministros Luiz Fux e Teori Zavascki por situarem-se em posições diversas quanto à aceitação da cognominada tese da relativização da coisa julgada. Embora, é claro, terem convergido na parte dispositiva de seus votos.

Remontando ao corte analítico, do recorte teórico ali posto e das categorias objetivamente concebidas, identifica-se a posição do Min. Luiz Fux concatenada com a concepção da coisa julgada como princípio constitucional e garantia da jurisdição. Aliás, ficou bem clara essa afirmação no seu voto quando assim disse:

Ora, a rediscussão reiterada de matéria decidida e declarada por sentença trânsita implica a pretensão de consagração da cognominada tese da ‘relativização da coisa julgada’, postulado que se choca com a cláusula pétrea da segurança jurídica, garantia fundamental do jurisdicionado, consagrada em todas as Constituições.

Nesse ponto, converge seu pensamento para o mesmo entendimento dos autores considerados contrárias à tese da relativização da coisa julgada inconstitucional, como citado nas pessoas de Luiz Guilherme Marinoni, José Carlos Barbosa Moreira e Leonardo Greco, consoante explicitação no item 6.3.1, do capítulo IV. Os discursos demonstram ser unificados e coerentes entre si em que refutam a tese segundo a qual a coisa julgada ganhou destaque na CRFB/88 unicamente no art. 5º, inciso XXXVI, por não considerarem este dispositivo como simples regra de direito intertemporal.

Dessa concepção, o Min relator, assim como os autores mencionados no corte analítico, vê na coisa julgada uma dupla função: a garantia da segurança e ao mesmo tempo a garantia do acesso à justiça. Isso não reflete, necessariamente, o caráter absoluto do instituto, mas, ao contrário, reconhece a possibilidade de seu

desfazimento, como o próprio legislador ordinário o concebe no art. 485, do CPC, ou em hipótese em que à própria lei é dada a possibilidade de se relativizar o instituto da coisa julgada. Como a lei reconhece na ação rescisória a única via para o desfazimento da coisa julgada, assim deverá ser seguida essa via quando se pretender desfazer a sentença operada pela coisa julgada.

Quanto ao voto do Min. Teoria Zavascki, repita-se, como convergiu na parte dispositiva com o Min. relator, embora com fundamentação diversa, é perfeitamente perceptível a invocação dos princípios constitucionais como óbice à manutenção de sentença inconstitucional quando coberta pelo manto a coisa julgada.

Sem adentrar propriamente em ponderação entre a coisa julgada e os princípios constitucionais, estabelece-se um tratamento inferiorizado à coisa julgada quando em conflito com outros princípios ou postulados da Constituição, pelo fato de a coisa julgada não se sobrepor aos valores que dignificam a cidadania e o Estado Democrático de Direito.

Há, deste modo, primazia destes princípios sobre a coisa julgada em eventual conflito entre a sentença, dita inconstitucional, e os princípios diversos da Constituição. Nesse ponto, o Min. Teori Zavascki destaca o conflito entre a supremacia constitucional e a coisa julgada, reputando ato violador do princípio da supremacia da Constituição todo aquele que contraria o pronunciamento do STF sobre a Constituição. O raciocínio parece ser lógico quando assim diz:

O STF é o guardião da Constituição. Ele é o órgão autorizado pela própria Constituição a dar a palavra final em temas constitucionais. A Constituição, destarte, é o que o STF diz que ela é. Eventuais controvérsias interpretativas perante outros tribunais perdem, institucionalmente, toda e qualquer relevância perante o pronunciamento da Corte Suprema. Contrariar o precedente tem o mesmo significado, o mesmo alcance, em termos pragmáticos, que o de violar a Constituição...²⁶⁴

Em suas posições antagônicas, embora perceptíveis, exsurge uma questão interessante, que reside na concepção sobre a própria segurança jurídica. O

264 ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. Op. cit., p. 135.

fundamento de ambos paira sobre a segurança jurídica, porque seja para resguarda a coisa julgada, seja para resguardar a Constituição, o princípio da segurança jurídica estará presente. Isso é possível devido ao caráter ambivalente da segurança jurídica, posto que este princípio se apresenta sob dois aspectos: no princípio da segurança jurídica e na intangibilidade da coisa julgada. É como se estivessem defendendo o mesmo valor, a segurança jurídica, porém sobre duas formas ou por duas vias. O que interessa é que eles chegarão à mesma proteção da segurança. Resta saber por qual das formas ou vias terá prevalência.

No presente caso, a prevalência ficou com a proteção à coisa julgada.

7.9 Excertos da decisão

RECURSO ESPECIAL Nº 671.182 - RJ (2004/0089921-0)

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: GISELA VIEIRA DE BRITO E OUTROS

RECORRIDO: EMPREITEIRA CAMPO CLARO LTDA E OUTROS

ADVOGADO: JOSÉ GOMES DE OLIVEIRA E OUTRO

(...)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Preliminarmente, o recurso merece conhecimento, uma vez que implicitamente prequestionada a matéria federal referente ao artigo 269, I, do CPC, que juntamente com o artigo 267, citado expressamente no acórdão recorrido, integram o capítulo atinente à extinção do processo: o primeiro referente à extinção do processo **com** julgamento do mérito, e o outro à extinção **sem** julgamento do mérito.

No que pertine à apontada violação ao artigo 535, do CPC, não restou a mesma configurada. O Tribunal de origem, embora sucintamente, pronunciou-se

de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como, de fato, ocorreu na hipótese dos autos. Neste sentido, os seguintes precedentes da Corte:

(...)

O acórdão recorrido, com fulcro no artigo 267, IV, do CPC, julgou extinto o processo **sem** julgamento do mérito, por considerar inviável o pedido de desconstituição de rescisão transitada em julgado em sede de ação declaratória, constituindo a ação rescisória o remédio processual cabível.

Impende transcrever o referido dispositivo legal, o qual elenca as hipóteses em que o processo é extinto **sem** julgamento do mérito:

(...)

As empresas recorridas ajuizaram ação ordinária, pleiteando a declaração de inexistência de relação jurídica decorrente de acórdão transitado em julgado, em virtude da posterior declaração de inconstitucionalidade dos decretos-leis que embasavam a cobrança do PIS. Na inicial, questionavam *"se esgotada a alternativa da ação rescisória cabível para rescindir o acórdão, visto ter transcorrido mais de (dois) anos de sua publicação, seria imutável essa situação jurídica pelo respeito à coisa julgada"*. Segundo as mesmas, a resposta seria negativa, uma vez que *"atos ilícitos, nulos, não geram direitos, e, considerando que os Decretos-Leis visados foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, estando, pois, desconectados com a ordem jurídica reinante..."* .

Ora, a rediscussão reiterada de matéria decidida e declarada por sentença transitada implica a pretensão de consagração da cognominada tese da "relativização da coisa julgada", postulado que se choca com a cláusula pétrea da segurança jurídica, garantia fundamental do jurisdicionado, consagrada em todas as Constituições.

No ambiente do Estado principiológico de Direito, com que convivemos hodiernamente (Norberto Bobbio), o princípio da segurança jurídica informa o desate da questão sobre a relativização do caso julgado que visa a eternizar as dúvidas geradas pelo conflito intersubjetivo, esvaziando por completo o escopo da tutela jurisdicional, comprometido com a segurança e a estabilidade sociais.

O sistema constitucional brasileiro desautoriza a relativização da coisa julgada, ciente de seu compromisso com a estabilidade e a segurança jurídica da sociedade, tanto que o instituto vem sendo insculpido nas garantias fundamentais, mercê de solidificar-se somente após longo processo de maturação da decisão judicial, desafiada pelo pródigo sistema recursal brasileiro, impugnável pela ação autônoma de impugnação de caráter rescindente, mercê de sua *ratio essendi* não vedar que *oportuno tempore* se possa interpretar decisão judicial retirando-lhe o alcance a qualquer momento, salvo se este também se torna objeto de declaração que assuma o caráter de incontrovertibilidade, como no caso em exame.

Ora, a legislação processual impede o rejuízo da lide, máxime se superado o prazo de interposição da ação rescisória, quando então exsurge a coisa soberanamente julgada.

Deveras, o surgimento desta, pressupõe o esgotamento dos inúmeros recursos previsto na lei processual, mercê da última válvula de escape consistente na ação rescisória.

Como a ação ordinária em comento foi ajuizada com o intuito de tornar ineficaz decisão trãnsita em julgado, passível de revisão unicamente pela via da ação rescisória, cujo prazo decadencial já havia transcorrido, afigura-se a inadequação processual como óbice ao atingimento do resultado pretendido, implicando na ausência de uma das condições da ação, qual seja, o interesse processual pela inutilidade do provimento. Sob esse ângulo, deduz-se a extinção do processo **sem** julgamento do mérito.

Deveras, pretendendo a Fazenda decisão de mérito e obtendo declaração apenas terminativa, subjaz o seu interesse em recorrer.

A declaração de decadência do prazo bienal, atinge o próprio direito à rescisão, por isso que, nessa hipótese, a decisão faz coisa julgada material (art. 269, IV, do CPC), fato que impede a repropositura de outra ação rescisória.

No caso vertente, a matéria decidida cingiu-se ao campo formal, razão pela qual a extinção terminativa restou acertada.

Impõe-se, por fim, esclarecer que a propositura de outra ação com o escopo de infirmar o resultado a que se chega em processo anterior também ofende a coisa julgada, haja vista que desrespeita a eficácia preclusiva ínsita no artigo 474, do CPC, expressa na máxima *tantum iudicatum quantum disputatum vel disputari debeat* (em vernáculo: tanto foi julgado quanto foi disputado ou deveria ser disputado), máxime porque à parte é lícito argüir, como *causa petendi*, a inconstitucionalidade das leis, as quais não gozam de presunção absoluta de constitucionalidade.

Deveras, num sistema como o brasileiro, em que se admite o controle difuso, inúmeras são as ações em que os contribuintes pleiteiam a repetição sob a invocação *incidenter tantum* da inconstitucionalidade.

Em sendo possível discutir no controle difuso a legalidade do tributo, a declaração de inconstitucionalidade posterior e em controle concentrado não tem o condão de reabrir prazos superados. A seguir esse raciocínio, vinte anos depois de incorporado o tributo ao erário, e satisfeitas necessidades coletivas com esses fundos, o Estado ver-se-ia instado a devolver as quantias sem que a contraprestação também ocorresse, gerando situação de enriquecimento por parte do cidadão em detrimento do Estado. Não é demais lembrar que a segurança jurídica opera-se *pro et* contra o cidadão e a Administração Pública.

(...)

Por fim, cumpre destacar que a Lei 9.868/99, que regula o processo da declaração de inconstitucionalidade, introduziu, a propósito da sua eficácia temporal, importante inovação. Isto porque, após estabelecer como regra a eficácia *ex tunc* e vinculante do pronunciamento declaratório, permitiu ao E. STF

dosar o grau de retroatividade em nome da "segurança jurídica", visivelmente consagrada no art. 27 do referido diploma, *verbis*:

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

Diante do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso especial.

É como voto.

(...)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

1. Cuida-se, originariamente, de ação visando à desconstituição de acórdão transitado em julgado que considerou legítimo o pagamento do PIS pelas autoras com base nos Decretos-leis 2.445/88 e 2.449/88, sob alegação de que o superveniente reconhecimento pelo STF da inconstitucionalidade dos aludidos Decretos, cuja execução foi suspensa por resolução do Senado Federal, impede a manutenção da eficácia da coisa julgada. O pedido está expresso nos seguintes termos: "declarar a inexistência de relação jurídica entre as autoras e a União Federal/Fazenda Nacional no que se refere aos efeitos do acórdão transitado em julgado (...) que declarou constitucionais os DDLL 2.445 e 2.449" (fl. 10). O juiz de primeiro grau julgou improcedente o pedido (fls. 103-105). O TRF da 2ª Região deu parcial provimento à apelação, para julgar extinto o processo sem julgamento de mérito, com base no art. 267, IV, do CPC, por considerar que (a) "a rescisão de sentença de mérito transitada em julgado não ofende a garantia constitucional da intangibilidade da coisa julgada e tem previsão no ordenamento processual civil"; (b) "no presente caso, a hipótese é de ação rescisória, motivo suficiente para não se adentrar no mérito, e sim julgar extinto o processo sem julgamento de mérito,

com fulcro no art. 267, IV"; (c) "nem se cogite de aproveitamento do feito, através do princípio da fungibilidade, porque não tem a presente ação os dados necessários ao seu conhecimento em sede de ação rescisória, bem como não preenche os requisitos do art. 488 do CPC" (fl. 129). Foram rejeitados os embargos de declaração opostos pela ora recorrente (fl. 144).

No recurso especial, fundado na alínea *a* do permissivo constitucional, a Fazenda aponta ofensa aos arts. 535 e 269, I, do CPC, aduzindo, fundamentalmente, que (a) é nulo o acórdão que rejeitou os embargos de declaração, por ter deixado de sanar os vícios ali indicados; (b) "é evidente a improcedência do pedido das autoras, devendo o feito ser extinto com julgamento do mérito, na forma do art. 269, I, do CPC" (fl. 155), até porque, como afirmado na inicial, quando do ajuizamento da ação, já transcorrera o prazo para a ação rescisória.

(...)

2. Não há, como salientou o relator em seu voto, ofensa pelo acórdão recorrido ao art. 535 do CPC, uma vez que a questão veiculada nos embargos de declaração da Fazenda (cabimento ou não, no caso concreto, da ação rescisória) foi enfrentada pelo acórdão da apelação, não havendo, quanto ao ponto, omissão a sanar, e tendo restado atendido o requisito do prequestionamento.

3. O acórdão recorrido, considerando a inadequação da via eleita (ação ordinária, e não ação rescisória), determinou a extinção do processo sem julgamento de mérito, com base no art. 267, IV, do CPC. A recorrente pede seja declarado improcedente o pedido, nos moldes do art. 269, I, do mesmo Código — reconhecendo, portanto, implicitamente, a adequação da ação à pretensão nela veiculada. Importa, então, para o deslinde da controvérsia, saber se é ou não cabível a presente ação.

Para tanto, cumpre fixar inicialmente o pedido formulado na inicial: reconhecimento da inaptidão da sentença transitada em julgado que declarou legítima a exigência do PIS com base nos Decretos-leis 2.445/88 e 2.449/88 para

amparar a cobrança do tributo das autoras, em virtude da superveniente declaração da inconstitucionalidade dos citados Decretos-leis pelo Supremo Tribunal Federal — na apreciação do RE 148.754/RJ, Pleno, Min. Francisco Rezek, DJ de 04.03.1994.

Em nosso sistema, as decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade limitam sua força vinculante às partes envolvidas no litígio. A rigor, não fazem sequer coisa julgada entre os litigantes, pois a apreciação da questão constitucional serve apenas como fundamento para o juízo de procedência ou improcedência do pedido deduzido na demanda. E a coisa julgada, sabe-se, não se estende aos fundamentos da decisão (CPC, art. 469). Quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, é certo, tais decisões possuem eficácia *reflexa* ou *anexa*, destinada a ampliar os seus efeitos, mediante, fundamentalmente, (a) a habilitação do Senado a suspender a execução das normas declaradas inconstitucionais pelo STF; (b) a vinculação dos demais tribunais às decisões do STF em matéria constitucional; (c) a força de precedente das decisões do STF, cuja adoção enseja o julgamento simplificado dos recursos e o acolhimento de ação rescisória. Não têm, porém, efeitos *erga omnes*, e não afetam, por isso, de forma automática, como decorrência de sua simples prolação, eventuais sentenças transitadas em julgado em sentido contrário, cujo comando mantém sua força vinculante para as partes, e para cuja desconstituição é indispensável o ajuizamento de ação rescisória. É o que tivemos ocasião de salientar em estudo doutrinário a respeito do tema:

(...)

6. No caso concreto, as autoras pretendem, por meio de ação ordinária ajuizada após o esgotamento do prazo para a rescisória, desconstituir os efeitos pretéritos da aplicação dos Decretos-leis 2.445/88 e 2.449/88, emanados de sentença transitada em julgado, invocando a posterior declaração de sua inconstitucionalidade pelo STF em controle difuso. Tal intento, conforme acima se demonstrou, é inviável. E mais: com a superveniente suspensão da eficácia dos

aludidos Decretos-leis pela Resolução 49/95 do Senado Federal, de 09.10.1995, operou-se, na forma do acima exposto, mudança no estado de direito capaz de sustar, automaticamente, a partir dessa data, a força vinculante do provimento jurisdicional, tanto para o efeito de impedir a Fazenda de realizar lançamentos futuros com base naquelas leis, quanto para o de obstaculizar a execução das prestações anteriores pendentes — razão pela qual, desde então, carecem as autoras de interesse no provimento jurisdicional que declare a insubsistência da sentença.

Sob qualquer dessas perspectivas, portanto, é incabível a presente ação.

7. Com essas considerações, acompanho o relator, Min. Luiz Fux, negando provimento ao recurso especial. É o voto.

CAPÍTULO VII

8. RECURSO ESPECIAL N. 721.808 / DISTRITO FEDERAL

8.1 Dados gerais

Processo: Recurso Especial n° 721.808- DF

Origem: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Caixa Econômica Federal - CEF

Recorrido: Abílio Eduardo Ramponi Blanco e Outros

Órgão julgador: 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do relator.

8.2 Sinopse do caso

A recorrente, Caixa Econômica Federal (CEF), interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, alínea “a”, da CRFB/88, objetivando a reforma do acórdão do TRF/1ª Região por suposta violação aos preceitos dos arts. 738 e 741, parágrafo único, do CPC²⁶⁵, aludindo às seguintes razões: 1) os arts. 644 e 738 não são incompatíveis, facultando a primeira a adoção pelo juiz das providências

265 Art. 738, CPC. Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação.

Art. 741, CPC. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: I (...); II – inexigibilidade do título judicial; (...)

Parágrafo único. Para efeito no 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 tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

elencadas no art.461²⁶⁶; 2) a coisa julgada não tem caráter absoluto, sendo possível a sua desconstituição via ação rescisória, não podendo preterir à Constituição Federal; 3) a decisão exequenda concede índices cuja aplicação foi refuta pelo STF no julgamento do RE nº 226.855/RS, devendo ser excluídos por questão de economia processual, para evitar a propositura de futura ação rescisória; 4) a MP 2.180, que incluiu o parágrafo único do art. 741, do CPC, foi editada em data anterior a EC 32/01, razão pela qual a sua revogação fica condicionada à deliberação definitiva do Congresso Nacional ou à edição de norma revogadora; 5) a decisão do STF que julga a interpretação incompatível com a CRFB/88 não necessita ser proferida em controle concentrado de constitucionalidade, pois o enunciado daquela norma “fala em título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF ‘ou’ interpretação incompatível com a CRFB/88; tratando-se de norma processual, a aplicação do art. 741 é imediata, incidindo nos processos futuros e naqueles em andamento, dentre outros.

A recorrente insurge-se contra o acórdão do TRF/1 que consignou o não cabimento dos embargos do devedor, de que trata o art. 738, do CPC, bem como a incidência do art. 741, parágrafo único, do mesmo diploma legal, nas hipóteses do que se conhece por execução de sentenças executivas *lato sensu*, ou seja, quando a decisão exequenda tratar de obrigação de fazer ou não fazer, pois nesses casos a defesa do devedor operacionaliza-se por simples petição no bojo do processo, haja vista, em recente reforma do Processo Civil, não haver mais diferença entre os processos de conhecimento e de execução, não configurando esta segunda etapa uma ação autônoma, mas sim o prolongamento do processo cognitivo. Por esta razão, o tribunal *a quo* salientou que a execução de título judicial se dá no próprio processo cognitivo original, a teor do art. 644 e 461 e 461-A, do CPC, independentemente de ação autônoma de execução.

266 Art. 461, CPC. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

A verdadeira insatisfação da recorrente ocorre pelo fato de os recorridos terem executado sentença transitada em julgado que determinou a correção monetária do saldo de contas vinculadas ao FGTS, concedendo índices cuja aplicação foi refuta pelo STF em precedente judicial (RE 226.855/RS). Utilizando-se das vias dos embargos do devedor (art. 738, CPC) e dos embargos com eficácia rescisória, consoante o art.741, parágrafo único, também do CPC, a recorrente viu sua defesa negada pela impossibilidade jurídica de processo autônomo de execução por título judicial, bem como a inexistência de embargos do devedor ser considerado juridicamente inexistente, tudo na conformidade do que dispõe o art. 644 c/c arts. 461 e 461-A, todos do CPC.

Em contra-razões, os recorridos sustentaram a manutenção do acórdão recorrido, aduzindo as seguintes razões: 1) no precedente do RE 225. 855, o STF apenas analisou os expurgos inflacionários à luz do direito adquirido, não adentrando no mérito do exame de constitucionalidade; 2) que o parágrafo único do art. 741 viola a garantia constitucional a coisa julgada, tendo em vista apenas ser possível a sua desconstituição por meio de ação rescisória; e, por último, segundo o art. 62 a Constituição Federal não se admite que MP trate de matéria processual civil.

8.3 Ementa do acórdão

PROCESSO CIVIL. CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. SENTENÇA EXECUTIVA *LATO SENSU* (CPC, ART. 461). DESCABIMENTO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. DEFESA POR SIMPLES PETIÇÃO. SENTENÇA INCONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXEGESE E ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC. INAPLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS SOBRE CORREÇÃO MONETÁRIA DO FGTS.

1. Os embargos do devedor constituem instrumento processual típico de oposição à execução forçada promovida por ação autônoma (CPC, art. 736 do

CPC). Sendo assim, só cabem embargos de devedor nas ações de execução processadas na forma disciplinada no Livro II do Código de Processo.

2. No atual regime do CPC, em se tratando de obrigações de prestação pessoal (fazer ou não fazer) ou de entrega de coisa, as sentenças correspondentes são executivas *lato sensu*, a significar que o seu cumprimento se opera na própria relação processual original, nos termos dos artigos 461 e 461-A do CPC. Afasta-se, nesses casos, o cabimento de ação autônoma de execução, bem como, conseqüentemente, de oposição do devedor por ação de embargos.

3. Todavia, isso não significa que o sistema processual esteja negando ao executado o direito de se defender em face de atos executivos ilegítimos, o que importaria ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Ao contrário de negar o direito de defesa, o atual sistema o facilita: ocorrendo impropriedades ou excessos na prática dos atos executivos previstos no artigo 461 do CPC, a defesa do devedor se fará por simples petição, no âmbito da própria relação processual em que for determinada a medida executiva, ou pela via recursal ordinária, se for o caso.

4. A matéria suscetível de invocação pelo devedor submetido ao cumprimento de sentença em obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa tem seus limites estabelecidos no art. 741 do CPC, cuja aplicação subsidiária é imposta pelo art. 644 do CPC.

5. Tendo o devedor ajuizado embargos à execução, ao invés de se defender por simples petição, cumpre ao juiz, atendendo aos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, promover o aproveitamento desse ato, autuando, processando e decidindo o pedido como incidente, nos próprios autos. Precedente: Resp 738424/DF, 1ª T., Relator p/acórdão Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 19/05/2005)

8.4 Posicionamento dos Ministros

8.4.1. *Ministro relator*

O Ministro relator seguiu a linha adotada pelo TRF/1, mantendo o acórdão recorrido e, conseqüentemente, negou provimento ao recurso especial.

Inicialmente, analisando questões formais quanto ao prequestionamento da matéria de direito federal, reconheceu que o tribunal *a quo* se manifestou expressamente sobre os embargos do devedor e quanto à inexigibilidade do título judicial fundado em interpretação tida por incompatível com a CRFB/88. Desta forma, a matéria teria sido ventilada no acórdão recorrido.

Reconheceu, por conseguinte, que, em virtude da recente reforma do processo civil²⁶⁷, não há que se falar mais em processo autônomo de execução para as hipóteses de execução fundada em título judicial, em se tratando de cumprimento de sentença nas obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa. No caso, a execução far-se-ia nos próprios autos do processo de conhecimento, sendo mero prolongamento do processo cognitivo e não uma etapa própria do processo executivo. Por isso, impossível falar em embargos do devedor com base no art. 738, do CPC, porquanto, nas execuções de obrigação de fazer e de não fazer, fundadas em título judicial, o procedimento a ser seguido seria o do art. 461 e 461-A, tendo em vista o disposto no art. 644, do CPC.

Nessas circunstâncias, a sentença tem força executiva própria e imediata, como forma de impedir a inutilidade do provimento judicial, dispensando a propositura de ação autônoma de execução. Em fase anterior à reforma do processo civil, isso não era possível, devendo o credor proceder a mais uma etapa processual, ou seja, promover a execução de sentença em autos apartados.

267 Sobre a reforma do processo civil, entenda-se o conjunto de leis que tem alterado sistematicamente o processo civil. Destacam-se as leis 11.382, de 6 de dezembro de 2006, a 11.232, de 22 de dezembro de 2005, a 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, dentre outras.

Haveria possibilidade de se propor o embargo do devedor, com base no art. 738, em se tratando de execução fundada em título extrajudicial, bem como a incidência dos embargos com eficácia rescisória do art. 741, parágrafo único do CP, hipóteses não alteradas pela nova reforma do processo civil, o que não é o caso presente. Entretanto, por conta dessa reforma, não seria possível imaginar, como destacado pelo Ministro relator, que o processo civil negue ao executado, nas hipóteses de sentenças *lato sensu* (cumprimento de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa), no caso à recorrente, o direito de se defender na fase de cumprimento de sentença. Ao contrário, a sistemática processual, em observância ao princípio da ampla defesa, CRFB/ 88, art. 5º, inciso LV, o CPC facilita, possibilitando ser promovida a defesa do executado por mero incidente processual, dispensada a propositura de embargos do devedor, nos próprios autos do processo cognitivo em simples petição, além das vias recursais ordinárias, quando for o caso.

O Ministro relator analisou ainda a questão da matéria suscetível de invocação na defesa do devedor no caso de cumprimento de sentença, em se tratando de obrigação de fazer e de não fazer. Reconheceu a utilização dos mesmos argumentos estabelecidos para os embargos à execução de título judicial contra a fazenda pública, hipótese do art. 741, do CPC. As matérias aludidas no referido dispositivo, serviriam de limite à defesa do devedor no caso de cumprimento de sentenças executivas *lato sensu*, isto é, no termos do art. 461 e 461-A, consoante prevê o art. 644.

Contudo, no presente caso, o TRF/1 não poderia receber os embargos do devedor, com base no art. 738, do CPC e art. 741, parágrafo único, do mesmo diploma legal, em homenagem ao princípio da economia processual e da instrumentalidade das formas, para aproveitar o ato processual, recebendo-o como mera oposição ao cumprimento de sentença porque já existe precedente na Corte (Resp. nº 720.953 - SC), determinando o sentido e alcance do disposto no art. 741, parágrafo único do CPC, excluindo, por sua vez, das hipóteses de sentenças inconstitucionais capazes de fundamentar a inexigibilidade do título judicial, aquelas que tenham reconhecido o direito a diferenças de correção

monetária das contas do FGTS, contrariando o precedente do STF a respeito. Isso porque, o STF não declarou a inconstitucionalidade de qualquer norma, no precedente RE 226.855, nem sequer utilizou-se de outras técnicas de decisão, como a interpretação conforme e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, hipóteses englobadas no art. 741, parágrafo único do CPC.

O que ocorreu nesse caso, segundo o Ministro relator, foi uma decisão sobre o direito intertemporal, ou seja, a relação do direito com o passado, reconhecendo, portanto, saber qual das normas infraconstitucionais – a antiga ou a nova – deveria se aplicar para o cálculo da correção monetária das contas vinculadas do FGTS.

Assim, considerando que a regra do art. 741, parágrafo único contempla uma hipótese de impugnação às sentenças inconstitucionais, mas nem todas, e sim algumas, como longamente tem citado em obras doutrinárias²⁶⁸ e precedentes judiciais em que participou como relator²⁶⁹, o relator confirmou a não aplicação do art.741, parágrafo único, do CPC, à hipótese do caso.

8.5 Fontes utilizadas

8.5.1 Fontes doutrinárias:

Não houve indicação de fonte doutrinária

8.5.2 Fontes legislativas:

- MP 2.180;
- EC 32/2001

268 Veja por exemplo, o artigo publicado no livro “*Coisa julgada inconstitucional*”, organizado por Carlos Valder do Nascimento e José Augusto Delgado, onde o Ministro Relator explicita as hipóteses de sentenças inconstitucionais passíveis de impugnação via art. 741, parágrafo único, do CPC. (ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. *Op. cit.*. Neste sentido, ver também o item 4.4.2, no capítulo III, desta dissertação.

269 O Resp. n° 720.953 – SC, em que participou como relator foi longamente citado nesta decisão, retirando-lhe, na íntegra, os fundamentos expostos no precedente para proceder à decisão nesta ação.

8.5.3 Fontes jurisprudenciais:

- Recurso Especial nº 738.424 – DF;
- Recurso Especial nº 720.953/SC;
- Recurso Extraordinário nº 226.855 – RS

8.6 Dispositivos citados

- CPC, art. 461;
- CPC, art. 461-A;
- CPC, art. 644;
- CPC, art. 736
- CPC, art. 738;
- CPC, art. 741, parágrafo único;
- CRFB/88, art. 5º, XXXVI;
- CRFB/88, LV;

8.7 Objeto do recurso

A reforma da decisão recorrida, com base no art. 105, III, alínea “a”, da CRFB/88, por terem sido violados os arts. 738 e 741, parágrafo único, do CPC, quando não se admitiu a defesa da executada, ora recorrente, na forma dos embargos do devedor e na impugnação para ser declarada a inexigibilidade do título judicial.

8.8 Análise do caso com base no recorte teórico da coisa julgada inconstitucional

A discussão versada no referido recurso especial centra-se numa hipótese objetiva em que o legislador ordinário brasileiro possibilitou fazer o controle das chamadas sentenças inconstitucionais, consoante disposição do art. 741, parágrafo único do CPC. Trata-se de um instrumento com eficácia rescisória que pondera valores constitucionais relevantes: de um lado, visa proteger o princípio da supremacia constitucional; do outro, põe em relevo a intangibilidade da coisa julgada.

Introduzido pela Medida Provisória 2.180, o dispositivo do art. 741, parágrafo único do CPC, não tem o desiderato de solucionar todos os casos de inconstitucionalidade dos atos do Poder Judiciário, mas apenas aqueles nos quais a sentença se baseou em lei inconstitucional e em interpretação ou situação tidas por inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, consoante abordagem feita no item 4.4.2, no capítulo III.

Essa era a pretensão da recorrente ao se insurgir contra o acórdão recorrido por não terem sido admitidos os embargos do devedor perante o tribunal *a quo* e a impugnação de inexigibilidade do título judicial, com base nos dispositivos 738 e 741, parágrafo único do CPC, respectivamente.

O relator do caso já teve a oportunidade de enfrentar a discussão sobre o sentido e alcance deste instrumento com eficácia rescisória em diversas oportunidades, inclusive em artigos doutrinários recentemente publicados. No presente caso, acabou por citar precedentes em que havia participado como Ministro relator, dos quais seu voto tornou-se referência. Registre-se o precedente do próprio STJ no Recurso Especial nº 720.953/SC, em que o Ministro também foi relator, trazendo, para este caso, a íntegra de seus fundamentos, tomando-lhes emprestado para decidir nesse novo caso. Então, é perfeitamente compreensível que o relator já tenha opinião formada sobre o assunto, abordando suas teses em

obras doutrinárias e aplicando-as nas decisões do tribunal das quais funciona como relator.

Entretanto, com essa premissa não significa dizer, não obstante demonstre simpatia ao tema da coisa julgada inconstitucional, que arbitrariamente decida assim nos processos onde figura como relator porque assim entende ou porque já tenha previamente formada sua convicção. Parece que o Ministro relator não se utiliza dessa situação para formar um campo estratégico de poder na 1ª Turma do STJ, demarcando seu próprio poder porque tem escritos sobre o tema em obras doutrinárias, a ponto de impor suas teses. Pelo menos nesse caso, não.

Não tem se utilizado dessa estratégia, provavelmente porque a situação não se enquadrava nas hipóteses de sentenças inconstitucionais, impugnáveis pela via do art. 741, parágrafo único, do CPC, mas, por outro lado, fez questão de demonstrar que tem escritos e convicção formada sobre o tema em obras doutrinárias e em precedentes judiciais, como se vê na seguinte passagem:

A 1ª Turma desta Corte, no julgamento do RESP 720. 953/SC, em 28/06/2005, apreciou o sentido e alcance do disposto do art. 741, parágrafo único, do CPC, acolhendo voto por mim proferido nos seguintes termos:

“Há polêmica a respeito dele na doutrina e na jurisprudência. Por um lado, há os que simplesmente o consideram inconstitucional por ofensa ao princípio da coisa julgada (v.g.: Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado. 8 ed. SP, RT, 2004 (...))

Há, por outro lado, corrente de pensamento situada no outro extremo, dando prevalência máxima ao princípio da supremacia da Constituição e, por isso mesmo, considerando insuscetível de execução qualquer sentença tida por inconstitucional, independentemente do modo como tal inconstitucionalidade se apresenta ou da existência de pronunciamento do STF a respeito, seja em controle difuso, seja em controle concentrado. (...)

Não é demais lembrar que este mesmo pensamento já foi exposto em artigo publicado em obra coletiva organizada por Carlos Valder do Nascimento e José Augusto Delgado, consoante indicado no capítulo III e no item 8.4 deste capítulo.

Para as situações de impugnação contidas no parágrafo único do art. 741 do CPC, o autor tem, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, demonstrado situar-

se no meio-termo entre aqueles que consideram que o instituto serve para impugnar toda e qualquer sentença inconstitucional (como por exemplo, Humberto Theodoro da Silva) e aqueles que consideram inconstitucional por ofensa ao princípio da coisa julgada (Nelson Nery Júnior). Sua posição intermediária reside no fato de afastar as duas posições extremadas que acabariam por comprometer o núcleo essencial de princípios constitucionais, como a supremacia constitucional e a coisa julgada.

Procurou, no entanto, destacar que a inconstitucional da sentença ocorre em qualquer caso de ofensa à supremacia da Constituição, sendo que o controle dessa supremacia pelo STF é exercido em toda a amplitude da jurisdição constitucional, da qual a fiscalização da constitucionalidade das leis é parte importante, mas é apenas parte. Ou seja, o Ministro relator reconheceu explicitamente, quando citou o precedente judicial que serviu de base para a sua decisão – no referido recurso especial-, que a solução oferecida pelo parágrafo único do art. 741, do CPC, é uma forma de se controlar a constitucionalidade dos atos do Poder Judiciário, especialmente quanto às sentenças, mesmo após o trânsito em julgado da decisão, independentemente de decurso do prazo decadencial de dois anos para ajuizamento de ação rescisória. Porém, não é aplicável a todos os casos de sentença inconstitucional. Nesse contexto, diz o Ministro:

Em suma, a inconstitucionalidade da sentença ocorre em qualquer caso de ofensa à Constituição, e o controle dessa supremacia, pelo Supremo, é exercido em toda a amplitude da jurisdição constitucional, da qual a fiscalização da constitucionalidade das leis é parte importante, mas é apenas parte.

A solução oferecida pelo parágrafo único do art. 741 do CPC, repita-se, não é aplicável a todos os possíveis casos de sentença inconstitucional.

(trecho do voto do Ministro Teori Albino Zavascki no Recurso Especial n. 720 Recurso Especial nº 720.953/SC)

Além desse reconhecimento, admite outros mecanismos de controle de constitucionalidade das sentenças inquinadas pela inconstitucionalidade, seja nas

vias ordinárias ou mesmo especiais, não especificados nas hipóteses do parágrafo único do art. 741, do CPC.

Por isso, a oportuna afirmação de que o fato de ele ser tendencioso à quebra da coisa julgada inconstitucional, não lhe autoriza desrespeitar a intangibilidade da coisa julgada em toda e qualquer hipótese que lhes apresentam os casos concretos. A prova disso restou demonstrada no referido recurso especial ao negar provimento a tal intento, por não considerar a hipótese dos autos como enquadrada nos casos típicos de impugnação de sentença inconstitucional por parágrafo único do art.741, do CPC.

Ora, a decisão recorrida é análoga ao precedente judicial citado, por discutir também a exigibilidade do título judicial referente à condenação da Caixa Econômica Federal, ora recorrente, ao pagamento de diferenças de correção monetária incidente sobre o saldo das contas vinculadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o que lhe fez entender não ser contemplada nas hipóteses do parágrafo único do art. 741, do CPC. Isso porque, quando o STF apreciou a norma que determinava a incidência da correção monetária pelos índices aplicados pela gestora do FGTS (Recurso Extraordinário nº 226.855 – RS), não houve qualquer declaração de inconstitucionalidade ou mesmo interpretação conforme ou declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. Ao contrário, se houvesse no caso o exame de constitucionalidade feito pelo STF tratando de qualquer das três hipóteses de declaração de inconstitucionalidade, aí sim haveria que se falar na utilização dos embargos com eficácia rescisória para tornar inexigível o título judicial que se baseou nessa norma.

O que ficou resolvido, no citado precedente, foi uma questão de direito intertemporal, sobre qual norma deveria ser aplicada para calcular a correção monetária das contas do FGTS nos meses questionados, cuja deliberação tomada se fez com base na aplicação da regra da irretroatividade da lei, em nome da garantia do direito adquirido. Nesse sentido, a decisão judicial, objeto de impugnação pelos embargos rescisórios do art. 741, parágrafo único, CPC, que determinou a correção monetária das contas vinculadas do FGTS segundo os

critérios estabelecidos em uma norma posteriormente afastada pelo STF, não dá ensejo a impugnação pelo referido dispositivo legal, por não ser contemplada entre as sentenças inconstitucionais do aludido dispositivo, ainda que se trate de sentença inconstitucional. Talvez, se fosse noutra circunstância, o Ministro relator poderia ter agido diferentemente, aderindo à teoria da relativização a coisa julgada.

Ao que parece, o Ministro relator foi coerente e justo com seus próprios posicionamentos sobre o tema. Embora com posição previamente estabelecida sobre a cognominada coisa julgada inconstitucional, agiu dentro de uma fundamentação racional não se traindo ao capricho do estabelecimento de seu poder apenas para demarcar na 1ª Turma do STJ algo que já demarca na doutrina. Neste sentido, negou provimento ao recurso especial, afastando a aplicação, no caso, dos embargos com eficácia rescisória, assim destacando:

O caso dos autos é análogo ao do precedente mencionado, já que também discute-se (SIC) a exigibilidade do título judicial referente à condenação da CEF ao pagamento de diferenças de correção monetária incidente sobre o saldo das contas vinculadas ao FGTS, razão pela qual deve ser confirmada a não aplicação do dispositivo no art. 741, parágrafo único, do CPC, nos termos da fundamentação do precedente apontado, que adoto na íntegra.

Levantou-se, portanto, a invocação dos princípios constitucionais, já que o próprio caso, por contemplar a suposta aplicação do art. 741, parágrafo único do CPC, representa uma forma de ponderação feita pelo legislador ordinário quando houver conflito entre o princípio da supremacia constitucional e a intangibilidade da coisa julgada. Contudo, não se deu a devida relevância à força normativa da Constituição, preferindo-se a segurança jurídica, representada na garantia da intangibilidade da coisa julgada, à segurança representada pela garantia da supremacia constitucional e isso é possível porque o valor segurança tem um sentido ambivalente, podendo ser sustentada tanto para fundamentar a quebra da coisa julgada como para justificar a garantia da intangibilidade da coisa julgada, devido ao seu sentido polissêmico.

Prevaleceu o argumento defendido pelos doutrinadores contrários à tese da relativização da coisa julgada²⁷⁰, posto que isso fosse admissível apenas quando a própria lei previsse, por meio de um estrito balanceamento de valores, a possibilidade excepcional de se desfazer a coisa julgada ou mesmo impedir manutenção dos efeitos de sentenças incompatíveis com a Constituição. Mas, mesmo nessas hipóteses excepcionais, amplamente discutidas pelo relator, não possível sustar os efeitos da coisa julgada, afastando-a por incompatibilidade com a Constituição.

8.9 Excertos da decisão

RECURSO ESPECIAL Nº 721.808 - DF (2005/0016574-5)

RECORRENTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

ADVOGADO: CARLOS HENRIQUE BERNARDES CASTELLO CHIOSI E
OUTROS

RECORRIDO: ABÍLIO EDUARDO RAMPONI BLANCO E OUTROS

ADVOGADO: EDEWYLTON WAGNER SOARES

(...)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI(Relator):

1. Em razão da manifestação expressa do TRF sobre o tema do não-cabimento, no caso, de embargos do devedor, assim como da questão referente à inexigibilidade do título executivo fundado em interpretação tida por incompatível com a Constituição Federal, tem-se por prequestionados os dispositivos invocados no especial relativos à matéria.

270 Remetemos à leitura do item 6.3, do capítulo IV, quando se abordou, no corte analítico as categorias que seriam previamente estabelecidas para servirem de fundamento às análises dos casos.

2. Os embargos do devedor constituem instrumento processual típico de oposição à ação de execução. É o que estabelece o art. 736 do CPC, a saber:

Art. 736. O devedor poderá opor-se à execução por meio de embargos, que serão autuados em apenso aos autos do processo principal.

Sendo assim, não cabem embargos de devedor se não houver ação autônoma de execução, na forma disciplinada no Livro II do Código de Processo.

Ora, no atual regime do CPC, em se tratando de obrigações de prestação pessoal (fazer ou não fazer) ou de entrega de coisa, as sentenças correspondentes são, segundo a linguagem da doutrina, "executivas *lato sensu*", a significar que o seu cumprimento se operacionaliza como simples fase do próprio processo cognitivo original, nos termos estabelecidos nos artigos 461 e 461-A do CPC, independentemente de ação autônoma de execução.

(...)

Resulta desses dispositivos, conforme se disse, que, relativamente ao cumprimento das obrigações pessoais (fazer e não fazer), as sentenças correspondentes têm força executiva própria e imediata, dispensando a propositura de ação de execução autônoma. Tem razão o acórdão recorrido, sob esse aspecto, ao afirmar que são incabíveis embargos de devedor como meio de oposição à atividade executória dessa espécie de sentença.

3. Todavia, isso não significa que o sistema processual esteja negando ao executado o direito de se defender, nesses casos. Com efeito, não se pode descartar que, na prática de atividades executivas de sentença relativas a obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa, haja excessos ou impropriedades ou outras das hipóteses elencadas no art. 741 do CPC. Se não se assegurasse ao demandado o direito de se opor a tais medidas, estar-se-ia operando ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Ao

contrário de negar o direito de defesa, o atual sistema o facilita. É que, inexistindo ação autônoma de execução, a defesa do devedor pode ser promovida e operacionalizada como mero incidente do processo, dispensada a propositura da ação de embargos. Bastará, para tanto, simples petição, no âmbito da própria relação processual em que for determinada a medida executiva. Terá o devedor, ademais, a faculdade de utilizar as vias recursais ordinárias, notadamente a do agravo, quando for o caso.

4. Quanto à matéria suscetível de invocação, seus limites são os mesmos estabelecidos para os embargos à execução fundada em título judicial, de que trata o já referido art. 741 do CPC. É inevitável e imperioso, no particular, que, nos termos do art. 732 do CPC, haja aplicação subsidiária desse dispositivo às ações executivas *lato sensu*.

5. No caso concreto, tendo sido propostos embargos à execução, cumpre ao magistrado, atendendo aos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, promover o aproveitamento daquele ato, recebendo-o como meio de oposição à sentença executiva.

6. Todavia, embora seja possível o aproveitamento dos embargos nos termos acima referido, não prospera a pretensão recursal no que pertine à questão referente à inexigibilidade do título executivo.

A 1ª Turma desta Corte, no julgamento do RESP 720.953/SC, em 28/06/2005, apreciou o sentido e o alcance do disposto do art. 741, parágrafo único, do CPC, acolhendo voto por mim proferido nos seguintes termos:

(...)

7. O caso dos autos é análogo ao do precedente mencionado, já que também discute-se (SIC) a exigibilidade do título judicial referente à condenação da CEF ao pagamento de diferenças de correção monetária incidente sobre o saldo das contas vinculadas ao FGTS, razão pela qual deve ser confirmada a não aplicação

do disposto no art. 741, parágrafo único, do CPC, nos termos da fundamentação do precedente apontado, que adoto na íntegra.

8. Pelas razões expostas, nego provimento ao recurso.

É o voto.

9. CONCLUSÃO

A problemática da coisa julgada inconstitucional suscitou diversos detalhamentos e concepções previamente analisadas que se procederam ao longo do trabalho. De início, foi extremamente pertinente a abordagem acerca do valor segurança jurídica, porquanto a sua discussão perpassou todo o debate do tema enfrentado.

Como todo e qualquer princípio, flexível e mutável por essência, a segurança jurídica remontou a necessidade de ser compreendida por um olhar mais amplo, que contivesse uma análise racional e funcional, a partir de sua contextualização histórica. Mostrou-se, portanto, as diversas concepções do princípio, ganhando novos contornos à medida que a sociedade evoluía na conquista dos direitos. Essa mutação fez com que a segurança jurídica se tornasse um termo polissêmico, adquirindo inúmeras significações ao longo dos modelos de Estado. Em virtude disso, concebeu-se a segurança jurídica como uma preocupação primeira de ordem liberal, almejada, especialmente por uma classe social, a burguesia, no século XVIII, materializando-se na positivação do Direito, a partir do império da lei.

A legalidade expressou por muito tempo o sentido de segurança jurídica na sociedade européia dos séculos XVIII e XIX. Naquela época, foi possível prever as ações do Estado, assim como a previsibilidade e calculabilidade dos direitos e efeitos da norma sobre o cidadão. Essa, então, foi a função da segurança jurídica naquela sociedade.

Com o advento de outros modelos de Estado, notadamente o Social de Direito e o Democrático de Direito, a segurança já não representava mais função assumida no modelo anterior, passando a se fazer representar por outros aspectos: no Estado do bem-estar social, a segurança representou a necessidade de conquista de novos direitos, notadamente a partir de uma ação intervencionista do Estado na ordem econômica e social, no sentido de prover determinadas necessidades do cidadão, como os direitos sociais; no Estado Democrático de

Direito, concebido pós-45, já não se almejava a conquista de novos direitos, mas a concretização dos que já haviam sido positivados e conquistados, fato que se materializou na idéia de Constituição material ou principiológica, o que se fez deslocar para o centro da ordem jurídica, como forma de limitação dos atos dos poderes Executivo e Legislativo. A segurança, portanto, a passa a ser compreendida a partir da garantia da Constituição. Nesta, a sociedade depositou toda a confiança, esperançosa com a atuação de um poder que a garantisse e provesse os direitos dos cidadãos. Houve desta forma, uma mudança paradigmática no sentido de segurança, pois este valor não poderia ser concebido apenas com a idéia de legalidade, pelo simples fato de positivar os direitos da sociedade. Ao contrário, a segurança muda de foco e passa a espelhar a própria garantia e respeito à Constituição.

Nessa perspectiva, pautada pelo modo de enxergar a segurança jurídica a partir de sua função exercida na sociedade, é que se tem admitido um sentido polissêmico. E mais, o valor segurança poderá, independentemente de ter exercido funções diferentes na evolução histórica da sociedade, exigir determinadas manifestações para a sua concretização. Como pontuado no decorrer do trabalho, a positivação do Direito representou a primeira das exigências, se irradiando por outras que têm pretensão de garantir a correção estrutural do Direito, tais como: a necessidade de lei promulgada pelo órgão competente, a previsão de irretroatividade de seus efeitos, a publicidade de sua existência, a abstratividade e generalidade dos comandos estatais, o cumprimento do Direito por todos os seus destinatários e a regularidade da atuação de seus órgãos encarregados de sua aplicação (princípio da legalidade), na estabilidade e coerência da jurisprudência dos tribunais, entre outras manifestações possíveis.

Dessa irradiação, é preciso ter em conta que a segurança não é o valor a ser protegido unicamente pela coisa julgada. A própria garantia da Constituição, com o respeito ao princípio da supremacia constitucional é, igualmente, uma forma de garantia da segurança jurídica. Portanto, cai por terra o fundamento de que a coisa julgada é absoluta por permitir a garantia da segurança jurídica. A coisa julgada pode até promover a segurança jurídica, como forma de garantir ao

jurisdicionado a pacificação da controvérsia existente no processo judicial e como meio de possibilitá-lo que não haverá mais questionamento sobre o que ficou decidido, bem como uma forma de garantia do acesso à justiça. Mas, o valor segurança não pode apenas ser promovido pelo instituto da coisa julgada. Existem outras formas de garantia da segurança jurídica. O problema surge quanto à melhor forma de assegurar a segurança jurídica. Por vezes, é melhor garantir a coisa julgada, em virtude de, em eventual desfazimento, criar-se uma situação indesejada, restabelecendo ao jurisdicionado a incerteza que lhe incomodava anteriormente. Noutros casos, não. Aqui reside o caráter ambivalente da coisa julgada inconstitucional.

Em situação de extrema gravidade com o comprometimento da ordem constitucional, não será melhor garantir a segurança de um só em detrimento de toda uma coletividade, nas hipóteses de enfraquecimento da supremacia constitucional. O critério não poderá ser previamente estabelecido, devendo ser resolvido pela via da ponderação do caso concreto. Acontece, porém, que essa ponderação não poderá ficar a critério do juiz, representante do Poder Judiciário, máxime porque ele representa um poder constituído que se subordina ao Poder Constituinte e seus atos não poderão atentar contra a Constituição. A não ser que a constitucionalidade de seus atos seja controlada por um procedimento previamente estabelecido.

Essa situação originaria uma grande retórica capaz de ensejar um círculo vicioso que levaria ao retorno de toda a discussão, porque se na coisa julgada inconstitucional o que se contesta é justamente um ato jurisdicional atentatório à Constituição, como forma de proteção à sua supremacia, o que impediria desse novo provimento ser contestado, caso se atribuísse ao juiz fazer a ponderação no caso concreto para dizer quando se poderá desfazer a coisa julgada? Nada, haja vista o processo recomeçar quando o prejudicado em uma demanda judicial, que teve o seu direito contestado após solidificar-se com a coisa julgada, se utilizar do mesmo mecanismo para (re)contestar o novo provimento. Aí, violaremos exatamente uma das exigências da segurança jurídica, concebida na estabilidade e coerência da jurisprudência dos tribunais.

Não seria, por outro lado, impossível admitir um sistema de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Judiciário, pois este poder é passível de atentar contra a Constituição, quando profere comandos normativos. Esse controle só pode ser concebido por meio da ponderação feita pelo órgão de representação popular, isto é, o Poder Legislativo, previamente estabelecido em hipóteses extremamente excepcionais, gravosas e comprometedoras da ordem constitucional. Se os atos do Poder Legislativo podem ser controlados pelo Poder Judiciário mediante o processo de controle de constitucionalidade, seja pelo sistema difuso ou concentrado, qual seria o óbice ao estabelecimento de tal pretensão? Nenhum. Exemplo disso é a previsão legal expressa no art. 485, do CPC, quando se contemplou a ação rescisória, como via capaz de desfazer a sentença de mérito. Outro se vê quando o próprio ordenamento jurídico previu, no art. 741, parágrafo único, do CPC, uma forma de controlar a constitucionalidade dos atos judiciais, nas hipóteses de inexigibilidade de título judicial pautado em lei declarada inconstitucional ou em situação tida por inconstitucional pelo STF. Não seria, por conseguinte, uma forma de desfazimento da coisa julgada, mas tão-somente um controle da constitucionalidade, sem necessariamente desfazê-la. O que a norma contempla é negar execução ao ato jurisdicional.

Por estes exemplos, é perfeitamente razoável o controle de constitucionalidade dos atos do Poder Judiciário, mesmo quando transcorrido o prazo decadencial de dois anos para o ajuizamento da ação rescisória. É isso o que nos mostra o art. 741, parágrafo único, do CPC.

A partir do estudo de caso realizado na segunda parte do trabalho, quando se analisaram os três casos selecionados, foi possível perceber que, embora os casos não contemplassem, concretamente, nenhuma situação de desfazimento da coisa julgada inconstitucional (em virtude do tamanho da amostra), os mesmos nos mostraram situações típicas que ensejariam a quebra do caso julgado. Contudo, constatou-se a consonância da abordagem teórica acerca da cognominada tese da relativização da coisa julgada com a aplicação, por aqueles que defendem tal tese – José Augusto Delgado e Teori Albino Zavascki-, nas decisões por eles participadas, sejam como relator ou não.

No capítulo VII, quando se analisou o recurso especial n. 671.182, tendo como Min. relator, Luiz Fux, o Min. Teori Albino Zavascki proferiu voto-vista, colacionando a prévia concepção que tem sobre a tese da coisa julgada inconstitucional, embora não tenha tido a possibilidade de desfazer o caso julgado que lhe foi apresentado por ocasião de a situação não se enquadrar na referida tese. Faltou, talvez, oportunidade, porque certamente se a situação permitisse a decisão seria diferente, consoante tem demonstrado em vários de seus escritos.

A consonância entre a abordagem teórica e a aplicação nas decisões do STJ existe porque, as teses concebidas previamente em nível doutrinário, pelos seus expositores – Teori Albino Zavascki e José Delgado-, sobre a temática da coisa julgada inconstitucional, foram expostas e defendidas também nas referidas decisões analisadas.

Por fim, concebendo a ambivalência da segurança jurídica, que tanto serve para justificar a supremacia constitucional, e, igualmente, a coisa julgada, é possível compreender, de forma mais racional e longe das paixões subjetivas que nos levam a defender um dogma, que a temática da coisa julgada inconstitucional foi admitida no direito Brasileiro, especialmente em nível legislativo, diferentemente da concepção exposta pelo Min. Luiz Fux, no recurso especial n. 671.182, analisado no capítulo VII.

Quanto à percepção do posicionamento do STJ acerca da coisa julgada inconstitucional, devido ao tamanho da amostra ser relativamente pequena em relação ao universo pesquisado, não há segurança em apontar para uma solução afirmativa. Entretanto, foi possível captar a ambiência do debate sobre o tema, especialmente na 1ª Turma da Corte, diante da presença de dois ministros que são considerados os maiores expositores da tese da coisa julgada inconstitucional. Isso se constatou dos argumentos apresentados por José Augusto Delgado e Teori Albino Zavascki, embora não tivessem tido a oportunidade de pôr em prática suas concepções, proferindo voto que conduziu o julgado no mesmo sentido de suas convicções.

10. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos e constitucionais, 2002.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 41 ed. São Paulo: Globo, 2001.

BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2 ed. Campinas: Russel, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Evandro Silva. *Coisa julgada inconstitucional e limitação temporal para a propositura da ação rescisória*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 12, V. 47, abr/junho, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil*. Revista de Direito Renovar. V. 21, jan/abril 2005.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1948.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional 41, de 19 de dezembro de 2003. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do §3º do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 de dezembro de 2003.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Eindt e Lívia Céspedes. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. *Código Civil*. Vade Mecum/ Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Eindt e Lívia Céspedes. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 de setembro de 1942.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 343. *In: Vade Mecum/ Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Eindt e Lívia Céspedes. Súmulas*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Súmula nº 400. *In: Vade Mecum/ Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Eindt e Lívia Céspedes. Súmulas*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 226.436-PR - 4ª Turma. Relator: Sálvio de Figueira Teixeira. Brasília, DJ, 04 de fevereiro de 2002.

_____. Recurso Especial nº 479.909 - 1ª Turma. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, DJ, 23 de agosto de 2004.

_____. Recurso Especial nº 671.182 - 1ª Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DJ, 02 de maio de 2005.

_____. Recurso Especial nº 721.808 - 1ª Turma. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, DJ, 19 de setembro de 2005.

_____. Recurso Especial nº 945.787 - 1ª Turma. Relator: Ministro José Augusto Delgado. Brasília, DJ, 19 de novembro de 2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 17.976-SP - 3ª Turma. Relator: Ministro Amaral Santos. Brasília, DJU 13 de setembro de 1968.

_____. Recurso Extraordinário nº 105.012-RN - 1ª Turma. Relator Néri da Silveira. Brasília, DJ, 1 de julho de 1988.

_____. Recurso Extraordinário nº 328.812 – AM – 1ª Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DJU, 11 de abril de 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes, "A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional". *In: Jorge Miranda (Org.). Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1987, p. 352.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CONJUR. *STJ decisões: sólido e estável*. *In: Anuário da Justiça*, 2007.

CRUZ, Luis M. *La constitución como orden de valores: problemas jurídicos y políticos*. Granada: Comares, 2005.

DALARRI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. Palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Processo Civil e Trabalhista, Natal/ RN, 22.09.2000.

_____. *Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. *RePro*, ano 26, n. 103, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Reflexões contemporâneas (maio 2006) sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere frontalmente postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal – Manifestações Doutrinárias. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/web/verDiscursoMin?cod_matriculamin=0001105> Acesso em 16 de fevereiro de 2008.

_____. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Relativizar a coisa julgada material*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: America Jurídica, 2002.

_____. *Relativizar a coisa julgada material*. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano IV, n. 19. Porto Alegre: Síntese, set/out, 2002, p.6.

FARIA, José Miguel. *Direitos Fundamentais e Direitos do Homem*. 3 ed. Portugal: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2001.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Estado de Direito e Constituição*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GARCIA, Maria. A inconstitucionalidade da coisa julgada. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 12, V. 47, abr/junho, 2004.

GRECO, Leonardo. *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 06 de abril de 2007.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*. Trad Ricardo Rodrigues Gama. 2 ed. Campinas: Russel, 2005.

HANS, Kelsen. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *In: Revista de Processo – 127*, p. 09/53.

JÚNIOR, Humberto Theodoro; FARIA, Juliana Cordeiro. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. *In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org). Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: America Jurídica, 2004.

JÚNIOR, Nelson Nery. *Código de Processo Civil comentado*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Campinas: Minelli, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tocantins: Intellectus, 2003, V. III.

MACHADO, Daniel Carneiro. *A coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MARINONI, Guilherme Luiz. *Sobre a chamada "relativização da coisa julgada material"*. Disponível em: <[www.http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/24.pdf](http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/24.pdf)>. Acesso em 06 de abril de 2007.

MARTINS, Francisco Peçanha. *Ação rescisória e coisa julgada: prazo para sua propositura*. In: Revista de Direito Renovar, V. 28, jan/abril, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar. *Controle de Constitucionalidade: comentários à Lei 9.868*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. In: *Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, novembro 2000.

MIRANDA, Antonio Garcia de *et al.* *Dicionário de ciências sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. *As novas tendências do Direito Constitucional*. Trad. Cândido Motta Filho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933.

MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada "relativização da coisa julgada material"*. Revista Dialética de Direito Processual, V. 22.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PÉREZ LUÑO. *La Seguridad Jurídica*. Barcelona: Ariel Derecho, 1991.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org). *Constituição e segurança jurídica. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SANDES, Márcia Rabelo. Mandado de segurança contra coisa julgada inconstitucional: admissibilidade e aspectos processuais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade* (CPC, art. 741, parágrafo único). In: Revista do Processo, nº 106, abril-junho de 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIERA, José Ribas; DUARTE, Fernanda; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe *et al.* *Os direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal – Laboratório de Análise*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO MESTRADO EM DIREITO DA
UNIVERSIDADE GAMA FILHO, NO RIO DE JANEIRO, E APROVADA PELA
COMISSÃO EXAMINADORA FORMADA PELOS SEGUINTE PROFESSORES:

PROF^a. DR^a. MARGARIDA MARIA LACOMBE CAMARGO
UNIVERSIDADE GAMA FILHO – UGF
(ORIENTADORA)

PROF. DR. CLEBER FRANCISCO ALVES
UNIVERSIDADE GAMA FILHO – UGF

PROF. DR. MARCO AURÉLIO LAGRECA CASAMASSO
UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES – UCAM

Rio de Janeiro, 25 de abril de 2008.

PROF. DR. PAULO EMÍLIO VAUTHIER BORGES DE MACEDO
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)