

COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

INTRODUÇÃO

O tema a ser tratado não foi, até o momento, objeto de análise específica em nossa doutrina nacional, embora se apresente como relevante diante da contradição existente entre alguns julgados dos Tribunais e o que decide sobre a matéria o Supremo Tribunal Federal, posteriormente, provocando sérios conflitos de julgamentos e enormes prejuízos ao jurisdicionado.

O nosso objetivo no presente trabalho é traçar um perfil do que está ocorrendo, trazendo lições doutrinárias com o fito de ajudar, levando a uma ordenação da matéria e buscando uma solução justa através de instrumento hábil ao jurisdicionado para atendê-lo em momentos de impasse intransponível das vias utilizáveis na atualidade.

A inexistência de trabalhos sobre o tema no âmbito da doutrina nacional e de uma maior ousadia da jurisprudência dificulta a tarefa ao tratar deste assunto, tendo de se recorrer a parâmetros teóricos e buscar elementos em temas variados para se fazer um apanhado geral a fim de oferecer um material que provoque debate e maior aprofundamento sobre a coisa julgada inconstitucional em nosso país.

A coisa julgada inconstitucional está a merecer da classe jurídica brasileira uma nova postura diante das situações conflitantes que possam surgir no momento em que o jurisdicionado se depara com uma coisa julgada inconstitucional, sem que nada possa ser feito depois de consumado o prazo decadencial de uma rescisória.

Alguns casos com que nos deparamos, na prática, são exemplos típicos dessas situações conflituosas. Vejamos. Basta ver o caso de um servidor público que obteve determinada vantagem funcional perante o Judiciário e, uma vez transitada em julgado a sentença que concedeu tal vantagem, está assegurado em seu direito de forma definitiva. Esse servidor, no entanto, exerce cargo idêntico ao de um outro colega da mesma repartição, ingressaram no serviço público na mesma data, com salários rigorosamente idênticos. O outro servidor também foi ao Judiciário buscar a mesma vantagem. Nada obstante, o Judiciário negou o seu direito, quer porque um outro Juiz entendeu que não

fazia jus a tal pleito, quer porque houve mudança da jurisprudência sobre o assunto. A sentença proferida no processo desse outro servidor também transitou em julgado. A perplexidade reside no fato de que um está percebendo salário maior, concedido pelo Judiciário, e o outro uma menor remuneração, embora ambos estejam invocando a irreversibilidade de suas situações com base na coisa julgada. Pergunta-se: é justa essa situação? Não está havendo uma afronta ao princípio da isonomia? O princípio da isonomia não está insculpido na Constituição? Um princípio constitucional deve ser sacrificado em nome da coisa julgada, de forma irreversível? Não deveria haver algum remédio legal para corrigir essa distorção?

Diante do caso posto e das indagações que surgem, parece que se justifica a apreciação desse problema, quer no campo do Direito Processual quer no do Direito Constitucional. Por isso é que nos propomos a fazer uma análise do tema, preocupado que estamos, na condição de aplicador da norma, em descobrir a real finalidade do Direito e, especialmente, do Judiciário.

A preocupação aqui manifestada não é isolada. A Professora ADA PELEGRINE GRINOVER, adverte que **“Preocupante fenômeno tem-se revelado na prática judiciária desses últimos tempos: inúmeros litígios entre a Fazenda Pública e os contribuintes de diversos tributos, de duvidosa constitucionalidade, têm agitado e sobrecarregado os tribunais do País, com decisões divergentes.”**¹ Da mesma forma que ocorre com os tributos, tem se dado o mesmo em outras áreas como as vantagens de servidores públicos antes referidas, sendo que, em muitos casos, os órgãos jurisdicionais têm afirmado a inconstitucionalidade dos referidos tributos ou vantagens, através do exercício do controle difuso da constitucionalidade, cujas sentenças vêm a se revestir da autoridade da coisa julgada.

Acrescenta ADA PELLEGRINI GRINOVER ter acontecido, no entanto, **“que posteriormente o STF, pela via do recurso extraordinário, veio a declarar, *incidenter tantum*, a constitucionalidade do tributo, em casos concretos distintos daqueles em que se deu a coisa julgada favorável ao contribuinte.”**²

¹GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação Rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set.1997, p. 37. Ano 22.

² Idem... p. 37.

Inicialmente, no primeiro capítulo, dando início a uma análise do tema proposto, fizemos uma incursão teórica a respeito dos princípios de justiça e segurança jurídica, face a disputa valorativa que os mesmos representam e a adequação ao tema em discussão. Para uma melhor compreensão desses institutos, procuramos ter uma visão sobre a norma jurídica, sua natureza, validade e eficácia. Uma rápida idéia se faz presente quanto a teoria do ordenamento jurídico para, em seguida, adentrarmos no fértil campo dos conceitos de justiça e segurança jurídica, pondo-se em evidência as correntes filosóficas existentes a esse respeito. Não se deixa de incursionar também nos princípios norteadores do sistema jurídico, fechando o raciocínio sobre a questão da segurança jurídica, face ao princípio de justiça.

O segundo capítulo versará sobre a coisa julgada, vista sob o ângulo de seu conceito, classificação e algumas noções alienígenas, sem se abandonar alguns aspectos históricos e a sua evolução no Brasil.

Ao terceiro capítulo dedicamos o estudo do controle de constitucionalidade, onde restaram demonstradas as diversas formas de controle para, em seguida, verificarmos os efeitos emanados da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário e das Ações Diretas de Constitucionalidade e Inconstitucionalidade.

O capítulo quinto se destina a fazer uma análise crítica dos efeitos produzidos pela coisa julgada, no que concerne ao problema das nulidades processuais e ao fenômeno das nulidades da coisa julgada inconstitucional.

O sexto capítulo se presta a mostrar os meios que a coisa julgada inconstitucional pode ser questionada, sendo a ação rescisória o mais hábil, enquanto não estiver extinta pela decadência, ao passo em que os demais, como o Mandado de Segurança e o Ato Declaratório de Inexistência de relação Jurídica são apenas referidos pela doutrina como perfeitamente adequado, sem que tenha recebido da jurisprudência o prestígio que se apregoa.

O sétimo capítulo está sendo utilizado como “gancho empírico”, visando mostrar no campo prático o descompasso existente a respeito do fenômeno da coisa julgada inconstitucional. O casuísmo demonstrado serve para justificar o tema proposto.

Por último, versamos sobre a proposição do presente trabalho, propugnando por uma ação declaratória de inexistência de coisa julgada inconstitucional, passando por uma análise da mudança de concepção da doutrina e jurisprudência para se alcançar tal desiderato.

CAPÍTULO I

SEGURANÇA E JUSTIÇA

Este capítulo poderia até ser o tema do trabalho, tão arraigado se encontra ao que aqui nos propomos a discutir. O direito, como objetivador da preservação dos mais diversos valores, guarda em suas entranhas esses princípios tão caros à humanidade: justiça e segurança.

Por isso ao se falar da Coisa Julgada Inconstitucional não se poderia deixar de enfatizar com grande pompa esses princípios. Nada obstante, a importância da justiça e da segurança na ordem jurídica envolve uma complexidade de outros valores e características do direito que são impossíveis de serem excluídos da análise do tema.

Assim, para podermos ter uma visão mais abrangente, necessário se faz que outros sub-temas aqui sejam tratados, como a norma jurídica, o ordenamento jurídico e alguns princípios que embasam o nosso sistema jurídico, conceituando-os e mostrando suas importâncias nesse emaranhado de idéias.

1.1. Norma jurídica: conceito, características e finalidade

O entendimento a respeito da segurança e justiça começa pela noção de norma jurídica, pois esta é quem oferece o indicativo desses valores, como forma de melhor nos situarmos sobre o tema aqui versado. O conceito, características e finalidade da norma jurídica é o primeiro passo para nossa empreitada.

Para ARNALDO VASCONCELOS **“O conceito mais simples de norma jurídica e, talvez por isso mesmo, o de maior virtualidade, embora envolva uma tautologia, é aquele que resulta do posicionamento da expressão sintética “jurídica” ao lado da correspondente expressão analítica “de Direito”**: norma

jurídica é norma de Direito, isto é, norma de fazer Direito. A norma jurídica é regra de fim.³

Com esse conceito dimensionam-se, aí, os aspectos formal e material do Direito. O que se vê é que o direito de que se trata é aquele que se põe através da norma, ou seja, o direito positivo. Por isso, o direito posto na norma é Direito-previsão ou previsão de Direito e, com isso, acontecendo o fato normativo, realiza-se a previsão, surgindo daí o Direito.

É ainda ARNALDO VASCONCELOS que diz com acerto que **“Qualquer definição de norma jurídica seria, se não impossível, pelo menos insuficiente. Em todo caso, jamais se alcançaria a definição exata das ciências naturais”**.⁴ Essa dificuldade quanto à completude do conceito de norma jurídica tem a ver com as características que cada corrente doutrinária indica como forma de melhor compreendê-la.

Muitas são as correntes doutrinárias que apontam as notas caracterizadoras da norma jurídica. Dentre elas invoquemos a de que essas características são a bilateralidade, a disjunção e a sanção. Sanção aqui entendida como **“institucionalização do poder posto a serviço do Direito por intermédio do Estado ou das associações que o elaboram e o garantem, afastando-se de logo, por conter o vício original da redução, todo conceito de norma jurídica em termos de sanção estatal ou, o que seria pior, de coatividade ou coação.”**⁵

Essas características da norma jurídica indicadas por ARNALDO VASCONCELOS são também encontráveis na teoria egológica de CÓSSIO, sintetizada por ENRIQUE R. AFTALIÓN e JOSÉ VILANOVA, que vê a norma como coativa, intersubjetiva ou bilateral, disjuntiva e aplicável através da sanção. CÓSSIO, apesar de incluir a coação como elemento integrante da norma, entende não ser equiparável o direito a um ato de força, porque nem todos os atos jurídicos são atos de força e, por outro lado, nem todos os atos de força têm igual sentido para o direito.⁶

3 VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 26.

4 Idem... p. 27.

5 Idem... p. 27-28.

Outras correntes doutrinárias têm uma visão diferente da norma jurídica. DEL VECCHIO, citado por NORBERTO BOBBIO, entende que a norma jurídica comporta quatro características: bilateralidade, generalidade, imperatividade e coatividade;⁷ CARNELUTTI, mencionado por NORBERTO BOBBIO, vê na norma jurídica dois ingredientes: preceito e sanção⁸ e o positivismo jurídico, como um todo, tem a norma jurídica como coativa e imperativa, além de outros requisitos.⁹

É perfeitamente possível se constatar que os elementos ou características da norma jurídica variam de acordo com o pensamento reinante em cada teoria ou corrente doutrinária. Aliás, esse é um traço sempre comum a quase todos os institutos jurídicos.

Com relação à finalidade da norma jurídica, ARNALDO DE VASCONCELOS indica que sua vocação especial **“é realizar Direito. E só há Direito a partir de uma norma que o preveja. O campo de incidência das normas jurídicas constitui o mundo do Direito. Entretanto, sempre haverá normas para todas as hipóteses possíveis. Se não se encontram explícitas no ordenamento, com certeza, nele estão implícitas”**.¹⁰

Não se pode deixar de reconhecer que a norma jurídica como realizadora do Direito objetiva, também, a segurança jurídica. Essa idéia está presente em MANUEL ARAGON, ao afirmar que **“a segurança jurídica (pois o positivismo, embora renegue os fins do Direito, postula, inequivocamente, este fim) é o sustentáculo, sem outros acréscimos, das normas de todo o ordenamento (ou, para o positivismo, de todo o sistema jurídico), senão naquela que o encabeça e por sua vez a sustenta: a Constituição”**.¹¹

6 AFTALIÓN, R. Enrique e VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s.d., p. 362.

7 Idem... p. 362.

8 Idem... p. 154.

9 Idem... p. 131-137. Acrescenta que são sete as características que o positivismo dispensa à norma jurídica: o direito como fato e não como valor; a coação; a lei como fonte proeminente do direito; o imperativismo da norma; a norma dentro de um ordenamento jurídico, dando-lhe completude e coerência; a interpretação como elemento para se entender a norma e a obediência absoluta da lei enquanto tal.

10 VASCONCELOS, Arnaldo, op. cit. p. 27.

11 ARAGON, Manuel. *Constitucion y Control del Poder*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995, p. 45. “La seguridad jurídica (pues el positivismo, aunque reniegue de los fines del Derecho, postula, inequivocamente, este fin) puede sustentar, sin otras adiciones, a las normas de

Esse ponto de vista não é regra absoluta nem invariável. Há quem sustente, como faz ARNALDO DE VASCONCELOS, que

“as propaladas estabilidade e segurança da própria norma escrita são relativas, porque, em verdade, o que se aplica é a interpretação normativa, e nunca a norma em seu presumível e problemático significado original. Ou melhor, suas reinterpretações, dado que interpretada ela já o foi, quando de sua criação. Nesse sentido, deve entender-se a afirmativa de Kelsen, segundo a qual ‘a norma funciona como esquema de interpretação’. Assim sendo, ‘o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico), é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa’.¹²

Não enxergando como objetivo da norma jurídica apenas o elemento segurança, ARNALDO DE VASCONCELOS, com razão, apregoa que a norma não está desprovida de conteúdo e por isso **“a norma jurídica obriga porque contém preceito capaz de realizar, em cada época e de acordo com sua específica mundividência, aquilo que se entende por justiça. Se essa falha em grau intolerável, como ensina Tomás de Aquino, o Direito positivo cede lugar ao Direito de resistência, não positivo. Será o “apelo aos Céus”, a que depois se referiria John Locke. O fundamento da norma jurídica é dado, pois, pela razão de justiça”.**¹³

As teorias que se preocuparam com a razão de justiça como fundamento da norma jurídica foram as teocráticas, jusnaturalista, contratualista e neocontratualista, histórica, sociológica e normativistas.¹⁴

Reunidos esses pontos a respeito da norma jurídica, invoca-se ARNALDO DE VASCONCELOS para dizer que **“A estas alturas, os elementos fundamentais do conceito foram, todos, devidamente colocados. Então, com Korkounov, pode concluir-se que jurídicas são as normas “de delimitação de interesses, fixando o limite entre o direito e o não-direito”.**¹⁵

todo el ordenamiento (o, para el positivismo, de todo el sistema jurídico), pero no a la que lo encabeza y, a sua vez, lo sustenta: a la Constitución”. (Tradução nossa).

¹² VASCONCELOS, Arnaldo, op. cit., p. 27.

¹³ Idem... p. 97.

¹⁴ VASCONCELOS, Arnaldo, op. cit., p. 97-127.

¹⁵ Idem... p. 28.

As características e finalidade da norma continuarão a ser objeto de relato no item seguinte que cuida da lei e da sentença, pois estas são normas específicas dentro do gênero “normas jurídicas”.

1.2. Natureza jurídica da lei e da sentença

Afirmam EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMON FERNÁNDEZ que **“O termo lei costuma ser empregado em sentidos diferentes que convém especificar para evitar equívocos. Algumas vezes, ao falar de lei, está se fazendo referência a toda norma jurídica. Outras vezes, porém, utiliza-se como equivalente a norma escrita, sem distinção alguma de sua categoria”**.¹⁶

Segundo ROSCOE POUND, existem doze concepções sobre o que é a lei, assim resumidas: é uma norma ou conjunto de normas divinamente ordenadas para a ação humana; a idéia de lei como tradição dos velhos, remotos costumes que estavam provados serem aceitáveis pelos deuses e, assim, apontavam o caminho que o homem poderia percorrer com segurança; concebe a lei como a prudência ou sabedoria registrada de sábios antigos; a lei pode ser vista como um sistema de princípios filosoficamente descobertos; a lei encarada como um corpo de investigações e declarações sobre um código moral imutável e eterno; a idéia de lei como um corpo de acordos de homens numa sociedade politicamente organizada, no tocante a suas relações mútuas; concebeu-se a lei como um reflexo da razão divina que governa o universo; a lei foi concebida como um conjunto de ordenações da autoridade soberana numa sociedade politicamente organizada; considera-se a lei um sistema de preceitos descobertos pela experiência humana; pensaram lei como um sistema de princípios, descoberto filosoficamente e desenvolvido em pormenor por escritura jurídica e decisão judicial; no séc. XIX, a lei foi considerada um corpo ou sistema de normas impostas aos homens em sociedade pela classe dominante do tempo; a noção de lei baseia-se nos ditames de ordem econômica e social, relativamente à conduta do homem em sociedade.

¹⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Trad. de Arnaldo Setti. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 147.

ROSCOE POUND sustenta que a finalidade da lei passou, dentro dessas concepções antes demonstradas, por três objetivos que marcaram profundamente a história e estamos vivendo um quarto: o primeiro foi com o fim de manter a paz numa determinada sociedade; o segundo, manter o *status quo* social; o terceiro, promover ou permitir o máximo de livre auto-afirmação individual e quarto e último, no qual os juristas começaram a pensar mais em termos de necessidades, desejos ou expectativas humanas do que de vontades humanas. A lei é vista como um máximo de satisfação de necessidades e não de auto-afirmação.¹⁷

Quanto à sentença, PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA faz importantes considerações ao compará-la com a lei. Diz ele **“que a decisão, do ponto de vista de sua estrutura lógica, apresenta significativos pontos de contato com a lei, porquanto esta também se constitui num comando, numa ordem, numa determinação”**.¹⁸

Acontece que essa identidade é relativa, embora tenha **“produzido afirmações que adquirem foros de verdade e são úteis por destacarem aquilo que os dois atos estatais (sentença e lei) têm em comum”**.¹⁹ Assim, o Código de Processo Civil ao afirmar que **“A sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.”** Com isso, é possível se constatar que o Código associa a sentença à lei, reconhecendo-lhes identidade.

Como se disse, essa igualdade é relativa, uma vez que somente algumas características lhes são peculiares como o fato de serem estatais, obrigatórios, dirigirem-se a outrem, constituírem-se em comandos e disciplinarem relações sociais regendo direitos, deveres, pretensões, obrigações e exceções.

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, com razão, indica mais pontos de divergências significativos entre a lei e a sentença do que identidades entre esses dois institutos. Para isso afirma que

17 POUND, Roscoe. *Introdução à Filosofia do Direito*. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: ZAHAR, 1965, p. 41-53.

18 LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.35.

19 Idem... p. 35.

“característica marcante da lei é seu abstracionismo (caráter hipotético), o que significa dizer seu descompromisso com qualquer acontecimento concreto. Aliás, não poderia ser de outra forma, visto que a lei não se aplica a fatos ocorridos antes de sua vigência. Portanto, ainda que o legislador, para elaborar a lei, sirva-se da experiência de fatos passados, examinando o meio social e as relações que lhe pareçam carecedoras de disciplinamento para a coexistência pacífica dos homens, as regras ao final convoladas em lei não podem apanhar senão os acontecimentos futuros.

Com a sentença dá-se o oposto. Somente podem apanhar os fatos passados, dado que o juiz sempre analisa a incidência da norma, depois de sua ocorrência.

A sentença também se separa da lei por se tratar de ato plenamente vinculado. O juiz não pode, sem ofensa aos mais mezinhos princípios de Direito Constitucional, adotar solução diferente da prescrita na lei, ou, à falta dela, no Direito”. Com a lei se dá justamente o oposto, porquanto ressaltados os aspectos formais, relativos ao processo legislativo, bem assim respeitadas as restrições impostas pela Carta Política, ela (a lei) tem ampla liberdade de escolha das soluções. Trata-se de atividade plenamente discricionária”.²⁰

Conclui afirmando PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA que

“De todas as diferenças que distanciam sentença e lei, seguramente a mais significativa é a impessoalidade (generalidade) da segunda, frente a pessoalidade (individualidade) da primeira. Realmente, a lei é editada para se aplicar a todas as pessoas submetidas à soberania do Estado, bastando para tanto que qualquer uma realize ou participe do acontecimento nela previsto. Dessa impessoalidade, inclusive, decorre outra característica da lei: a inesgotabilidade. Tal significa que a lei não se exaure com a incidência e aplicação, dado que editada para incidir e ser aplicada indefinidamente, tantas vezes quantas ocorrerem os fatos tomados como seu suporte. A lei não se gasta com a incidência. Não diminui de volume. Não se esgota. ... Já a sentença, em tendo caráter concreto, consoante acima explicitado, se refere exclusivamente a determinados indivíduos”.²¹

O ponto de vista de HANS KELSEN é de que **“A decisão judicial cria uma norma individual que deve ser considerada válida e, portanto, jurídica, contanto que não tenha sido anulada, da maneira prescrita pelo Direito, por ter sido a sua “ilegalidade” verificada pelo órgão competente”.²²**

²⁰ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Op. cit., p. 36-37.

²¹ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Op. cit., p. 37-38.

²² KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Fontes, 1990, p. 160.

Segundo HANS KELSEN, a doutrina tradicional reputa como aplicação de Direito, antes de mais nada, a decisão judicial, a função dos tribunais. Afirmo o mestre de Viena que **“Quando soluciona uma disputa entre duas partes, ou quando sentencia uma punição para um acusado, o tribunal aplica, é verdade, uma norma geral do Direito estatutário ou consuetudinário. Simultaneamente, no entanto, o tribunal cria uma norma individual que estipula que uma sanção definida seja executada contra um indivíduo definido”**.²³

Essa posição de HANS KELSEN é criticada, parece-nos com razão, por ARNALDO VASCONCELOS, quando diz que **“Todos os que reduzem o Direito à sentença – dado o pressuposto de que ela decorre sempre de um ilícito, único motivo de ir ao tribunal – cometem equívoco semelhante ao de Hobbes e Carnelutti. Enquadra-se na hipótese a Teoria Pura de Kelsen”**.²⁴

Essa concepção de ARNALDO VASCONCELOS que se baseia no fato do relacionamento que HANS KELSEN estabelece entre norma geral (constitucional) e individual (sentença), peca por imprecisão porque, na verdade, **“a sentença só assume a qualidade de norma jurídica quando Direito, que ela revela, torna-se, por sua uniformidade e constância, modelo de conduta social. Portanto, a norma jurisprudencial, e não a sentença, é que constitui norma jurídica. Excetue-se a sentença normativa, proferida na jurisdição do Direito do Trabalho”**.²⁵

Hoje, devemos acrescentar a essa hipótese as sentenças proferidas nos processos coletivos em geral e nas Ações Diretas de Constitucionalidade e Inconstitucionalidade, as quais estendem a qualidade da coisa julgada a todos que estejam alcançados pela relação jurídica decidida.

Como vimos a sentença - uma espécie de norma individual – aproxima-se em alguns pontos da lei, tendo em vista certas características comuns, porém com esta não se confunde nem guarda total identidade.

23 Idem... p. 139.

24 VASCONCELOS, Arnaldo. Op. cit., p. 15.

25 Idem... p. 15-16.

1.3. Validade e eficácia das normas jurídicas

Ao se tratar do tema da norma jurídica não podemos nos furtar a uma rápida idéia sobre a validade e eficácia das normas jurídicas dentro da teoria geral do Direito.

O objetivo aqui é apenas trazer algumas informações sobre esse tema tão palpitante e que encontra grande dificuldade no seio doutrinário quanto à unidade de seus conceitos e a finalidade a ser alcançada.

Os pontos aqui exposto servirão para auxiliar no entendimento do que será discorrido no capítulo referente à análise crítica dos efeitos da inconstitucionalidade das normas e na proposta do presente trabalho sobre a ação declaratória de coisa julgada inconstitucional.

TEREZA ARRUDA ALVIM PINTO proclama que **“Eficácia e validade são palavras que normalmente vêm juntas, apresentando nítida conexão contextual, embora não queiram significar a mesma coisa. O problema começa com as incertezas terminológicas e não é particular à teoria do Direito Constitucional, mas diz respeito à ciência jurídica em geral.”**²⁶

Invocando ensinamento de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., acrescenta TEREZA ARRUDA ALVIM PINTO que **“Às vezes fala-se, na terminologia usual, indistintamente, em vigência, validade, vigor e eficácia”**. Depois, acrescenta a mesma doutrinadora que a nulidade relaciona-se com o problema da validade, e a eficácia, de uma forma ou de outra, com a produção de efeitos.²⁷

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS informa que HANS KELSEN faz a distinção entre *validade e eficácia* quando diz que a primeira se encontra inserta na ordem do *dever ser*, mas a última na do *ser*: **“Como a vigência da norma pertence à norma do dever ser, e não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e**

²⁶ PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades da Sentença*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 80.

²⁷ Idem... p. 81.

observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos.”²⁸

Para HANS KELSEN, ainda citado por MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS, se uma norma ao prescrever uma conduta que *deve ser* apoiada em norma superior, ela é *válida*, sem que isso implique que a conduta nela prescrita se verifique no mundo real, dos fatos, do *ser*, enfim. O mundo do *ser* – afirma HANS KELSEN - **“diz respeito à eficácia, ou seja, ao âmbito em que se afere o cumprimento de verdade, ou o descumprimento da conduta prescrita, porquanto a conduta que é nem sempre corresponde àquela que *deveria ser*”**. Por isso é possível surgir a idéia de uma norma *válida*, porém não *eficaz*. **“Válida porque existente de forma adequada à norma superior, mas ineficaz porque a conduta nela estipulada não ocorre, de fato”**.²⁹

A posição de HANS KELSEN trazida pelo Professor MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS foi exposta em sua Teoria Pura do Direito. Posteriormente, ao escrever sobre a Teoria Geral do Direito e do Estado, HANS KELSEN explicou o tema com mais detalhe dizendo:

“No que foi escrito anteriormente, tentamos esclarecer a diferença entre a validade e a eficácia do Direito. Validade do Direito significa que as normas jurídicas são obrigatórias, que os homens devem se conduzir como prescrevem as normas jurídicas, que os homens devem obedecer e aplicar as normas jurídicas. Eficácia do Direito significa que os homens realmente se conduzem como, segundo as normas jurídicas, devem se conduzir, significa que as normas são efetivamente aplicadas e obedecidas. A validade é uma qualidade do Direito; a chamada eficácia é uma qualidade da conduta efetiva dos homens e não, como o uso linguístico parece sugerir, do Direito em si. A afirmação de que o Direito é eficaz significa apenas que a conduta efetiva dos homens se conforma às normas jurídicas. Assim, validade e eficácia referem-se a fenômenos inteiramente diferentes”.³⁰

28 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Existência, Vigência, Validade, Eficácia e Efetividade das Normas Jurídicas. In *Revista da Procuradoria Geral da República*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 158, v. 2.

29 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Op. cit., p. 158.

30 KELSEN, Hans. Op. cit., p. 44.

Os temas validade e eficácia são trabalhados sempre com essa distinção, o que nos estimula a visualizar cada conceito de forma autônoma, ou seja, explicando o que vem a ser validade e o que se entende por eficácia.

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ nos transmite a idéia de que validade das normas jurídicas é tema de muitas facetas, pois

“nele estão implicados problemas relativos ao fundamento da ordem jurídica, que relevam, por sua vez, discussões em torno dos conceitos de legalidade e legitimidade. Validade também se toma no sentido de afetividade, de cumprimento e de aplicação das normas. Não se pode esquecer ainda as discussões em torno da validade, como termo primitivo da lógica deôntica, ou as especulações sobre o sentido lógico-transcendental do valor como categoria básica do pensar normativo. A Dogmática Jurídica, por seu lado, costuma assumir o termo nas suas implicações práticas, girando suas discussões em torno da capacidade da norma em resolver tais e tais conflitos, criando-se, então, conceitos como direito vigente, direito eficaz, que procuram enquadrar questões como a do âmbito de aplicação, retroatividade e irretroatividade, nulidade e anulabilidade, etc.”³¹

Essa explicação de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR é importante para compreendermos em qual sentido o termo validade está sendo utilizado. Nossa meta aqui não é dirimir por completo esses conflitos, mas ficarmos atentos a essas idéias para que possam ajudar um pouco o nosso raciocínio em nossa proposta final.

HANS KELSEN afirma que **“Por ‘validade’ queremos designar a existência específica de normas. Dizer que uma norma é válida é dizer que pressupomos sua existência ou – o que redundava no mesmo – pressupomos que ela possui ‘força de obrigatoriedade’ para aqueles cuja conduta regula. As regras jurídicas, quando válidas, são normas. São, mais precisamente, normas que estipulam sanções”**.³²

Observamos que das lições de HANS KELSEN pode-se extrair, inicialmente, que ele trata a validade como sendo a mesma coisa de vigência e existência, pelo que a norma jurídica para ele não sendo válida não está vigente, e por conseguinte, é inexistente. Por isso NORBERTO SCHWARTZ reforçando essa idéia afirma que **“... uma norma válida e que tenha eficácia, deve, necessariamente, estar em vigor. É**

³¹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 94.

³² KELSEN, Hans. Op. cit., p. 36.

que uma norma, para que imponha forçosamente o seu comando (válido e eficaz, portanto), não pode deixar de ser vigente. Preceito não vigente é preceito inexistente, porque ainda não incorporado ao ordenamento”.³³

NORBERTO SCHWARTZ faz ainda a distinção da norma válida no seu aspecto formal e material, tendo como “ **válida, do ponto de vista formal, a norma jurídica quando tenha sido respeitados todos os requisitos estabelecidos por outras normas de maior hierarquia**”. Enquanto isso, a validade material, leva em conta o conteúdo da norma, a sua substância impositiva. “Desse modo, para ter validade do ponto de vista material, é imperioso que a regra editada seja dotada de um conteúdo que não conflite com o de outra norma que lhe seja superior em termos de hierarquia”³⁴ e com isso a norma inferior (ou fundada) deve ser compatível com a autorização contida em outra superior (ou fundante).

Com efeito temos de levar em consideração que o conceito global de validade da norma jurídica deve ter, de um lado, o seu aspecto formal, e, de outro, o seu aspecto material, sendo que o primeiro impõe que seja editada por quem tenha competência para tanto e haja respeito quanto aos requisitos para a sua elaboração. Quanto à segunda “**exige que tal norma apresente um conteúdo autorizado por outra de mais elevada hierarquia, de sorte que entre a regra subordinada e a subordinante exista sempre plena compatibilidade substancial**”.³⁵

A validade da norma vista sob o aspecto formal e material e a conotação que a mesma toma ao se adequar ou não a uma norma de hierarquia superior é o ponto que realmente interessa ao nosso estudo, pois oferece elementos para se ter uma idéia da norma existente ou não na ordem jurídica.

NORBERTO SCHWARTZ conceitua a eficácia como sendo “**...a qualidade da norma em termos de sua efetiva possibilidade de aplicação e de atuação em relação às realidades que visa tutelar. A contrário modo, seria ineficaz o preceito que objetivasse regular o impossível, ou que preconizasse estabelecer critérios de conduta de difícil consecução, porque divorciado da realidade social a que se destina**”.³⁶

33 SCHWARTZ, Norberto. *Noções de Direito*. Curitiba: Juruá, 1997, p. 107.

34 Idem... p. 103-104.

35 Idem... p. 103-105.

Depois continua NORBERTO SCHWARTZ afirmando que o conceito de eficácia não pode se limitar a uma maior ou menor adesão do grupo social ao seu cumprimento, porque mesmo assim **“essa eficácia não deixará de existir naquelas condições em que a sua aceitabilidade for menor. Se assim fosse, as normas que impõem exigências tributárias possivelmente não teriam eficácia, porque certamente não encontrariam a adesão da totalidade dos destinatários que compõem o universo dos contribuintes”**.³⁷

Com isso, podemos concluir afirmando, como NORBERTO SCHWARTZ, que uma norma pode ter validade e estar em vigor sem ter eficácia, bastando que tenha sido editada pelo ente estatal competente, seguindo os procedimentos formais e esteja autorizada por outra norma de hierarquia superior. Por outro lado, uma norma pode estar em vigor, ter eficácia e não possuir validade. Basta que tenha sido editada, estar em vigor e ter condições de se exigir o seu cumprimento, porém que tenham sido **“desconsiderados os pressupostos impostos para a sua elaboração e/ou por apresentar conteúdo não autorizado pela norma fundante, é inválida, formal e/ou materialmente”**.³⁸

A professora TEREZA ARRUDA ALVIM PINTO explana que: **“Discute a doutrina se o termo eficácia se refere à efetiva produção de efeitos ou à aptidão para produzi-los. Alguns autores, em lugar de discutir o sentido do termo, assinalam ter ele dois sentidos: a) sociológico (produção efetiva de efeitos); b) jurídico (possibilidade de produção efetiva de efeitos)”**.³⁹ Assim, podemos concluir que uma coisa é a norma estar produzindo efeitos; outra, bem diferente, é ser possível essa produção de efeitos pela norma.

Diz mais TEREZA ARRUDA ALVIM PINTO que se pode fazer outra distinção quando se pensa na *aptidão para a produção de efeitos* e aí **“a palavra eficácia tem dois sentidos: a) ter condições fáticas de atuar, por ser adequada à realidade; b) ter**

36 SCHWARTZ, Norberto. Op. cit., p. 106.

37 Idem... p. 106.

38 Idem... p. 107

39 PINTO, Tereza Arruda Alvim. Op. cit., p. 81

condições técnicas de atuar, porque presentes os pressupostos normativos que a ajustam à produção de efeitos”.⁴⁰

Acrescenta ainda TEREZA ARRUDA ALVIM PINTO que **“a palavra eficácia pode ser entendida como aptidão, *in abstracto*, para gerar efeitos próprios e pode dizer respeito aos efeitos que podem ser produzidos *in concreto*, numa perspectiva potencial e atual, respectivamente”**.⁴¹ Portanto, quando o termo aparece, é conveniente que se esclareça em que sentido o mesmo está sendo usado.

Por último, afirma TEREZA ARRUDA ALVIM PINTO que normalmente os atos viciados, nulos ou anuláveis, são (ou melhor, tendem a ser) privados de efeitos, **“mas de seus efeitos típicos, isto é, daqueles a que são preordenados. Nada impede que produzam efeitos atípicos ou indiretos”**. Em seguida, conclui dizendo: **“Eficácia, para o nosso vocabulário, terá o sentido de efetiva produção de efeitos típicos. Com ‘efeitos típicos’, queremos significar efeitos queridos pelo agente, se for um ato: pelo legislador, se for uma norma”**.⁴² Haveremos de reconhecer, portanto, que o conceito de eficácia no entender de TEREZA ARRUDA ALVIM PINTO está voltado para o aspecto da possibilidade de produção de efeitos e por isso se trata de um conceito jurídico.

A posição da professora TEREZA ARRUDA ALVIM PINTO, quando trata do problema de validade no campo das nulidades, tem exata correspondência com o afirmado por TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ, ao dizer que o instituto pode ser visto também numa análise dogmática da norma, dentro da teoria das nulidades. Sob esse ângulo é que cabe visualizarmos os conceitos da Professora TEREZA ARRUDA ALVIM PINTO em sua obra específica sobre as nulidades da sentença.

O Professor JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, traduzindo o pensamento de JHERING e procurando reduzir o problema da diversidade de conceitos ao mínimo possível, dá uma lição que vale a pena ser transcrita:

“Uma posição retoricamente mais econômica: basta validade (norma promulgada de acordo com as regras do sistema), eficácia jurídica ou vigência (porque a norma aí pode ser arguida, tem pretensão de eficácia plena e imediata, não demanda regulamentação, não está em *vacatio* etc.) e efetividade ou eficácia social (que é conceito sociológico-jurídico: ser a norma cumprida por um número razoável de destinatários, seja ou não

⁴⁰ PINTO, Tereza Arruda Alvim. Op. cit., p. 81.

⁴¹ Idem... p. 81.

⁴² Idem... p. 81-82.

válida). Parece-nos ainda mais clara a simples bipartição: norma válida, com ou sem pretensão de eficácia ou alegabilidade dogmática, e norma eficaz, a eficácia entendida faticamente como efetividade”.⁴³

Desse modo, estão restritos os conceitos ao campo exclusivo da validade e eficácia, compreendendo aí todos os outros temas que se queira introduzir numa classificação mais ampla.

O que se disse no início, quanto à dificuldade da doutrina em identificar cada um desses institutos foi confirmado no decorrer da exposição.

É certo, no entanto, que a validade está afeita mais ao aspecto da adequação da norma inferior do que a uma norma superior, quer seja no aspecto formal, quer no material. Assim, o problema da validade pode ser identificado com o aspecto da existência ou não do ato ou norma.

A eficácia é sempre empregada no sentido de aptidão para produção dos efeitos da norma ou do ato, seja em termos potenciais, seja no campo da concreção.

Esses elementos são suficientes para extrairmos da teoria geral do Direito que a decisão judicial, como espécie de norma jurídica, deve se adequar a essas idéias e atender aos conceitos que bem identificam uma norma jurídica válida e eficaz.

1.4. Teoria do ordenamento jurídico

Ninguém melhor do que NORBERTO BOBBIO para traduzir a importância da teoria do ordenamento jurídico e dizer que a mesma tem em vista estudar o **“conjunto ou complexo de normas que constituem o ordenamento jurídico”**.⁴⁴

Esse caminho indicativo da preocupação da doutrina pelo aprofundamento do estudo do ordenamento jurídico se faz presente pelo **“fato de que, na realidade, as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de**

43 ADEODATO, João Maurício. (Org.) *Jhering e o direito no Brasil*. Recife: Ed. Univ. UFPE, 1996, p. 83-109: O Sêrio e o Jocosos em Jhering – Uma visão retórica da Ciência Jurídica, p. 107.

44 BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 4.ed. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: EDUMB, 1994, p. 19. Além de BOBBIO, KELSEN contribuiu bastante para a Teoria do Ordenamento Jurídico com sua obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, aqui já citada.

normas com relações particulares entre si. Esse contexto de normas costuma ser chamado de “ordenamento”.⁴⁵ Essa idéia de ordenamento jurídico faz com que o direito passe a ter a conotação de “Direito romano”, “Direito canônico”, “Direito italiano”, “Direito brasileiro”, etc.

Embora as regras jurídicas sempre tenham se constituído em uma totalidade, a palavra “direito”, como diz NORBERTO BOBBIO, constantemente foi utilizada de forma indiferente tanto para indicar uma **“norma jurídica particular como um determinado complexo de normas jurídicas, ainda assim o estudo aprofundado do ordenamento jurídico é relativamente recente, muito mais recente que o das normas particulares, de resto bem antigo”**.⁴⁶ Os estudos sempre foram voltados para a natureza da norma jurídica, sem que tivesse havido uma maior preocupação com os problemas que um ordenamento jurídico pode levantar.

A teoria do ordenamento jurídico se presta a oferecer elementos para soluções conflituosas no campo da interpretação da norma jurídica. Assim, pode-se buscar meios para resolver as antinomias do sistema, o problema da lacuna do direito e aplicação dos princípios gerais do direito e da analogia.

Especial atenção para o nosso tipo de pesquisa merece a antinomia entre normas de diferentes hierarquias. Esse critério hierárquico, como deixa claro NORBERTO BOBBIO, **“é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*. Uma das conseqüências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores”**.⁴⁷

Mesmo quando há conflito entre os critérios adotados, quais sejam *o hierárquico, cronológico e o da especialidade*, sempre prevalece o da hierarquia. O conflito entre o critério da hierarquia e o cronológico, o primeiro prevalece sobre o segundo, **“o que tem por efeito fazer eliminar a norma inferior, mesmo que posterior”**.⁴⁸ O critério da hierarquia com o da especialidade, muitas das vezes não

45 Idem... p. 19.

46 Idem... p. 43.

47 BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 107.

deve prevalecer o hierárquico, dependendo das circunstâncias do caso e a espécie de norma que esteja em conflito. Porém, quando se trata de uma norma constitucional contrariada por uma norma infraconstitucional, deve prevalecer, em regra, a primeira.

Essas idéias são talhadas para serem aplicadas no caso que ora se estuda, pois em se tratando de conflito de normas – no caso sentença e preceito constitucional - estamos trabalhando com normas de diferentes hierarquias, cuja subordinação ao sistema é imperativo intransponível.

1.5. Teoria da Justiça: conceito e análise das correntes doutrinárias

Não é tarefa fácil conceituar Justiça. Até porque a palavra enseja diversos sentidos e passa por inúmeras fases históricas e escolas filosóficas onde em cada uma delas recebe uma conotação distinta e representa um valor reinante do período. Num aspecto filosófico, significa aquilo que é justo ou buscar-se justiça para o caso concreto ao se tratar de um julgamento que se faça de uma determinada situação que se apresenta. A palavra pode ainda traduzir a idéia de “órgão” ou “entidade” em que se procura solucionar os conflitos. Aqui tentaremos fazer um resumo da justiça no sentido filosófico voltado para o direito passando, como não poderia deixar de ser, por diversas escolas e períodos históricos, a fim de que possamos ter uma visão rápida do sentido que foi emprestado a cada um desses momentos.

A dificuldade em dizer o que é justiça data dos primórdios da civilização e encontra obstáculos intransponíveis dos mais diversos sábios que a humanidade conheceu. HANS KELSEN, ao fazer a indagação: “O que é Justiça?”, não teve dúvida em afirmar que

“Nenhuma outra questão foi tão passionalmente discutida; por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso; sobre nenhuma outra, ainda, as mentes mais ilustres – de Platão a Kant –

meditaram tão profundamente. E, no entanto, ela continua até hoje sem resposta. Talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva; deverá apenas tentar perguntar melhor”.⁴⁹

A mesma indagação foi formulada por PAULO DOURADO DE GUSMÃO, para esclarecer que desde Sócrates até nossos dias a questão continua sem resposta, porém sempre há quem tenha uma vaga idéia, embora as tentativas de defini-la tenham sido malsucedidas, pois, desde KANT, **“diz-se não ser possível conceituá-la por ser a razão cega para os valores”**. Em seguida acrescenta PAULO DOURADO DE GUSMÃO:

“Mas, o grande problema atual não é defini-la – logicamente impossível dada a sua natureza (valor) – mas realizá-la e garanti-la. Uma coisa é certa: diante da injustiça, todos sentem revolta, por ser ela reconhecível no fato, no ato ou na conduta. Mas, definir o injusto ou o justo põe em desacordo gregos e troianos. Assim, na presença da injustiça, exige-se justiça por ser aí possível saber como ela deva ser para o caso concreto”.⁵⁰

PLATÃO, segundo ENRIQUE R. AFTALIÓN e JOSÉ VILANOVA, tratou da Justiça nos Livros II, III e IV dos diálogos sobre “A República”. Tem a justiça como atributo do homem, sendo vista como virtude do Estado e do indivíduo.⁵¹

Para ENRIQUE R. AFTALIÓN e JOSÉ VILANOVA, o Estado imaginário, concebido em “A República”, deve ser integrado por três estamentos: os *sábios*, a quem cabe governar; os *guerreiros ou guardiões*, a quem compete defender a cidade dos ataques internos e externos e os *trabalhadores ou artesãos*, aos quais incumbe a tarefa de produzir para sustentar a cidade.⁵²

49 KELSEN, Hans. *O que é justiça?*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Fontes, 1997, p. 1.

50 GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 77.

51 AFTALIÓN, Enrique R. e VILANOVA, José. Op. cit., 796.

52 Idem...p. 796.

Com esses elementos, sustenta PLATÃO, citado por ENRIQUE R. AFTALIÓN e JOSÉ VILANOVA, que a justiça, sendo uma virtude formal acima das virtudes materiais como a inteligência, a vontade e os sentidos, presta-se a estabelecer uma relação harmônica entre a prudência, o valor e a temperança, fazendo com que a justiça seja a saúde da alma, o caminho para o reto viver e para a felicidade tanto do indivíduo como do Estado. Está aí vislumbrada a concepção racionalista intelectualista do Estado, como bem se encontra traduzido em “A República”.⁵³

Na opinião de ARISTÓTELES, citado por EDGAR BODENHEIMER, a justiça exige que os “**iguais sejam tratados de igual maneira**”. Para ele, há dois tipos de justiça: a justiça distributiva, na qual o legislador faz constar os direitos públicos e privados dos cidadãos, de acordo com o princípio da igualdade. Cada indivíduo deve ser contemplado com o que lhe é devido em virtude de sua contribuição ao bem comum. A distribuição das coisas iguais deve ser feita aos iguais, enquanto as coisas desiguais devem ser dadas aos desiguais, de acordo com o mérito de cada um. A segunda espécie de justiça é a retributiva ou corretiva. Da mesma forma que ao legislador compete elencar os direitos dos cidadãos, a função do direito também é garantir, proteger e manter esses direitos contra os ataques ilegais. Essa função corretiva é sempre administrada por um juiz. Assim, havendo um membro da comunidade invadido a propriedade de outrem, cabe à justiça restaurar o *status quo*, devolvendo ao prejudicado o que lhe pertencia ou reparando o dano causado.⁵⁴

Com isso pode-se afirmar que a justiça distributiva, bem como a corretiva, têm como objetivos comuns assegurar uma justa proporção na vida social da comunidade.

Essas idéias de ARISTÓTELES fizeram com que EDGAR BODENHEIMER acrescentasse que o problema da justiça está intimamente relacionado com o da igualdade na vida social humana. Justiça quer dizer tratamento igual aos iguais. A realização de justiça exige que duas situações nas quais as circunstâncias relevantes são as mesmas, sejam tratadas de forma idêntica.⁵⁵

53 Idem...p. 796-797.

54 BODENHEIMER, Edgar. *Teoria Del Derecho*. Trad. de Vicente Herrero. 14.ed. México: Fundo de Cultura Económico, s.d., p. 66-63.

55 Idem...p. 54, “El problema de la justicia está íntimamente relacionado com el de igualdad en la vida social humana. Justicia quiere decir tratamiento igual de los iguales. La realización de la justicia exige

Assim, é possível visualizar como um dos mais importantes mandamentos da justiça o de tratar os homens igualmente em circunstâncias iguais, o que deverá ocorrer também quando as situações sejam desiguais; aí os homens deverão ser tratados desigualmente.

Essa descrição de justiça, embora possa oferecer um referencial importante para ajudar o seu entendimento, não podemos aceitá-la como suficiente, até porque tem a mesma um caráter muito geral não servindo, muitas das vezes, para explicar o sentido do termo em circunstâncias bem diversas e situações peculiares ao caso que se apresenta.

Informa-nos ENRIQUE R. AFTALIÓN e JOSÉ VILANOVA que os romanos não teorizaram especialmente sobre a justiça, mas ao seu gênio jurídico coube a aplicação concreta do direito natural, o qual era válido independentemente de toda sanção legislativa e estava acima do *jus civile* e do *jus gentium*. Coube a ULPIANO a definição de justiça como *iustita est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*, difundida posteriormente para todo o ocidente como “**a cada um o que é seu**”.⁵⁶

Incumbiu-se Santo Tomás de Aquino, como criador da escola tomista do direito e divulgador da versão teológica do jusnaturalismo, expor, interpretar e complementar a doutrina de Aristóteles, destacando a nota de alteridade e o núcleo da igualdade. Formula, ainda, uma terceira espécie de justiça com o nome de *justiça social, geral ou legal*.

Apesar dessa contribuição de Santo Tomás, terminou o filósofo concebendo a *justiça social, geral ou legal* como uma *virtude*, o que para ENRIQUE R. AFTALIÓN e JOSÉ VILANOVA diminui o notável reconhecimento da alteridade ao se englobar o direito na ordem moral.⁵⁷

A escola clássica do direito natural, incluindo aí GRÓCIO, TOMÁSIO, PUFFENDORF e HOBBS, teve inicialmente a virtude de elaborar códigos ideais com

que dos situaciones en las cuales las circunstancias relevantes son las mismas, sean tratadas en forma idéntica” (tradução nossa).

⁵⁶ AFTALIÓN, Enrique R. e VILANOVA, José. Op. cit., p. 800.

⁵⁷ Idem... p. 800-801.

validade absoluta, para resolver a questão sobre a justiça. Partia da base de que o direito natural existiria, embora não existisse Deus. Informa-nos ENRIQUE R. AFTALIÓN e JOSÉ VILANOVA que Deus era quem respondia às exigências da *natureza humana*, porém entendida não como essência normativa, como um *dever ser*, senão como um *ser*, como um fato. Assim, para Grocio, o atributo essencial da natureza humana era o instinto societário. Puffendorf, o sentimento de debilidade. Tomasio, o afã da felicidade e para Hobbes o egoísmo, como restou expresso por ENRIQUE R. AFTALIÓN e JOSÉ VILANOVA.⁵⁸

Advertem ainda ENRIQUE R. AFTALIÓN e JOSÉ VILANOVA que não compreenderam esses autores que as aspirações, impulsos e desejos concretos nunca podem dar um critério absoluto de justiça e que um direito natural que regule desejos e aspirações concretas tem sua validade condicionada à contingência desse ingrediente empírico.⁵⁹

KANT não se dedicou a um estudo específico da justiça, mas formulou, como informam ENRIQUE R. AFTALIÓN e JOSÉ VILANOVA, algumas idéias em sua teoria do imperativo categórico, as quais podem assim ser resumidas: a) concentrar toda ética na vontade e no trabalho humano; b) a afirmação de liberdade, mesmo como postulado, para fazer inteligível qualquer sistema ético; c) o atributo essencial da natureza humana não é empírico-histórico, como na escola clássica do direito natural, senão ideal, regulativo: é a razão; e d) a noção do homem como fim em si mesmo. O princípio ético atua como móvel universal de sua teoria e não deixa de transmitir aí um sentido de justiça.⁶⁰

A escola histórica que antecedeu ao positivismo jurídico teve como finalidade criticar a fundo “**as concepções ou, ainda, os “mitos” jusnaturalistas (estado de natureza, lei natural, contrato social...)**”,⁶¹ a fim de que desaparecesse da consciência dos doutos essas concepções.

58 Idem... p. 802.

59 Idem... p. 802.

60 AFTALIÓN, Enrique R. e VILANOVA, José. Op. cit., p. 802.

61 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. Trad. e notas de Márcio Publiesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 45.

Mesmo predecessora do positivismo jurídico, não se pode confundir esta escola com a “escola histórica” que tem em SAVIGNY o seu maior expoente, enquanto a HANS KELSEN restou reservado o lugar de maior sistematizador do positivismo jurídico. Esta escola foi preparada pela “escola histórica”, face à crítica radical que fez ao direito natural, conforme nos informa NORBERTO BOBBIO.⁶²

Uma grande diferença entre essas duas escolas está no fato de que o historicismo apregoava o direito consuetudinário como muito caro aos seus valores, enquanto os positivistas tinham o direito escrito como o valor primordial de seus pensamentos.

Como diz NORBERTO BOBBIO, há uma **“estreita relação entre o iluminismo (mais exatamente entre jusnaturalismo racionalista e estatal) e codificações muito bem evidenciada por algumas afirmações feitas pelas autoridades políticas, por ocasião das próprias codificações”**⁶³.

É importante ressaltar a diferença entre essas duas escolas para podermos afirmar que, enquanto o sentido de justiça de uma está no direito costumeiro o da outra reside na lei, pois esta é que deve ser justa.

GUSTAV RADBRUCH diz ser tentado a **“ver na Justiça apenas uma forma do “bem” moral, ou do moralmente bom, e assim é, com efeito, quando esta idéia exprime uma qualidade humana que justificadamente consideramos uma virtude... Mas a verdade é que a justiça deste modo definida, num sentido subjectivo, não pode entender-se senão como um estado de consciência”**.⁶⁴ Essa visão de justiça está mais voltada para o aspecto moral de cada um. Por isso é que ele afirma que essa definição tem um sentido apenas “subjetivo”.

RODOLF STAMMLER, citado por ENRIQUE R. AFTALIÓN e JOSÉ VILANOVA, não vê a justiça como um valor, porque em seu tempo a teoria dos valores ainda não havia se desenvolvido. Para RODOLF STAMMLER o direito **“é o querer entrelaçante, autárquico e inviolável”**. Ainda, **“a noção de justiça nasce da**

62 Idem... p. 45.

63 Idem... p. 55.

64 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. e prefácios do Prof. L. Cabral de Moncada. 6.ed. Coimbra: Amado, 1979, p.87-90.

possibilidade de harmonizar em nossa mente, de um modo absoluto, todas as aspirações possíveis... Isto é uma idéia e como tal uma noção absoluta, noção de totalidade de quantos fatos são possíveis na vida humana...” Mais, **“o direito justo é, portanto, direito positivo historicamente dado”**.⁶⁵

Não há de estranharmos que a concepção sobre o justo varie entre os diferentes povos e de acordo com o tempo, uma vez que não depende só da idéia de justiça, esta sim invariável, mas também do material concreto, empírico e contingente ao qual a idéia se aplica.

Para ROSCOE POUND, invocado por ENRIQUE R. AFTALIÓN e JOSÉ VILANOVA, **“a justiça consiste em administrar a solução que menos afete a “Comunidade como um todo”**. Como teórico da escola pragmática, diz que em toda situação a resolver há sempre um conflito de interesse e esse deve ser dirimido de tal forma que prejudique o menos possível o ideal vigente na sociedade.⁶⁶

Empreendeu JOHN RAWLS uma investigação material sobre a justiça e não meramente analítica sobre o uso da palavra “justiça”. Toma de ARISTÓTELES a idéia de igualdade, acrescentando que deve ser aplicado esse princípio numa sociedade cooperativa em que se produzam bens e em seguida sejam distribuídos. De KANT, ele adotou a idéia de contrato social e da pessoa como um fim em si. Em relação ao Utilitarismo, tentou construir uma concepção moral sistemática que tivesse em conta os pontos em que foram criticados nessa escola.

Conforme o próprio JOHN RAWLS, dois são os princípios da justiça que devem ser seguidos pelas instituições em sua teoria:

“Primeiro princípio – cada pessoa tem de ter um igual direito ao mais extensivo sistema total de básicas liberdades iguais, compatíveis com um similar sistema de liberdade para todos. Segundo princípio – As desigualdades sociais e econômicas têm de ser ajustadas de maneira que sejam tanto para o maior benefício dos menos privilegiados, consistente

65 AFTALIÓN, Enrique R. e VILANOVA, op. cit., p. 807.

66 Idem... p. 819.

com o princípio justo de poupança e ligados a cargos e posições abertos a todos, sob condições de equitativa igualdade de oportunidade”.⁶⁷

Como afirma PAULO NADER, **“Justiça é um atributo possível de vários objetos. Quando de um indivíduo, será a expressão de uma virtude e, sob este ângulo, pertence à Moral. A justiça se manifesta na conduta social. Assim, justiça pressupõe *alteridade*. A conduta será justa quando corresponder a uma norma”**.⁶⁸

Como havíamos afirmado linhas atrás, seguimos ARNALDO VASCONCELOS para dizer que **“Definir o conteúdo da justiça constitui tarefa própria da Filosofia do Direito”**. Do seu ponto de vista, **“o que importa, antes de tudo, é afirmar sua condição de instância valorativa da norma jurídica. Não que pretendamos confundir, como fez o Jusnaturalismo, Direito com Direito justo. Direito injusto também é Direito, Direito válido. Outra coisa bem diferente é afirmar-se que o Direito injusto não pode subsistir, como efetivamente não deve prevalecer”**.⁶⁹

NORBERTO SCHWARTZ, forte no pensamento da escola positivista, afirma que **“Para o jurista não existe mais Direito que aquele consubstanciado em normas jurídicas, de cumprimento inexorável e coercitivo, sancionáveis pelo Estado, objetivadoras da conduta social dos homens, num certo momento e num determinado espaço. A esse conjunto de normas jurídicas dá-se o nome de “direito positivo”**.⁷⁰

Embasado nesse pensamento, sustenta NORBERTO SCHWARTZ que **“ao se aludir à idéia de ‘direito injusto’, faz-se referência a uma norma jurídica tutelada pelo Estado, confrontando-a com critérios das mais diferentes ordens como, por exemplo, preceitos de orientação religiosa, de direito natural, de moral e de convicções filosóficas, todas, porém, estranhas ao sistema normativo vigente”**.⁷¹

67 RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. de Vamireh Chacon. Brasília: EDUB, 1981, p. 232.

68 NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 207.

69 VASCONCELOS, Arnaldo. Op. cit., p. 232-233.

70 SCHWARTZ, Norberto. Op. cit., p. 57.

71 Idem... p. 57.

É possível se verificar que no positivismo jurídico o valor justiça se confunde com o próprio Estado. Por isso, diz OVIDIO BAPTISTA DA SILVA:

“A justiça, segundo Hobbes, não é produto da razão humana e sim da vontade do soberano, pois as leis escritas ‘extraem sua força da vontade da república’, de modo que a lei assim concebida, sob critérios de conveniência, torna-se exclusiva ‘regra do justo e do injusto’. Enfim, a justiça cristaliza-se no texto da lei escrita. Logo, não haverá lei injusta, por definição, e nem caberá ao juiz a tarefa de encontrar outros critérios de justiça, para o caso concreto, que já não venham indicados no texto legal aplicável. Trata-se, portanto, como tarefa atribuída ao julgador, da determinação da verdade dos fatos submetidos a julgamento, de modo que, esclarecidas as questões probatórias, nada mais lhe resta a fazer senão proclamar (declarar) a solução previamente dada pela lei”.⁷²

JOSÉ AFONSO DA SILVA, cujas lições foram invocadas por NORBERTO SCHWARTZ, informa que THOMAS HOBES sintetiza seu próprio pensamento da seguinte maneira: **“se a cada um fosse dado aferir, segundo seu próprio entender, do justo ou do injusto relativamente às leis, restabelecer-se-ia a guerra de todos contra todos, característica do estado de natureza”**⁷³.

Para CHAIM PERELMAN, não é o sentido de igualdade que irá constituir o fundamento de justiça, mas a aplicação de uma regra a todos os membros de uma categoria essencial. Diz ele: **“Seja como for, a aplicação correta da justiça exige, de todo modo, um tratamento igual para os membros da mesma categoria essencial”**. Depois indaga: **“Ora, em que é baseada essa exigência de um tratamento igual?”** Em seguida, responde: **“Simplesmente na determinação da forma como será tratado qualquer um dos membros da categoria”**.⁷⁴

Com isso sustenta CHAIM PERELMAN que sua **“análise mostra que, contrariamente à opinião corrente, não é a noção de igualdade que constitui o fundamento da justiça, mesmo formal, mas o fato de aplicar uma regra a todos os**

72 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 116.

73 SCHWARTZ, Norberto. Op. cit., p. 60.

74 PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Fontes, 1996, p. 43

membros de uma categoria essencial. A igualdade de tratamento não passa de uma consequência lógica do fato de nos atermos à regra”.⁷⁵

Acrescenta CHAIM PERELMAN que **“Dupréel mostra que todo ideal de justiça depende de outros valores que não a própria justiça. Suas considerações permitem ilustrar luminosamente a tese, que acreditamos haver demonstrado de outro ponto de vista, de que todo sistema de justiça depende dos valores estabelecidos por seus princípios”.⁷⁶**

Essa idéia de Dupréel leva em consideração não uma análise puramente formal, mas o exame de três fórmulas de justiça concreta: **“a cada qual a mesma coisa”, “a cada qual segundo suas necessidades” e “a cada qual segundo seus méritos”.⁷⁷**

Não há dúvida que CHAIM PERELMAN nos apresenta um quadro valioso para entender o sentido justiça, pois para ele **“Somos levados, assim, a distinguir três elementos na justiça: o valor que a fundamenta, a regra que a enuncia, o ato que a realiza”.⁷⁸**

Concluindo, CHAIM PERELMAN não nega que a justiça guarda uma noção prestigiosa e confusa, porque uma definição clara e precisa do seu termo não poderia analisar a fundo o seu conteúdo conceitual, pois o seu uso cotidiano faz aparecer variável e diverso. Para ele, **“A justiça de um ato consiste na igualdade de tratamento que ele reserva a todos os membros de uma mesma categoria essencial. Essa igualdade resulta, por sua vez, da regularidade do ato, do fato de que coincide com uma consequência de uma determinada regra de justiça”.⁷⁹**

As considerações aqui apresentadas confirmam a observação inicial quanto à dificuldade em se saber o que é justiça. Essa dificuldade leva em consideração vários aspectos, como: o momento histórico, os costumes de cada povo, a escola filosófica ou corrente doutrinária que venha a seguir, além de diversos outros elementos que de uma forma ou de outra influem no conceito que se queira traduzir.

75 Idem... p. 42-43.

76 Idem... p. 62.

77 PERELMAN, Chaim. Op. cit. p. 61.

78 Idem... p. 63.

79 Idem... p. 66-67.

Ocorre que, num país como o nosso em que o ordenamento jurídico é positivado, onde existe um órgão encarregado de fazer as leis, o primeiro referencial que se deve buscar é o texto legal, verificando aí os princípios em que o mesmo está calcado, a sua compatibilidade dentro do sistema, a fim de que possamos, nos casos que são submetidos aos órgãos jurisdicionais, extrair-se algo que venha a se identificar com esse valor tão relevante dentro de uma sociedade como é a justiça.

1.6. Segurança jurídica

Ao lado do valor justiça, vamos encontrar outro valor não menos importante quanto este no seio da sociedade, qual seja, o valor segurança jurídica.

Sobre o tema, CHAIM PERELMAN adverte com proficiência: **“Não esqueçamos que, de fato, a segurança jurídica é um dos valores centrais do direito que o distinguem da moral e dos costumes”**.⁸⁰

OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA nos informa que **“A busca da segurança jurídica, na verdade, foi o *ethos* a caracterizar toda a filosofia política do século XVII”**. Depois, acrescenta que **“é necessário considerar que o predomínio do valor segurança, que constitui sem dúvida o elemento preponderante na formação do conceito moderno de Direito,”**⁸¹ já estava presente nos séculos IV e V da era cristã, como principal preocupação dos legisladores, a partir de Thodosio II.

Essa busca do valor segurança nas palavras de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA nasceu com as novas idéias do racionalismo sobre o direito e por isso foi **”possível isolar dois princípios, de natureza política e filosófica, de influência mais intensa, na continuidade histórica das antigas estruturas... Referimo-nos ao predomínio absoluto do valor *segurança*, em detrimento do valor *justiça*, enquanto polaridades antagônicas, na constituição da idéia de Direito...”**⁸²

⁸⁰ PERELMAN, Chaim. Op. cit., p. 592.

⁸¹ SILVA, Ovídio A Baptista da. Op. cit., p. 110.

A concepção da segurança através da lei, apesar de sua evolução no Ocidente, não teve o mesmo desenvolvimento na Inglaterra. Segundo RADBRUCH, citado por OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, **“a exigência de segurança jurídica, para o direito inglês, não tem em vista a proteção de um direito estratificado num dado preceito normativo mas, ao contrário, o direito que o juiz descobriria para aplicação ao caso concreto”**.⁸³

Importante se verificar a distinção entre os dois sistemas, porque a segurança, *através da lei*, que foi o *ethos* das codificações europeias, com o conseqüente aprisionamento do juiz dentro dos esquemas legais, desenvolveu-se na Inglaterra por canais diferentes. Ali sempre se emprestou relevância ao direito consuetudinário e aos precedentes.

Para PAULO DOURADO DE GUSMÃO, a justiça não deve ser o único fim do direito, a não ser que santos fossem os homens. Por isso, além do valor justiça, o direito deve buscar e se valer também do princípio da segurança jurídica, como forma de melhor atender os fins da sociedade. Essa segurança jurídica deve ser entendida como uma relativa estabilidade da ordem jurídica e garantidora do conteúdo das normas que a compõe por um razoável período. Expressando o conservadorismo inerente ao direito pode ser entendida como:

“1) proteção dos direitos adquiridos; 2) certeza da obrigatoriedade e da aplicação igual do direito a todos indistintamente; 3) garantia de as situações jurídicas perfeitas e de a coisa julgada não estarem ao sabor das modificações da legislação; 4) possibilidade do conhecimento do direito por qualquer um. Decorre daí três princípios: 1) anterioridade da lei ao fato; 2) igualdade de todos diante a lei; 3) proteção dos direitos adquiridos e das situações jurídicas perfeitas, não-alcançáveis pela lei nova. Inicialmente a segurança jurídica foi entendida como o fim do direito tendo por objeto a proteção do homem contra os arbítrios do poder”.⁸⁴

O valor segurança jurídica se, por um lado, encontra-se calcado, em regra, na norma jurídica, por outro, pode ser reforçado através dos princípios que dão

82 Idem... p. 104-105.

83 Idem... p. 105.

84 GUSMÃO, Paulo Dourado de. Op. cit., p. 78-79.

sustentáculo à ordem jurídica. Alguns desses princípios serão rapidamente demonstrados no item seguinte, como forma de melhor avaliarmos esses conceitos e valores aqui trabalhados.

A tarefa a que se presta o presente trabalho não vai ao ponto de esgotar uma análise sobre os princípios maiores da ordem jurídica, nem muito menos exaurir o seu rol, porém de forma resumida apontar alguns que sirvam de exemplo para o julgador no momento de proferir sua decisão, pois a atividade jurisdicional está vinculada, no mínimo, a essas regras.

Nas palavras de J. J. CANOTILHO e VITAL MOREIRA, quando se manifestarem sobre o princípio da **hierarquia das normas**, afirmam que a Constituição é **“o fundamento da coerência intrínseca do ordenamento jurídico, tanto pelo estabelecimento de regras de hierarquia e de ordenação entre as diversas fontes como pelo estabelecimento dos princípios jurídicos fundamentais a que não de obedecer todas as demais fontes”**.⁸⁵

Assim, sendo a Constituição uma norma primária sobre a produção jurídica, cabe a ela identificar as fontes do ordenamento jurídico e determinar a validade e eficácia de cada uma delas em relação às demais.

Constata-se assim que a Constituição, como fonte primária do ordenamento jurídico, é a vertente de todas as normas emanadas do Estado devendo estas, necessariamente, se sujeitarem a esse princípio hierárquico, inclusive as decisões judiciais, sob pena de desfigurar todo o edifício construído para emprestar “validade e eficácia” a cada uma dessas normas.

O ato jurisdicional terá de se subordinar a esse princípio, para que não venha quebrar a cadeia do sistema que o ordenamento jurídico representa. A Constituição, como lei maior e como garantidora dos direitos dos cidadãos deve, em primeiro lugar, merecer o respeito que a sua importância impõe.

Ao lado da hierarquia, devemos ter em vista o princípio da democracia. Pela riqueza que o encerra, vários são os ângulos em que se poderia analisar o princípio

⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra:Coimbra, 1991, p. 62.

democrático. Aqui nos prendemos ao restrito aspecto de que a decisão judicial deve se sujeitar ao princípio democrático, especialmente quando se convive dentro de um estado de direito, no qual a lei e a ordem jurídica são os norteadores de todas as atividades, quer do Estado, quer dos particulares.

Como afirma JOSÉ AFONSO DA SILVA “**Democracia é conceito histórico**”, não devendo se ter como um valor-fim, mas como meio ou “**instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem**”, e com isso revelar que o poder repousa na vontade do povo não sendo, assim, “**um mero conceito político abstrato e estático, mas um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história**”.⁸⁶

O Judiciário pode ser traduzido como uma das conquistas da democracia e suas decisões, com certeza, deverão satisfazer, em média, a vontade do povo. A sentença é uma garantia de Justiça e deve corresponder aos anseios da coletividade. Do contrário, estará sendo aviltado o princípio e conseqüentemente restará defeituoso o estado democrático de direito.

Esse raciocínio vem a ser confirmado por J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA quando dizem que “**O princípio democrático é um princípio jurídico normativo e não um simples modelo ou teoria abstrata. Como impulso global dirigente, ele aponta para a idéia de democracia como *forma de vida*, como *forma de racionalização do processo político* e como *forma de legitimação do poder*. Como princípio *complexo*, ele significa que a eficácia jurídica do princípio democrático é também polivalente**”⁸⁷, em que pode acolher os mais importantes aspectos da *democracia representativa* e o aprofundamento da *democracia participativa*.

Com base nesse princípio, a decisão judicial deve gozar de credibilidade suficiente para poder responder aos anseios do grupo social a que serve o órgão

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 111.

⁸⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 77.

julgador. Por isso, a garantia de certeza e legitimidade são características essenciais ao ato jurisdicional.

O princípio da **legalidade** enunciado no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, como sendo aquele em que **“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”**, encontra, nas palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA, a seguinte explicação:

“O princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar e tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei”.⁸⁸

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO tem o princípio da legalidade como o *“específico do Estado de Direito”* e acrescenta que ele **“é o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma, a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, por conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei”**.⁸⁹

As decisões judiciais, por conseguinte, deverão se sujeitar, primeiro, aos ditames da Constituição; segundo, aos ditames legais, quando estes estiverem conforme o texto Magno. Afóra essas circunstâncias é querer o impossível e o imaginário, dentro de uma ordem jurídica que não autoriza outra alternativa.

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. Op. cit., 362.

⁸⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 47.

O princípio da **isonomia** está enunciado no **caput** do art. 5º, da Constituição Federal, quando proclama que **“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”**

HANS KELSEN chama a atenção para o **“singular princípio da assim chamada igualdade perante a lei”**, como significando **“senão que os órgãos jurídicos não devem fazer distinções que a própria legislação a ser aplicada não faça”**, para que esse princípio da igualdade perante a lei esteja inteiramente preservado”.⁹⁰

Ao falar deste princípio perante o juiz, afirma JOSÉ AFONSO DA SILVA o seguinte: **“O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: 1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; 2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça”**.⁹¹

O Ministro JOSÉ AUGUSTO DELGADO, ao discorrer sobre esse princípio, proclama que **“O aprofundamento do Autor a respeito do instituto da igualdade jurídica leva a se considerar que o seu entendimento, pelo jurista, bifurca-se em dois prismas bem distintos: o da igualdade formal e o da igualdade material. Esta é o tratamento uniforme a que todos os homens têm direito, além de serem tratados com equidade no referente a qualquer tipo de concessão de oportunidade”**.⁹²

O princípio da **separação dos poderes** está assente no art. 2º da Constituição Federal, ao proclamar que **“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”**.

90 KELSEN, Hans. *O que é justiça?*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Fontes, 1997, p.16.

91 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 194.

92 DELGADO, José Augusto. A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais: nº 65. jan./mar.1992, p. 98.

Na realidade, aquilo que a Constituição proclama como Poderes são, em verdade, funções exercidas pelo Estado. Essas funções indicam que cada órgão, seja do Legislativo, Executivo ou Judiciário, deverá exercer suas atividades preponderantes, de forma independente, porém em harmonia com o sistema, a fim de que possa ser assegurada a unidade da Nação.

O Legislativo deve respeitar a função do Judiciário, como este aquele e da mesma forma o Executivo, tudo de forma recíproca.

Por essa razão, as decisões judiciais deverão estar em consonância, em primeiro plano, com a Constituição que, por sua vez, foi emanada do Poder Constituinte originário ou derivado, em obediência ao princípio da separação dos Poderes.

1.7. A questão da segurança jurídica face ao princípio de justiça

Aqui serão tratadas questões como: Qual o princípio que deve prevalecer? O de justiça ou de segurança? Como tem se comportado a doutrina, no decorrer do tempo, a respeito desses princípios?

PAULO DOURADO DE GUSMÃO enfrenta essas questões demonstrando o dilema existente entre os estudiosos para fazerem uma opção entre o princípio de segurança e o de justiça. Diz ele:

“A segurança, transformada em um dos fins do direito, cria uma antinomia entre as finalidades da ordem jurídica. Aí então indaga-se: o direito deve sacrificar a justiça em benefício da segurança, transformando-se na ordem legal sem correspondência com o seu conceito ideal, ou deverá sacrificar a segurança em benefício da justiça, criando um clima de insegurança e de intranquilidade? Entre estas duas posições o pensamento jurídico vacila. Como solucionar esta questão? A segurança, como vimos, é a manutenção de uma ordem de justiça com o sacrifício do novo ideal de justo, enquanto a justiça é o ideal que exige a transformação de uma ordem legal cujos valores nela realizados não correspondem mais aos ideais dominantes. A segurança, assim, poderia

ser entendida em relação à justiça, como a conservação de uma estrutura jurídica, por questões de ordem e de paz social, em correspondência com um ideal jurídico retrógrado, a um modo de ser da justiça, sem correspondência com o ideal histórico do justo”.⁹³

RECASENS SICHES analisa com percuciência esse tema, sendo importante se resumir seu pensamento dizendo que sem um mínimo de certeza e segurança jurídica não poderia haver justiça no seio da sociedade. Não pode haver justiça onde não há ordem. Não é possível realizar, em termos gerais, os altos valores jurídicos como a dignidade pessoal e a liberdade do homem em uma sociedade anárquica. A ordem implica em segurança para poder haver promoção do bem comum. Por isso, a certeza e segurança, embora tidos como valores inferiores, condicionam, no entanto, a que possa se realizar outros valores de maior importância.⁹⁴

Não devemos esquecer, no entanto, que as idéias relativas à segurança e certeza são meramente formais, por isso muitas das vezes ficam indiferentes aos seus conteúdos e com isso passam a sobrepor a valores maiores.

Por isso é que apregoa RECASENS SICHES que o interesse maior a ser preservado como o princípio de justiça, do bem-estar social, do respeito à dignidade e à liberdade do indivíduo, deve prevalecer sobre outros valores menores e de importância menos relevante no seio da sociedade.⁹⁵

É claro que o ideal de justiça e segurança como valores que o direito deve conter não é fácil de ser alcançado. Porém a busca desse ideal deve ser uma constante. Quando estivermos diante de princípios ou valores menores, estes deverão ser sacrificados em nome da preservação dos que se apresentam numa escala maior.

RECASENS SICHES nos oferece uma orientação geral, demonstrando inclusive a dificuldade que se tem em selecionar esses valores ou princípios, porém conclui afirmando que somente o caso concreto pode indicar e eleger o que é mais

⁹³ GUSMÃO, Paulo Dourado de. Op. cit., p. 79.

⁹⁴ SICHES, Recasens. *Nueva Filosofia de la Interpretacion del Derecho*. 2.ed. México: Porrúa, 1973, p. 307.

⁹⁵ Idem... p. 307.

justo, inclusive podendo ser a segurança, quando esta vier a se sobrepor a um caso de justiça menor.⁹⁶

Vale ressaltar, como diz RECASENS SICHES, ao examinar o problema da margem de incerteza e insegurança, que é fácil constatar que esse choque entre princípios e valores está sempre presente, mesmo nas épocas em que se imaginou a lei como solução para todos os conflitos que viessem a se apresentar no seio de uma sociedade, porém avaliando-se o caso concreto, deve-se buscar o sentido e o alcance da norma abstrata, para que a segurança e a certeza estejam o máximo possível próximo ou identificados com a justiça.⁹⁷

Os conceitos aqui trazidos relativos à norma jurídica, o ordenamento jurídico, os princípios fundantes de nosso sistema jurídico, os valores justiça e segurança, servem como elementos para uma melhor compreensão do tema que aqui nos propomos a discorrer e, especialmente, da conclusão quanto à utilização da ação declaratória em se tratando de coisa julgada inconstitucional.

CAPÍTULO II

COISA JULGADA

⁹⁶ SICHES, Recasens. Op. cit., p. 308.

⁹⁷ Idem... p. 309.

Com o fim de melhor embasar o tema proposto, é indispensável adentrarmos no instituto da coisa julgada, verificando, como forma exemplificativa, inicialmente, os seus antecedentes históricos, sua situação em alguns países e a evolução do instituto no Brasil para, em seguida, termos idéias a respeito do seu conceito, modalidades, limites, autoridade e eficácia.

2.1. Antecedentes históricos

Em termos históricos, o instituto da coisa julgada passa, em uma primeira fase e especialmente no direito romano, pela ineficácia do ato, ou seja, mesmo tendo transitado em julgado a sentença, uma vez constatando-se uma nulidade no processo (diga-se de passagem que havia uma grande importância das formas e por isso o número de nulidades era alto e pelos mais variados e menos importantes defeitos), poder-se-ia recorrer a instituto adequado de declaração de inexistência da sentença, pois a mesma não produzia efeitos enquanto perdurasse o vício.

VICTTORIO SCIALOJA nos ensina que há uma grande diferença entre o direito antigo e o moderno em termos de nulidades ou inexistência da sentença. No direito moderno, o defeito da sentença leva a uma nulidade, especialmente quanto à forma. No direito romano, uma sentença nula é absolutamente ineficaz e por isso ela não goza da força e autoridade da coisa julgada. Modernamente, essa idéia de ineficácia do direito romano desapareceu, mesmo nos países que adotam o sistema processual com berço nesse direito. Somente através de recurso próprio ou de ação de impugnação da coisa julgada é que pode ser obtida nulidade da sentença. Do contrário, a sentença transitada em julgado, mesmo sendo nula, produz os seus efeitos e goza da autoridade da coisa julgada.⁹⁸

Um dos institutos que mereceu relevância no sistema processual romano foi o da *actio iudicati*, o qual, segundo MOACYR LOBO DA COSTA, tinha “**por finalidade**

⁹⁸ SCIALOJA, Victorio. *Procedimiento Civil Romano*. Trad. de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: EJE, 1954, p. 255.

realizar o cumprimento da *obligatio iudicati*, mediante execução sobre a pessoa ou sobre os bens do condenado”. Afirma ainda o mesmo mestre que “o *iudicium na actio iudicati* destinava-se a apurar se a sentença era ou não juridicamente válida, ou melhor, se havia sido pronunciado um perfeito julgamento”.⁹⁹

No período republicano do direito romano, a *infinitio* e a *revocatio in duplum* foram dois meios pretorianos conhecidos como de grande prestígio para revogação da sentença nula que, por ser considerada como inexistente, nunca transitava em julgado. Floresceu, também, nesse período, como nos informa MOACYR LOBO DA COSTA, “outro excepcional remédio concedido pelo pretor e destinado à anulação de sentenças formalmente válidas, quando se configurasse uma flagrante oposição entre os rígidos princípios do *ius civile*, observados no julgamento da lide e fundados motivos de equidade que justificassem o desfazimento dos efeitos do julgado, mediante a anulação da sentença”.¹⁰⁰ Esse remédio considerado como excepcional, face o grande poder que foi dado ao pretor, é a *restitutio in integrum*.

Esse novo remédio que o pretor concedia excepcionalmente contra sentenças formalmente válidas, ao contrário daqueles dois outros meios de revogação da sentença (*infinitio* e *revocatio in duplum*), apresentava-se com as características e eficácia da moderna ação constitutiva negativa.

VICTTORIO SCIALOJA nos informa que nos procedimentos especiais romanos, a sentença que contém qualquer vício, por si só, já é nula, não havendo necessidade de que o magistrado intervenha para declarar sua nulidade. Quando da execução de uma sentença viciada, o executado pode se opor à coisa julgada através de execução de nulidade dessa mesma coisa julgada.¹⁰¹

Ainda nos procedimentos especiais romanos, acrescenta VICTTORIO SCIALOJA que há o remédio conhecido por *in integrum restitutio*. Esse instrumento se assemelha, de certo modo, a uma apelação, pois significa argüir o magistrado para demonstrar-lhe que a sentença ofende aos interesses de uma pessoa, desde que comprovado não dever perdurar essa ofensa. Serve o instituto para que o magistrado

⁹⁹ COSTA, Moacyr Lobo da. *A Revogação da Sentença*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 13.

¹⁰⁰ Idem... p. 22.

¹⁰¹ SCIALOJA, Vittorio. Op. cit., p. 358.

possa exercer o poder de uma revisão da sentença. Não há uma nova sentença. O magistrado, diferentemente do que ocorre no recurso de apelação, limita-se a suprimir os efeitos da sentença, repondo a situação ao seu estado anterior.¹⁰²

No período das extraordinárias cognições romanas, pode-se afirmar com VICTTORIO SCIALOJA que para declarar a nulidade de uma sentença nula não é necessária a apelação, como se dava nos outros procedimentos. É bastante que ao se buscar algum efeito jurídico dessa sentença, como a execução, por exemplo, a parte contrária poderia impugná-la através de um dos meios autorizados pelo sistema romano. Nesse ponto, há de se destacar a essencial diferença entre o direito romano e o moderno.¹⁰³ Enquanto naquele transparece a idéia de ineficácia da sentença que poderia ser atacada quanto à sua nulidade na fase do processo de execução, neste, pouco ou quase nada se pode fazer quanto aos possíveis defeitos da sentença na fase de execução.

Verifica-se, assim, que no processo civil romano, ao lado de outros remédios menos importantes e com menor eficácia, restaram conhecidos os institutos da *actio iudicati* que se prestava a apurar se a sentença era ou não juridicamente válida; a *infinitio* e a *revocatio in duplum*, que foram os dois meios pretorianos de revogação da sentença nula, uma vez que esta não transitava em julgado e, finalmente, o remédio *in integrum restitutio*, tido como uma espécie de revisão da sentença quando ofendesse os interesses de uma pessoa.

2.1.1. O Instituto da coisa julgada no estrangeiro

Em Portugal, o processo civil acolheu inicialmente tudo aquilo que veio do direito romano, especialmente os institutos jurídicos ali criados, os quais foram abraçados pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

¹⁰² Idem... p. 359.

¹⁰³ Idem... p. 426.

Informa MOACYR LOBO DA COSTA que **“a lição do direito romano, que os legisladores reinícolas aprenderam”** é a de que **“a sentença que por direito é nenhuma não produz efeito, não transita em julgado e pode ser revogada em qualquer tempo que o interessado pretenda fazê-la valer em juízo, independentemente do remédio da Revista, uma vez que sempre se pode dizer contra ela”**.¹⁰⁴

É fácil perceber, portanto, que nessa primeira fase do direito português não se poderia falar em coisa julgada inconstitucional, até porque o controle de constitucionalidade sobre os atos administrativos ou legislativos ainda não existiam. PAULO MANUEL CUNHA DA COSTA OTERO é enfático ao afirmar que, **“Segundo o antigo Direito português, dizia-se expressamente que o monarca estava sobre a lei, daí que “(...)somente ao Príncipe, que não conhece Superior, é outorgado por direito, que julgue segundo sua consciência, não curando de alegações, ou provas em contrário feitas pelas partes(...)”, acrescentando-se que “(...)o Rei é Lei animada sobre a Terra, e pode fazer Lei, revogá-la, quando vir que convém fazer-se assim”**.¹⁰⁵

Na fase atual do direito português, a atividade do poder público como um todo está subordinada aos princípios constitucionais e a um certo controle que implique na declaração de inconstitucionalidade de seus atos. PAULO MANUEL CUNHA DA COSTA OTERO retrata bem essa situação ao resumir o ponto de vista de que o **“Estado Constitucional submete toda a actividade do poder público ao princípio da constitucionalidade, ainda que isso não implique sempre, tal como no século passado, na existência de mecanismos de controle e declaração da invalidade de todos os actos do poder público”**.¹⁰⁶

Com base no art. 3º, nº 3, da Constituição Portuguesa que afirma: **“A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas e do poder local depende da sua conformidade com a Constituição”**, PAULO MANUEL CUNHA DA COSTA OTERO chega a apregoar **“... que também a actividade jurisdicional se**

¹⁰⁴ COSTA, Moacyr Lobo da. Op. cit., p. 159

¹⁰⁵ OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, p. 20.

¹⁰⁶ OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. Op. cit. p. 28-29.

encontra subordinada ao princípio da constitucionalidade, dependendo a validade dos seus actos da conformidade com a Lei Fundamental (artigo 3º, nº 3), estando os tribunais sujeitos à lei (artigo 206º), utilizado aqui o termo “lei” num sentido amplo de subordinação dos tribunais e respectivas decisões à juridicidade”.¹⁰⁷

Embora a atividade jurisdicional deva se subordinar aos ditames constitucionais, o que ocorre na realidade é que ficam excluídos de quaisquer mecanismos de fiscalização da sua validade constitucional os atos políticos e os atos jurisdicionais, segundo PAULO MANUEL CUNHA DA COSTA OTERO. Há uma diferença, inclusive. É que **“os actos políticos encontram sempre, ou quase sempre, mecanismos também políticos de controle, estejam eles na Assembléia da República, no Presidente da República ou no próprio eleitorado; pelo contrário, os actos jurisdicionais inconstitucionais carecem de qualquer garantia de controle da sua validade”.¹⁰⁸**

Essa carência de garantia de controle de validade constitucional dos atos jurisdicionais ocorre, segundo PAULO MANUEL CUNHA DA COSTA OTERO, porque se parte sempre da idéia de que os tribunais se limitam a executar a lei, entendendo-se a afirmativa como sendo os mesmos defensores dos direitos individuais e garantias da Constituição. **“Porém, tal como sucede com os outros órgãos do poder público”** – acrescenta PAULO MANUEL CUNHA DA COSTA OTERO **“também os tribunais podem desenvolver uma actividade geradora de situações patológicas, proferindo decisões que não executem a lei, desrespeitem os direitos individuais ou cujo conteúdo vá ao ponto de violar a Constituição”.¹⁰⁹**

Assim, para PAULO MANUEL CUNHA DA COSTA OTERO **“o Direito português é processualmente incompleto quanto aos meios de garantia da Constituição perante decisões judiciais violadoras das suas regras e princípios”** e por isso um dos problemas centrais no atual momento do Estado de Direito é o da discussão em torno da validade dos atos jurisdicionais frente à Constituição. Aduz o mesmo autor que o problema ganha maior significado quando **“assistimos a uma**

107 Idem... p. 31.

108 Idem... p. 31.

109 OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. Op. Cit. p. 32.

progressiva evolução no sentido de atribuir um maior número de tarefas aos juízes, configurando os tribunais como guardiões da constitucionalidade e da legalidade da actividade de todos os restantes poderes públicos”.¹¹⁰

Em razão dessa circunstância, PAULO MANUEL CUNHA DA COSTA OTERO lamenta que

“Por um lado, verifica-se que, apesar dos amplos poderes decisórios do juiz ao nível da própria criação do Direito, não há uma vinculação a precedentes jurisprudenciais, nem, regra geral, às anteriores decisões dos tribunais superiores. Em consequência, a actividade jurisdicional escapa, em princípio, a qualquer subordinação ao princípio da igualdade na aplicação do Direito. A coroar tudo isto, refira-se o princípio da irresponsabilidade do juiz.

Por outro lado, observamos que, ainda hoje, em finais do século XX, existem actos jurídicos provenientes do poder público sem mecanismos efectivos de controle da sua validade, nem sequer quando desconformes com a Constituição”.¹¹¹

Apenas excepcionalmente é possível ser modificada a coisa julgada, como nos informa PAULO MANUEL CUNHA DA COSTA OTERO, enumerando as seguintes situações: interposição de recurso de revisão em algumas matérias de processo civil, penal, administrativo e tributário; nos casos de oposição de recurso de terceiro e quando há condenação em prestações alimentícias; em matéria criminal, mesmo transitada em julgado, na superveniência de uma lei penal que descriminalize o comportamento ou quando **“a norma inconstitucional que fundamentou a decisão transitada em julgado seja de conteúdo menos favorável ao arguido”**.¹¹²

Em face dessa excepcionalidade para haver modificação da coisa julgada, questiona PAULO MANUEL CUNHA DA COSTA OTERO se esta tem consagração

110 Idem... p. 32.

111 Idem... p. 35.

112 OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. Op. Cit. p. 45-47.

constitucional. Esse ponto **“se mostra particularmente relevante para definir os próprios limites da liberdade do legislador ordinário na determinação da eficácia temporal das suas normas, isto em termos de admissibilidade da retroactividade”**. Daí indagar o mesmo doutrinador **“se a Constituição de 1976 consagra, como regra geral, o princípio da intangibilidade do caso julgado”**.¹¹³

A questão ainda pode ser vista sob o ângulo de sua eficácia. Diz PAULO MANUEL CUNHA DA COSTA OTERO que **“A eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral deveria, em bom rigor, determinar também a destruição dos casos julgados fundados em normas desconformes com a Constituição e agora formalmente banidas da ordem jurídica. No entanto, o art. 282º, nº 3, 1ª parte, apressa-se a dizer que a declaração de inconstitucionalidade ressalva os casos julgados”**.¹¹⁴ Com isso, conclui ele que a Constituição pretendeu garantir a imodificabilidade das decisões judiciais mesmo que elas estejam fundadas em normas inconstitucionais.

PAULO MANUEL CUNHA DA COSTA OTERO, comparando o antigo direito português, de origem romana, com o atual, chega a uma desoladora conclusão: é que a sentença atual, uma vez transitada em julgado mesmo afrontando a Constituição, **“não deixará de ser válida”**, enquanto no antigo direito português, a **“decisão judicial contrária ao Direito seria nula, nunca possibilitando a formação de caso julgado. Ia-se mesmo mais longe: a confirmação de uma sentença nula nunca poderia gerar a sua validade, salvo se uma tal intervenção confirmativa fosse feita pelo próprio monarca”**.¹¹⁵

Interessante é constatar que historicamente a decisão que violava a lei teve um tratamento rigoroso, diferentemente do que ocorre hoje na decisão que fere a Constituição. Talvez, como diz PAULO MANUEL CUNHA DA COSTA OTERO, seja pelo fato de **“que a temática das sentenças ilegais ou injustas é tão antiga quanto à existência e aplicação do Direito, a questão das decisões judiciais inconstitucionais é recente, tendo sido objecto de um escasso tratamento doutrinário”**. Ademais, por

113 Idem.. p. 48.

114 Idem... p. 49.

115 OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. Op. cit. p. 54-55.

outro lado, “em termos jurídicos, uma coisa é uma decisão judicial violar a vontade do legislador ordinário, outra bem diferente será a violação da vontade constituinte”.¹¹⁶

Essa discrepância é atribuída ao valor que se empresta aos princípios da segurança e estabilidade, como muito bem nos transmite PAULO MANUEL CUNHA DA COSTA OTERO, **“Admitir a modificabilidade do caso julgado, fosse por via judicial ou legislativa, significaria sempre colocar em causa as idéias de estabilidade, de segurança e mesmo de tutela da confiança dos cidadãos”.¹¹⁷**

Esses princípios, no entanto, são questionados por PAULO MANUEL CUNHA DA COSTA OTERO para produzirem nos dias de hoje a força que carregam, pois **“na realidade a certeza e a segurança são valores constitucionais passíveis de fundar a validade de efeitos de certas soluções antijurídicas, desde que conformes com a Constituição. Todavia, tais valores carecem de força positiva autónoma para conferir validade a actos jurídicos inconstitucionais”.¹¹⁸**

Toda essa análise para PAULO MANUEL CUNHA DA COSTA OTERO merece uma proposição compatível com a ordem jurídica da atualidade, até porque não podemos esquecer a força do constitucionalismo e a observância de seus preceitos. Com isso, podemos afirmar que o problema da inconstitucionalidade de decisões judiciais não deve ser discutido apenas nos casos de meras aparências de atos jurisdicionais, isto é, diante dos casos de inexistência jurídica. É preciso se entender nas palavras de PAULO MANUEL CUNHA DA COSTA OTERO **“que a inconstitucionalidade das decisões judiciais se traduz na desconformidade com a Constituição de actos que reúnam um mínimo de identificabilidade das características de um acto judicial, isto é, que seja praticado por um juiz no exercício das suas funções, obedecendo aos requisitos formais e processuais mínimos”.¹¹⁹**

116 Idem... p. 59.

117 Idem... p. 50-52.

118 Idem... p. 60-61.

119 OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. Op. cit. p. 79.

Interessante a visão do instituto da coisa julgada nos Estados Unidos. A concepção do instituto naquele país deve ser vista sob o aspecto da *common law*. Por isso, não se deve transpor pura e simplesmente o sistema de lá para o brasileiro. As origens, cultura e influências históricas são bem diferentes. Serve, no entanto, como exemplo para se buscar um melhor aperfeiçoamento no Brasil, especialmente no que diz respeito à busca pela justiça e não só nos apegarmos ao preceito da segurança jurídica.

ANGELO PIERO SERENI nos informa que nos Estados Unidos é possível se obter a anulação de um julgamento sem que haja limitação de tempo para tal, ou seja, mesmo depois de transitada em julgado a sentença. É bastante que se esteja diante de uma situação que enseja a invalidade da sentença, como nos casos de incompetência da Corte ou mesmo quando se tratar de hipóteses em que é possível se revogar ou rescindir a sentença em outros países.¹²⁰

A coisa julgada nos Estados Unidos não adquiriu a força que tem em outros países e outros sistemas, pois ali na *common law*, o que se busca sempre é a aplicação da justiça. É perfeitamente possível se propor *motions for a rehearing*, *motions to set aside a verdict* y outras *motions* dirigidas a obter a reconsideração da sentença mesmo depois de seu trânsito em julgado. Essa é uma consequência histórica do princípio da *common law*, como diz ANGELO PIERO SERENI, baseado essencialmente na *equity*, onde se encontra assente a idéia de que os poderes decisórios da Corte, quando analisa uma controvérsia, não se esgotam com o pronunciamento da decisão, podendo esse poder continuar até que se alcance a justiça entre as partes, desde que presente essa necessidade.¹²¹

Essa característica de um menor prestígio à coisa julgada, nos Estados Unidos, acentua-se quando é sabido que ali a nulidade de uma sentença pode também, em algumas hipóteses, ser pronunciada por outro juiz sem que haja a necessidade da intervenção de todas as partes. É possível se utilizar o instituto da *collateral attack*, perante outro juiz, segundo ANGELO PIERO SERENI, sem a intervenção de todas as

¹²⁰ SERENI, Angelo Piero. *El Proceso Civil en los Estados Unidos*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1958, p. 111.

¹²¹ SERENI, Angelo Piero. Op. cit. p. 111.

partes, com o fim de anular a decisão, desde que comprovado que o juízo anterior não tinha competência para decidir a controvérsia.¹²²

2.1.2. Evolução do instituto no Brasil

Em razão da descoberta do Brasil por Portugal, durante a colonização, todo o sistema aqui aplicado foi trazido daquele país. Quando vimos a coisa julgada em Portugal, verificamos que ali foi adotado por muito tempo o sistema romano, o qual foi albergado pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Esse foi o sistema vigorante no Brasil colônia.

Aliás, PONTES DE MIRANDA retrata perfeitamente essa situação. Diz o mestre ao se referir ao “**Direito romano no reino de Portugal**” que “**as Ordenações Manuelinas trasladaram, no Livro III, Título 60, § 2, a Constituição de Alexandre (haurida das Ordenações Afonsinas), precedendo-a de trechos estranhos a ela, até certo ponto incompatíveis. Imitou-as a Ordenação Filipina do Livro III, Título 75, pr., e § 1 (quanto à parte que precede o que corresponde à lei de Alexandre, já citada)**”.¹²³

O texto filipino foi o que perdurou por mais tempo como sendo o direito brasileiro, mantendo as Ordenações anteriores com pequenos retoques.

O Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, que cuidou do sistema jurídico brasileiro após as Ordenações, continuou a aplicar o Direito então vigorante, com algumas alterações, o que se deu, também, em 1890, através do Decreto 763, que mandou aplicar ao Processo Civil o Reg. nº 737.

Dentre essas alterações, informa-nos PONTES DE MIRANDA, que a modificação substancial ocorrida é a de que o Tribunal do Distrito Federal entendeu que apesar do Decreto 763 mandar aplicar o Reg. 737, de 1.850, “**o direito reinícola não estava em vigor**” e não cabia ação rescisória e sim “**exceção de coisa julgada**” como forma de proteger o interessado, quando se tratasse da hipótese de “**direito expresso**”.¹²⁴

¹²² Idem... p. 111-112.

¹²³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 94.

Se, na fase colonial, nada foi diferente do sistema português que por sua vez adotava o sistema romano, na fase atual, estamos em situação quase idêntica a que foi descrita no item referente à coisa julgada em Portugal. É que a correção de um defeito da coisa julgada no Brasil continua a ser vista apenas sob o ângulo da lei ordinária, nos casos em que ela autoriza, limitados ao remédio isolado da ação rescisória, sujeita a prazo de decadência, ou, eventualmente, à ação de nulidade de ato jurídico, quando configurada a hipótese de inexistência ou de nulidade *ipso iure*, como veremos em capítulo futuro.

Assim, o sistema brasileiro após se desgarrar do colonialismo português, continuou a adotar em seu processo, inicialmente, o Regulamento 737, de 1850 e, posteriormente, o 763, de 1890. Após esta última data, com a proclamação da República, houve uma grande evolução na área do direito público brasileiro, especialmente no campo constitucional sem, contudo, o processo se alterar substancialmente, até porque sempre houve uma vinculação ao sistema romano, de interesse eminentemente privado e sem maiores avanços ao que se construiu em suas bases.

Como diz CARMEM AZAMBUJA, **“O processo regular seria, assim, o respeito às formas, e não à substância, um processo lógico de subsunção, matemático, de dedução. É exatamente do processo lógico e objetivo da visão clássica da ciência que decorre o instituto da coisa julgada.”**¹²⁵

O que precisamos agora é que o processo passe pelo que diz CARMEM AZAMBUJA por **“uma nova forma de raciocínio: a da lógica do razoável. Isso, porém, é moderno e conflita com a visão clássica, objetiva e silogística do processo, da forma decisional original e da visão tradicional da coisa julgada”**.¹²⁶

Essa mudança tem de ocorrer mesmo e só podemos contar com ela daqui por diante, pois passamos pelos Códigos de Processo dos Estados, de 1939 e atualmente vigente o de 1973, com diversas modificações, sem que no campo específico aqui

124 MIRANDA, Pontes de. Op. cit. p. 94.

125 AZAMBUJA, Carmem. *Rumo a uma nova coisa julgada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 50.

126 Idem... p. 51.

tratado tenha havido qualquer evolução, a não ser no âmbito do processo coletivo, porém com outras conotações e diversidades estranhas ao tema em discussão.

2.2. Conceito

Procuraremos, de início, oferecer um conceito genérico da coisa julgada para em seguida adentrarmos nas peculiaridades deste instituto, trazendo suas modalidades e limites como forma de melhor caracterizá-lo no seu todo.

EDUARDO J. COUTURE nos traz a definição de que, tratando-se, pois, de definir o conceito jurídico de coisa julgada, após tantas advertências preliminares, podemos dizer que ela é a autoridade e eficácia de uma sentença judicial, quando não existe contra ela meios de impugnação que permitam modificá-la.¹²⁷

Esse pensamento de EDUARDO J. COUTURE traduz as idéias e regramentos existentes nos países latinos, especialmente da América do Sul, onde a impugnação da coisa julgada só se dá por meio próprio e em determinado lapso de tempo, o qual, uma vez ultrapassado não pode mais o julgado sofrer qualquer censura no campo jurídico.

Como afirma JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ao proferir a sentença de mérito, o órgão judicial formula a norma jurídica concreta que deve disciplinar a situação litigiosa trazida à sua apreciação. Necessidades de ordem prática exigem que se assegure estabilidade à tutela jurisdicional assim dispensada. Para ele, **“a lei atende a tal exigência tornando imutável e indiscutível, a partir de certo momento, o conteúdo da norma formulada na sentença. Nesse momento – que, no direito brasileiro, é aquele em que já nenhum recurso pode ser interposto contra a decisão , diz-se que esta transita em julgado”**.¹²⁸

127 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3.ed. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 401. Texto original: “Tratando, pues, de definir el concepto jurídico de cosa juzgada, luego de tantas advertencias preliminares, podemos decir que es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla.” (Tradução nossa).

128 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada Material no Sistema do Processo Civil Brasileiro. In *Temas de Direito Processual Civil*. 1 série. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 97.

CHAIM PERELMAN, ao fazer a sua análise sobre a coisa julgada, compara inicialmente a liberdade que tem o cientista independente em suas pesquisas com o juiz que não possui essa mesma liberdade, pois não escolhe os processos que terá de analisar, ficando encarregado de julgar uma lide e, ao fazê-la, realiza um ato de soberania, cuja meta é estabelecer a paz judiciária, dizendo o que é conforme ao direito. Segundo CHAIM PERELMAN, suas **“decisões terão a autoridade da coisa julgada, após a expiração dos prazos previstos para interpor apelação e recurso de cassação. A coisa julgada é tida como verdadeira, e as partes devem submeter-se às conclusões do tribunal. Aliás, são essas conclusões que o mais das vezes lhes importam, bem mais do que a realidade dos fatos, que constituem apenas um meio de fundamentar as consequências jurídicas que deles decorrem”**.¹²⁹

Esse pensamento de CHAIM PERELMAN retrata uma situação consolidada com o positivismo jurídico que trouxe um grande prestígio à coisa julgada, especialmente pelo fato de se trabalhar com a sentença dentro de um raciocínio lógico formal, em que uma vez formado o silogismo, tinha-se como incensurável o ato decisional, o qual só poderia sofrer impugnação dentro do mesmo processo enquanto não passasse em julgado. Após o trânsito em julgado, somente em casos excepcionais poder-se-ia corrigir os raros defeitos que o legislador entendeu ou entende como relevantes para uma rescisão do julgado.

2.3. Modalidades

A coisa julgada pode ser vista sob duas modalidades: a coisa julgada formal e a coisa julgada material. A primeira sempre se empregando para o processo que foi extinto sem análise do mérito, enquanto a segunda se refere aos casos em que houve julgamento do mérito ou a lei empresta a mesma força por haver reflexo da sentença extinguindo o direito material posto. Sobre elas iremos discorrer a seguir.

2.3.1. Coisa julgada formal

¹²⁹ PERELMAN, Chaim. Op. cit., p. 586.

EDUARDO J. COUTURE vê a coisa julgada formal como uma situação criada no processo no sentido de não poder mais ser interposto qualquer recurso da decisão proferida. Mesmo assim, após o trânsito em julgado, havendo modificação do estado das coisas, é possível se ir a juízo com um novo procedimento para resolver a controvérsia posta.¹³⁰

O pensamento aqui refletido traduz somente uma parcial verdade sobre a coisa julgada formal, frente ao nosso sistema jurídico, qual seja, aquela em que alguém foi a juízo e não obteve sucesso na análise do mérito, porém retornou ao judiciário expondo nova situação jurídica e com isso podendo colher os frutos antes negados. Existe também essa possibilidade quando a matéria de mérito não foi analisada, em razão da extinção do processo, podendo a parte voltar a juízo alegando os mesmos fatos, porém extirpando o defeito ou defeitos de ordem processual que antes haviam servido de fundamento para extinguir o feito.

Na mesma linha de raciocínio MOACYR AMARAL SANTOS conceitua a coisa julgada formal como **“não mais suscetível de reforma por meio de recursos, a sentença transita em julgado, tornando-se firme, isto é, imutável dentro do processo. A sentença, como ato processual, adquiriu imutabilidade. E aí se tem o que se chama coisa julgada formal, que consiste no fenômeno da imutabilidade da sentença pela preclusão dos prazos para recursos”**.¹³¹

Na realidade, a coisa julgada formal faz extinguir o processo nos casos previstos em lei e após esgotamento dos prazos ou da utilização de todos os recursos cabíveis, sem que o direito material ali discutido seja atingido. Assim, esse direito não pode mais ali ser analisado, porém pode qualquer dos litigantes buscar a via de novo processo para rediscutir a controvérsia. Diz-se com isso que a coisa julgada formal não afeta o mérito, porém extingue o processo ou a relação jurídica instrumental em razão de algum defeito processual, no campo meramente formal ou instrumental.

¹³⁰ COUTURE, Eduardo J. Op. cit., p. 416.

¹³¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 43, v.3.

2.3.2. Coisa julgada material

Diferentemente do que ocorre na coisa julgada formal, acrescenta-se na coisa julgada material o ingrediente de que a matéria não pode mais ser discutida em outro processo. Como diz EDUARDO J. COUTURE a coisa julgada material se apresenta quando a condição de inimpugnabilidade, mediante recurso, agrega-se à condição de imodificabilidade por qualquer procedimento posterior, dizendo-se, assim, que há coisa julgada substancial, já que nenhuma autoridade poderá modificar esse resultado.¹³²

MOACYR AMARAL SANTOS explica bem a coisa julgada material ao reconhecer que ela vai além dos efeitos produzidos na coisa julgada formal, pois o comando daí emergente, torna-se definitivo e imutável, mesmo fora do processo. Afirma o mestre:

“Em consequência da coisa julgada formal, pela qual a sentença não poderá ser reexaminada e, pois, modificada ou reformada no *mesmo processo* em que foi proferida, *tornam-se imutáveis os seus efeitos* (declaratório, ou condenatório, ou constitutivo). O comando emergente da sentença, como ato imperativo do Estado, torna-se definitivo, inatacável, imutável, não podendo ser desconhecido *fora do processo*. E aí se tem o que se chama *coisa julgada material*, ou *coisa julgada substancial*, que consiste no fenômeno pelo qual a imperatividade do comando emergente da sentença adquire força de lei entre as partes”.¹³³

¹³² COUTURE, Eduardo J. Op. cit., p. 422. Texto original: “cuando a la condición de inimpugnable ediante recurso, se agrega la condición de inmodificable en cualquier outro procedimiento posterior, se dice que existe *cosa juzgada sustancial*, ya que entonces ninguna autoridad podrá modificar, definitivamente, lo resuelto”. (Tradução nossa)

¹³³ SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 43.

A coisa julgada material é entendida sempre quando o juiz analisa o mérito da controvérsia, ou a lei impõe essa condição por haver as partes chegado a uma solução do conflito, ou a sentença haja refletido de forma tal no mérito que venha a impossibilitar o reexame da matéria.

Assim, é forçoso reconhecer que no primeiro caso há coisa julgada material quando o juiz acolhe ou rejeita o pedido. Enquanto isso, na segunda hipótese ocorre o mesmo fenômeno quando o réu reconhece o pedido, o autor renuncia ao seu direito ou as partes transigem. E, por último, quando reconhecida a prescrição ou a decadência, sendo que nestas últimas hipóteses o juiz não analisou o mérito, porém o mesmo ficou prejudicado pelo reconhecimento de um instituto que a lei emprestou esse caráter, conforme se infere do art. 269, do CPC.

2.4. Limites

A coisa julgada no processo que envolve conflitos individuais tem sua autoridade e eficácia limitada ao objeto da relação jurídica e às partes que a integraram, razão pela qual a doutrina, com proficiência, define essas restrições como limites objetivos para a primeira e limites subjetivos para a segunda.

2.4.1. Limites objetivos

EDUARDO J. COUTURE ao explicar sobre os limites objetivos da coisa julgada, proclama que o mesmo se refere ao objeto do litígio e da decisão, ou seja, sobre aquilo que foi pedido e aquilo que foi concedido. Coube à coisa julgada tudo quanto foi discutido.

Esse objeto da decisão, para EDUARDO J. COUTURE, pode ser visto em dois sentidos: um, rigorosamente processual que alcança a parte dispositiva da sentença e todo o seu conjunto como os fundamentos e os considerandos. Outro, em um sentido substancial que se refere somente àquilo que foi objeto do litígio ou da causa.¹³⁴

Esclareça-se, por oportuno, que no Brasil a coisa julgada só ocorre no primeiro sentido – rigorosamente processual, por alcançar apenas a parte dispositiva da sentença, não estando albergados os fundamentos e os considerandos, como fez EDUARDO J. COUTURE.

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA explica o tema dizendo que **“o estudo dos limites objetivos da coisa julgada se presta a estabelecer o que da sentença se reveste daquela qualidade de imutabilidade e o que fica de fora. Ou por outra, se destina a separar, das múltiplas questões decididas pela sentença, aquelas que restam protegidas pelo manto da coisa julgada. A coisa julgada somente apanha a parte dispositiva da sentença, ou seja, a parte final, onde se soluciona o mérito da pretensão deduzida”**.¹³⁵

Em nossa ordem jurídica ficam de fora do alcance da coisa julgada, na forma do arts. 469, do CPC, os motivos, a verdade dos fatos e a apreciação da questão prejudicial.

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA ainda complementa afirmando que ao se dirigir ao Judiciário, o postulante solicita uma prestação jurisdicional específica, consistente em uma declaração, ou numa condenação, ou numa execução, ou em um mandar, ou num constituir, ou numa combinação destas cargas eficaciais. Depois, acrescenta: **“ao julgar a lide o juiz ou defere a prestação pedida e a sentença, neste caso, tem obrigatoriamente, quanto a eficácia, a mesma carga eficaz do pedido, ou a indefere, e a sentença, aqui, será sempre declaratória negativa. E a coisa julgada material sempre se limitará ao comando emergente da sentença, decorrente da Jurisdição e co-extensivo do pedido”**.¹³⁶

O tema é explicado também por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, ao dizer que o art. 468 reproduz, sem as deformações do art. 287, *caput* (Código de 39), a

134 COUTURE, Eduardo J. Op. cit., p. 426.

135 LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Op. cit., p. 30.

136 Idem... p. 31.

fórmula carneluttiana: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. “Apenas a lide é *julgada*; e, como a lide se submete à apreciação do órgão judicial por meio do pedido, não podendo ele decidí-la senão “nos limites em que foi proposta” (art. 128), segue-se que a área sujeita à autoridade da coisa julgada não pode jamais exceder os contornos do *petitum*”.¹³⁷

Assim, a coisa julgada se limita ao que foi objeto de decisão pelo julgador, pois somente a parte decisória está contemplada com o seu manto.

2.4.2. Limites subjetivos

EDUARDO J. COUTURE sintetiza o conceito nos seguintes termos: **O problema dos limites subjetivos da coisa julgada consiste em determinar os sujeitos de direito a quem a decisão prejudica ou beneficia.**¹³⁸

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA diz que com a expressão “**Limite Subjetivo da Coisa Julgada**” se quer dizer que somente aqueles que são “**atingidos pela coisa julgada, aí incluído o estudo da possibilidade de a sentença produzir efeitos num universo de indivíduos maior do que o daquele atingidos pelas demais eficácias da sentença, ou seja, limite subjetivo da coisa julgada é a definição das pessoas que se submetem à imutabilidade do comando inserido na sentença, bem assim das pessoas que sofrem qualquer laivo de eficácia decorrente da decisão**”.¹³⁹

Para PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA esse problema de que a coisa julgada se estenda exclusivamente às partes, “**não é bem entendido pelo povo que, raciocinando a partir da premissa de que a sentença contenha obrigatoriamente a**

¹³⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os Limites Objetivos da Coisa Julgada no Sistema do Novo Código de Processo Civil. In: *Temas de Direito Processual*. 1 Série. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 91.

¹³⁸ COUTURE, Eduardo J. Op. cit., p. 422. Texto original: “El problema de los límites subjetivos de la cosa juzgada consiste en determinar los sujetos de derecho a quienes el fallo perjudica o beneficia.” (Tradução nossa)

¹³⁹ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Op. cit., p. 38.

solução correta, não aceita que uma Segunda decisão, ainda que prolatada ante partes diversas, venha a sufragar entendimento diferente, incompatível com o primeiro. Por isso mesmo, sempre é motivo de desconfiança e milita contra a consideração que a sociedade tem pelo Judiciário soluções diferentes para casos iguais".¹⁴⁰

CARMEM AZAMBUJA contribui com essa crítica de PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, afirmando: **“também, somente num esquema, ou forma privatista do processo e da coisa julgada, podemos aceitar o dogma romano de fazer a autoridade da coisa julgada meramente aos que participaram do feito**".¹⁴¹

E depois assevera a mesma autora, que **“é, porém, tal acepção e limite subjetivo mais uma confirmação da privatização da coisa julgada, ou da decisão a fatos e direitos exclusivamente privados, onde os interesses privados dos outros não poderiam ser atingidos pela transação, ou definição dos interesses privados das partes**".¹⁴²

Cabe aqui se fazer uma observação importante. A posição de CARMEM AZAMBUJA é procedente, mas tem em vista chamar a atenção do conservadorismo do instituto da coisa julgada no campo dos direitos individuais para se fazer uma projeção do instituto no âmbito do processo coletivo, estendendo-se a eficácia da coisa julgada a outras pessoas que não participaram da relação jurídica processual.

Enquanto isso, PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA propugna a extensão dos limites objetivos da coisa julgada mesmo no processo individual, atingindo os limites subjetivos de forma indireta, pois outras pessoas seriam beneficiadas com as razões da sentença, caso as mesmas transitassem em julgado. Essa proposição tem em vista se ter como alcançados pela coisa julgada os motivos, a verdade dos fatos e a apreciação da questão prejudicial que estão excluídos pelo art. 469, do CPC.

Depois de invocar diversas lições doutrinárias sobre a adoção pelo Código do sistema restritivo puro, excluindo vários pontos da sentença da eficácia da coisa julgada, afirma PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA que correta está a doutrina e infeliz o Código, pois a solução adotada não é a melhor. Diz ele que **“restringir a eficácia da**

¹⁴⁰ Idem ... p. 42.

¹⁴¹ AZAMBUJA, Carmem. Op. cit., p. 60.

¹⁴² AZAMBUJA, Carmem. Op. cit., p. 60-61.

coisa julgada ao dispositivo significa abandonar parte do resultado útil do processo, desprezar significativo trabalho produzido pelo Judiciário e multiplicar as possibilidades de decisões conflitantes, militando em desfavor da isonomia e ampliando as oportunidades de gerar perplexidades e desconfianças na atuação do Judiciário”.¹⁴³

Com base nesse raciocínio é possível se imaginar a hipótese de alguém buscar o judiciário para haver reparação de danos pessoais sofridos em acidente automobilístico, tendo o juiz de examinar todas as circunstâncias que envolveram o ocorrido. Vamos admitir que o postulante obteve sucesso na empreitada. Tempos depois retorna o mesmo indivíduo a juízo, agora com outra ação indenizatória, com base no mesmo fato (acidente), pleiteando reparação dos danos materiais. Nessa segunda demanda o juiz volta a examinar todas as circunstâncias fáticas, tendo em vista que a coisa julgada da ação anterior só se limitou aos termos restritos do pedido, ou seja, da parte dispositiva da sentença, tendo ficado seus fundamentos totalmente livres para um novo exame nessa segunda controvérsia. É uma situação até certo ponto incompreensível, especialmente para o leigo, pois corre o risco do juiz, nesse segundo processo, entender até que não houve o acidente ou o mesmo não ocorreu daquela forma que o judiciário já havia julgado.

Por isso afirma PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, que “**muito mais acertado seria o Direito Processual pátrio optar pela extensão dos efeitos da coisa julgada a todas as questões efetivamente decididas, desde que relativas a fatos jurídicos concretos e indissociáveis da conclusão última da sentença**”.¹⁴⁴ Assim, ele iria se preocupar apenas com as questões que não tivessem sido objeto de apreciação no primeiro julgamento. Facilitaria, profundamente a tarefa do judiciário e com isso contribuiria para que os efeitos da sentença se estendessem a outro ou outras pessoas que ingressassem no judiciário com base nos mesmos fundamentos ou causa de pedir, uma vez que esta já estaria reconhecida de forma incontroversa.

Por esse caminho a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada não iria afetar, logicamente, o problema dos limites subjetivos, porém contribui favoravelmente em favor de terceiros, que não participaram da relação jurídica processual originária, quando buscassem o Judiciário para pleitear direitos com base nos mesmos fatos.

¹⁴³ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Op. cit., p. 133.

¹⁴⁴ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Op. cit., p. 135.

2.5. Autoridade

MOACYR AMARAL SANTOS apregoa que a Justificação da Autoridade da Coisa Julgada está sujeita a fundamentos de ordem política e jurídica.

Quanto ao primeiro diz que os motivos são de ordem prática e de exigência social, a impor que a partir de dado momento – que se verifica com o esgotamento dos prazos para recursos – a sentença se torne imutável, adquirindo *autoridade de coisa julgada*, tendo-se aí o fundamento político da coisa julgada.

Quanto ao segundo, sustenta que se trata de tema altamente controvertido, mas que está sujeito a diversas teorias, como a da presunção da verdade; da ficção da verdade; da força legal, substancial, da sentença; da eficácia da declaração; da extinção da obrigação jurisdicional; da vontade do Estado defendida por Chiovenda; da imperatividade do comando da sentença apregoadas por Carnelutti; da qualidade especial da sentença ou da eficácia provinda do Estado, também conhecida como Teoria de Liebman.¹⁴⁵

Todas essas teorias encontram adeptos nos mais diversos sistemas jurídicos e cada um destes adota com maior ou menor intensidade uma dessas correntes doutrinárias.

Apenas vamos enfatizar aqui a doutrina que, na sua maioria, entende haver o nosso sistema jurídico abraçado: a idéia de ENRICO TULLIO LIEBMAN. Não desmerecendo as demais, porém entendendo que não cabe no tema proposto uma discussão a esse respeito, pois pouco ajudaria ao trabalho desenvolvido.

EDUARDO J. COUTURE diz que **“a autoridade da coisa julgada é, pois, uma qualidade ou atributo próprio da sentença que emana de um órgão jurisdicional quando haja adquirido o seu caráter definitivo”**.¹⁴⁶

¹⁴⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 45-52.

¹⁴⁶ COUTURE, Eduardo J. Op. cit., p. 401.

Ao afirmar que a autoridade da coisa julgada é a qualidade ou atributo próprio do julgado que emana do órgão jurisdicional, EDUARDO J. COUTURE compartilha com o pensamento de ENRICO TULLIO LIEBMAN, quando este doutrinador italiano proclama que **“a linguagem induziu-nos, portanto, inconscientemente, à descoberta desta verdade: que a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias das sentenças”**.¹⁴⁷

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, mesmo concordando como aqueles que entendem que a coisa julgada não é um efeito da sentença, propugna pela idéia de que se trata de uma situação jurídica. Vejamos: **“Mais exato parece dizer que a coisa julgada é uma situação jurídica: precisamente a situação que se forma no momento em que a sentença se converte de instável em estável. É essa estabilidade, característica da nova situação jurídica, que a linguagem jurídica se refere, segundo pensamos, quando fala da “autoridade da coisa julgada”**.¹⁴⁸

O Código de Processo Civil em seu art. 467 afirma que **“Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”**. Para CARMEM AZAMBUJA **“com tal conceituação, o código perfilhou-se à teoria de Liebman sobre a justificação da coisa julgada, afirmando que a mesma não era efeito da sentença, mas sua própria eficácia que a tornava imutável e indiscutível, quando não mais sujeita a recurso, mesmo extraordinário”**.¹⁴⁹

Assim, concluímos que a coisa julgada é uma qualidade que adquire a sentença após o seu trânsito em julgado, residindo aí a autoridade que a mesma passa a ter.

2.6. Eficácia preclusiva

147 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada*. Tradução original: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução posterior a 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente: Ada Pellegrini Grinover. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 6.

148 MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada. In *Temas de Direito Processual Civil*. 3 série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 113.

149 AZAMBUJA, Op. cit., p. 55.

EDUARDO J. COUTURE diz que a autoridade e o conceito de coisa julgada se complementam com uma medida de eficácia e esta medida se resume em três possibilidades: a inimpugnabilidade, a imutabilidade e a coercibilidade da sentença.¹⁵⁰

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA não concorda inteiramente com essa idéia. Diz ele que **“A imutabilidade não é conatural à sentença – e isso continuaria a ser verdade mesmo que porventura não existissem, nem jamais tivessem existido, sentenças indefinidamente passíveis de modificação. Se as leis em regra excluem tal possibilidade e fazem imutável a sentença a partir de certo momento, o fato explica-se por uma opção de política legislativa, baseada em óbvias razões de conveniência prática”**.¹⁵¹

Assiste razão ao Professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, pois não é a imutabilidade uma característica natural da sentença, o que permite se reconhecer que esse dado deve ficar a cargo do legislador pondo-o ou não no corpo jurídico de sua comunidade. Ao lado da qualidade ou eficácia da sentença para uns, ou efeitos da sentença para outros, a coisa julgada faz promanar muitos efeitos o que torna esse tema palpitante, porém impossível de ser analisado no presente trabalho.

Além dos efeitos que da sentença resulta e especialmente os da coisa julgada há de se observar o problema da eficácia preclusiva da coisa julgada que nas palavras de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA quer dizer o seguinte:

“A eficácia preclusiva da coisa julgada manifesta-se no impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de incluir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz. Essas questões perdem, por assim dizer, toda a relevância que pudessem ter em relação à matéria julgada. Posto que se conseguisse demonstrar que a conclusão seria diversa, caso elas houvessem sido tomadas em consideração, nem por isso o resultado ficaria menos firme; para evitar, pois, dispêndio inútil de atividade processual, simplesmente se exclui que possam ser suscitadas com o escopo de atacar a

¹⁵⁰ COUTURE, Eduardo J. Op. cit., p. 49.

¹⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada. In *Temas de Direito Processual Civil*. 3 série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 103.

res iudicata. Se a decisão é das que só produzem coisa julgada *formal*, o efeito preclusivo restringe-se ao interior do processo em que foi proferida; se é das que geram coisa julgada *material*, como a sentença definitiva, o efeito preclusivo projeta-se *ad extra*, fazendo sentir-se nos eventuais processos subseqüentes. Daí qualificar-se de *pan-processual* a eficácia preclusiva da coisa julgada material".¹⁵²

A eficácia preclusiva da coisa julgada está prevista no art. 474 do Código de Processo Civil que dita: “**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**”. No Código de 39 esse dispositivo correspondia ao art. 287, parágrafo único.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA afirma ainda que “**a eficácia preclusiva da coisa julgada material atinge: (a) as questões de fato; (b) as questões de direito e (c) as questões solúveis mediante aplicação de direito a fato e referentes à relação jurídica sobre que versa o pedido (questões prejudiciais em sentido próprio)**”.¹⁵³

Em seguida acrescenta o mesmo Autor que, com o trânsito em julgado da sentença definitiva, em qualquer outro processo sobre a mesma lide ou sobre lide logicamente subordinada, ficam tão preclusas como efetivamente apreciadas: “**as questões que, passíveis de conhecimento ex officio, de fato não hajam sido examinadas pelo juiz; as que, dependentes da iniciativa da parte, hajam sido suscitadas mas não apreciadas na motivação da sentença; as que, também dependentes da iniciativa da parte, não hajam sido suscitadas nem, por conseguinte, apreciadas**”.¹⁵⁴

Na opinião acertada de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “**para que a quaestio facti fique coberta pela eficácia preclusiva não é necessário, pois, que o fato**

¹⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada Material no Sistema do Processo Civil Brasileiro. In *Temas de Direito Processual Civil*. 1 série, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 100-101.

¹⁵³ Idem... p.103-105.

¹⁵⁴ Idem... p.103-105.

seja *conhecido* pela parte; é necessário, contudo, que já tivesse acontecido. A eficácia preclusiva não apanha os fatos *supervenientes*”.¹⁵⁵

Por último, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA chama a atenção dizendo que “**para encerrar estas considerações, vale a pena fixar com nitidez a distinção entre o efeito preclusivo da coisa julgada e o efeito preclusivo que se manifesta na execução de sentença, no tocante à alegação de fatos que poderiam ter sido deduzidos no processo de conhecimento**”.¹⁵⁶

A distinção reside no fato de que o efeito preclusivo da coisa julgada diz respeito a todas aquelas matérias indicadas por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA como insusceptíveis de serem realizadas no mesmo ou em outro processo, após o trânsito em julgado, enquanto o efeito preclusivo entre o processo de conhecimento e a execução se refere exclusivamente aquela matéria elencada no art. 741, inciso VI, do CPC, desde que superveniente a sentença.

Assim, mesmo a matéria constante do art. 741, inciso VI, do CPC não sendo superveniente à sentença estará preclusa por força do art. 474 do mesmo diploma legal, por se tratar aí de efeito preclusivo da coisa julgada material.

Todos esses pontos relativos à coisa julgada nos oferecem uma visão sistêmica do instituto no Brasil, especialmente quando fixamos os olhos sobre a questão no âmbito do direito positivo infraconstitucional. É sob esse ângulo que a coisa julgada é tratada em nosso país.

¹⁵⁵ Idem... p. 107.

¹⁵⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit. p. 108.

CAPÍTULO III

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS

Fazendo-se um breve apanhado histórico, mesmo depois da existência do Estado como entidade organizacional de um determinado grupo social, é fácil perceber que no início dessa organização, até muito tempo depois, a atividade estatal estava concentrada nas mãos de uma só pessoa, no caso, o rei.

Assim, cabia ao soberano o poder total de administrar, legislar e julgar. Somente com o avanço da sociedade, o aperfeiçoamento do Estado e as teorias criadas para justificar e explicar esse ente institucional é que se passou a definir essas funções com motivações claras e destinação específica a determinados órgãos.¹⁵⁷

Referindo-se ao direito Português, o qual guarda perfeita similitude com o nosso ordenamento jurídico, PAULO MANUEL CUNHA DA COSTA OTERO nos ensina que no **“antigo Direito português, dizia-se expressamente que o monarca estava sobre a lei, daí que, “(...) somente ao Príncipe, que não conhece Superior, é que outorgado por direito, que julgue segundo sua consciência, não curando de alegações, ou provas em contrário feitas pelas partes (...)”, acrescentando-se que “(...) o Rei é Lei animada sobre a terra, e pode fazer Lei, revogá-la, quando vir que convém fazer-se assim”**.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Para uma análise mais aprofundada, remetemos aos seguintes autores e obras: MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969*. Tomo I. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 53-57. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 424 e seguintes. CAVALCANTI, Amaro. *Regime Federativo e República Brasileira*. Brasília: Universidade de Brasília, 1983, especialmente p. 13-43. FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 3-15. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. de Luís Carlos Borges Martins. 2.ed. São Paulo: Fontes, 1995, especialmente p. 183 e seguintes. MONCADA, L. Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. 2.ed. Coimbra: Ed. Coimbra, p. 160 e seguintes. V. II.

¹⁵⁸ OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. Op. cit., p. 20.

As revoluções liberais, especialmente a revolução francesa, introduziram uma nova noção no direito: o princípio da legalidade. A evolução histórica subsequente se caracteriza pelo esforço progressivo da subordinação do poder administrativo à legalidade e, simultaneamente, ao controle jurisdicional da atividade administrativa. Foi ainda a Revolução Francesa que trouxe consigo a limitação do poder político do Estado, consagrando o princípio da separação dos poderes e a afirmação dos direitos do cidadão.

Se, por um lado não foi fácil e ainda hoje continua difícil definir e delimitar as funções do Estado, por outro, restou mais demorado e sofreu maior resistência o aspecto relativo ao controle das funções estatais.

M. SEABRA FAGUNDES, invocando lições de BARTHÉLÉMY e DUEZ a respeito do sistema Inglês, afirma que esses autores **“fazem sentir a inexistência atual de um sistema de controle da lei em face dos princípios gerais de direito”**. Por ser o legislador discricionário, estando o controle contra o abuso apenas na sua consciência jurídica, fazendo com que a lei obrigue, ainda que antijurídica, a Inglaterra, segundo observação ainda de BARTHÉLÉMY e DUEZ, não conhece o chamado *princípio da legalidade*, fazendo com que os atos extralegais possam ser legalizados *a posteriori* pelo Parlamento, através de um *Act of Indemnity*. Por isso arremata M. SEABRA FAGUNDES: **“Assim, atividades, não assentes em texto legislativo preexistente, se podem tornar juridicamente lícitas. Isso, aliás, decorre do cunho absolutista do Parlamento britânico”**.¹⁵⁹

Diz J. J. GOMES CANOTILHO que **“por controle de normas entenda-se o processo constitucional dirigido à fiscalização e decisão, com força obrigatória geral (com força de lei), do desvalor formal ou material de uma norma jurídica”**.¹⁶⁰

EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA e TOMÁS RAMON FERNÁNDEZ afirmam que o controle de constitucionalidade é o único que pode

¹⁵⁹ FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 95.

¹⁶⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 996.

“erigir-se em limite jurídico da lei; porém, trata-se de um limite que atua pela distinção convencional de duas categorias distintas dentro da lei, a constitucional e a ordinária, categorias derivadas de sua diversa função e papel, como já nos consta, de modo que é, em certa maneira, um limite intrínseco, realizado em nome de outra lei e não de uma instância distinta; nesta hipótese, também a lei é imune ao poder do juiz; o juiz fica vinculado pela lei, não pode julgar sua validade, senão só controlar sua vigência e determinar sua interpretação. Nada, fora da Constituição, pode limitar a lei, porque esse algo que a limitasse seria algo superior a ela na ordem jurídica e toda a construção técnica da lei está arquitetada para atribuir-lhe a superioridade na criação do Direito; seu caráter superior, supremo, é sua própria essência”.¹⁶¹

PAULO MANUEL CUNHA DA COSTA OTERO afirma que a atual fase do Estado Constitucional submete toda a atividade do poder público ao **“princípio da constitucionalidade, ainda que isso não implique sempre, tal como no século passado, a existência de mecanismos de controle e declaração da invalidade de todos os actos do poder público. Todavia, pode bem proclamar-se que hoje não há Estado de Direito sem, pelo menos, mecanismos de fiscalização da legalidade da actividade administrativa e, em regra, uma qualquer forma do controle da constitucionalidade dos actos legislativos”**.¹⁶²

Assim, a atividade jurisdicional, segundo PAULO MANUEL CUNHA DA COSTA OTERO subordina-se ao **“princípio da constitucionalidade, dependendo a validade dos seus actos da conformidade com a Lei Fundamental (artigo 3º, n.º 3), estando os tribunais sujeitos à lei (artigo 206º), utilizado aqui o termo “lei” num sentido amplo de subordinação dos tribunais e respectivas decisões à juridicidade”**.¹⁶³

Mesmo estando a atividade jurisdicional subordinada ao princípio da constitucionalidade, lamenta PAULO MANUEL CUNHA DA COSTA OTERO que

161 ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. Op. cit., p. 148.

162 OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. Op. cit., p. 28-29.

163 Idem... p. 31.

fiquem excluídos de quaisquer mecanismos de fiscalização da sua validade constitucional os atos políticos e os atos jurisdicionais. **“E, ainda aqui, com uma importante diferença: os actos políticos encontram sempre, ou quase sempre, mecanismos também políticos de controle, estejam eles na Assembléia da República, no Presidente da República ou no próprio eleitorado; pelo contrário, os actos jurisdicionais inconstitucionais carecem de qualquer garantia de controle da sua validade”**.¹⁶⁴

3.1. Formas de controle

O controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos é classificado de diversas formas. O controle por ação ou omissão. O controle político e jurídico. Essas são as formas que mais se destacam, sobre as quais faremos algumas considerações.

3.1.1. Controle por ação

No dizer de CELSO RIBEIRO BASTOS, **“praticamente tudo que foi escrito sobre a inconstitucionalidade o foi relativamente à por ação. É aquela que se caracteriza pela prática de um ato, pela edição de uma lei ou pela materialização de um comportamento, em antagonismo ao preceituado na Constituição. É pois uma inconstitucionalidade positiva, cujo remédio é a sua nulificação”**.¹⁶⁵

J. J. GOMES CANOTILHO diz que **“o controle dos actos normativos violadores das normas e princípios constitucionais reconduz-se à fiscalização da inconstitucionalidade por acção, que é a fiscalização típica exercida pelos tribunais (cfr. arts. 277º e 282º). Ao lado desta, existe a inconstitucionalidade por omissão, não muito freqüente no plano positivo-constitucional”**.¹⁶⁶

¹⁶⁴ OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. Op. cit p. 31.

¹⁶⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 321-322.

No chamado controle de constitucionalidade por ação, o que se tem em vista é o agir do órgão controlador, no caso brasileiro o judiciário, depois de provocado pelas vias e legitimados adequados, diante de uma norma positivada de hierarquia inferior ao texto constitucional, com o fim de extirpá-la do mundo jurídico, face a sua incompatibilidade formal ou material com a Carta Magna.

3.1.2. Controle por omissão

CELSO RIBEIRO BASTOS diz que **“a inconstitucionalidade por omissão é a negativa, isto é, resulta de um comportamento que nada obstante exigido ou requerido pela Constituição, faz-se ausente”**.¹⁶⁷

IVO DANTAS nos informa que **“em verdade, se a inconstitucionalidade por transgressão do texto maior é de caráter positivo, a inconstitucionalidade por omissão é de caráter negativo, ou seja, determinada a obrigação de legislar-se sobre matéria constante de norma que não seja de *eficácia plena*, não fazendo o órgão para tal encarregado, configura-se a omissão e, conseqüentemente, a inconstitucionalidade”**.

Acrescenta IVO DANTAS que a criação do instituto se deu na **“Constituição da República Socialista Federalista da Iugoslávia”** (RSFY) de 30/01/74, depois de vários anos de trabalho que teve a iniciativa do Presidente da República, *JOSIP BROZ TITO*, que por força de prerrogativas constitucionais propôs à Assembléia Federal em dezembro de 1970, embasado na Emenda n.º XII, da Constituição promulgada em abril de 1963, **“tal como ensina SEGUNDO V. LINARES QUINTANA no Livro *Las nuevas Constituciones del Mundo – Exposición Sintética de las recientes Constituciones de España, Portugal, URSS y Yugoslavia*”**.¹⁶⁸

Essa raridade a respeito da constitucionalidade por omissão fez com que J. J. GOMES CANOTILHO afirmasse que **“A Constituição portuguesa de 1976 é um dos raros textos constitucionais (cfr. também, Constituição brasileira de 1988) a**

166 CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 997.

167 BASTOS. Celso Ribeiro. Op. cit., p. 322.

168 DANTAS, Ivo. *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 210, v. 1.

consagrar, *expressis verbis*, a possibilidade de uma inconstitucionalidade por omissão (art. 283º), chegando ao ponto de considerar a fiscalização da constitucionalidade por omissão de normas jurídicas como um dos limites materiais de revisão (art. 288º).¹⁶⁹

A ressalva de J. J. GOMES CANOTILHO quanto à existência de inconstitucionalidade por omissão no texto da Constituição brasileira tem inteira procedência, pois o § 2º do art. 103 da nossa Lei Magna é incisivo ao reconhecer tal possibilidade, quando diz que “**declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias**”. Eis aí a consolidação do controle de constitucionalidade por omissão em nossa ordem jurídica.

3.1.3. Controle político

Para CELSO RIBEIRO BASTOS “**considera-se político todo o controle que é exercido por órgão desta natureza, enquanto o controle jurisdicional é exercido por um, alguns ou todos os órgãos do Poder Judiciário**”.¹⁷⁰

MANUEL ARAGON procurou sistematizar esse tema em obra específica, no qual demonstra que, quando um órgão político se socorre da Constituição para julgar uma determinada conduta ou um ato, faz um trabalho de interpretação, porém uma interpretação política e não jurídica. A diferença reside no fato de que a interpretação política é inteiramente livre, sustentada não em razões jurídicas, senão com base no princípio da oportunidade.¹⁷¹

As características do controle político, segundo MANUEL ARAGON, são as seguintes: primeiro, os agentes de controle político se caracterizam pela sua condição

¹⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 997.

¹⁷⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 323.

¹⁷¹ ARAGON, Manuel. Op. cit., p. 151.

institucionalizada, condição essa que desfruta o povo como dotado de sujeito de poder; segundo, o controle político pode ser sucessivo ou prévio, recaindo sobre atividades realizadas ou em projetos a serem executados, de modo que esse controle deve ser sobre os órgãos de atuação das *atividades* administrativas; terceiro, o controle político se refere mais a uma razão de oportunidade que a preside e incide sob o aspecto de uma razão essencialmente política; quarto, o controle político opera como uma forma de limitação do poder indiscriminado do administrador; quinto, por fim, tem um caráter de voluntariedade e atua levando em consideração o aspecto oportunidade e não a necessidade.¹⁷²

Nos informa IVO DANTAS que **“Dentre os modelos contemporâneos, o sistema mais representativo de controle da constitucionalidade por órgão apontado como de natureza política é vigente na França, tendo sido adotado pela Constituição de 1958, e não atingido pelas modificações ocorridas através das Leis Constitucionais de 04/06/60, 06/11/62, 30/12/63 e 25/06/92”**.¹⁷³

Da mesma forma que o controle judicial sofre suas críticas, o controle político, por sua vez, não está imune à censura. É o que diz IVO DANTAS: **“O Controle da Constitucionalidade por órgão político, entretanto não é de aceitação pacífica, sendo considerável o número de autores que o combatem por entenderem existir um perigo de desenvolvimento excessivo de seu poder, ocasionando, inclusive, sua transformação de *controlador* em *legislador*, abarcando, com isto, uma função que, constitucionalmente, não lhe pertenceria”**.¹⁷⁴

Essa crítica, segundo IVO DANTAS, para muitos, peca por dois motivos: primeiro, por visar muito mais aos efeitos da atuação do órgão, de que por vê-lo como órgão político com a possibilidade de transformar-se em opressor e segundo, sob o **“ângulo histórico, por não resistir à menor verificação empírica, uma vez que, ao contrário do que se teme, os Senadores franceses das Constituições do ano VIII e do Segundo Império, antes de se apresentarem como hipertrofiados, apareceram como**

172 Idem... p. 143-156.

173 DANTAS, Ivo. Op. cit., p. 192.

174 Idem... p. 196-197.

ineficazes, joguetes e influenciados por outros poderes, vez que, nas palavras de BARTHÉLEMY e DUEZ, ‘sua independência era de fachada’.¹⁷⁵

3.1.4. Controle jurisdicional

O Brasil, como tantas outras nações, adota o controle dos atos administrativos e do legislativo pelo Poder Judiciário. Aqui esse tipo de controle se dá nas formas difusa e concentrada, sendo a primeira estendida a todos os Juízes de qualquer grau e jurisdição, enquanto a segunda ocorre através de ação direta perante o Supremo Tribunal Federal. A doutrina brasileira tem se preocupado com o tema e enriquecido a sua discussão.¹⁷⁶

O controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário não foi tarefa fácil no curso da história e as dúvidas sempre foram postas com clareza. MAURICE HAURIOU, citado por IVO DANTAS, não vê como uma questão simples, achando que é difícil se mesclar o juiz com o juízo constitucional. O problema tem vantagens e desvantagens. Quando se entrega esse poder ao juiz corre-se o risco de estimular-se as ambições políticas, e, quando não tem o juiz essa competência, pode resultar ineficaz as normas constitucionais.¹⁷⁷ Essa posição de MAURICE HAURIOU tem muita influência do sistema francês, onde até hoje se resente o Judiciário de uma maior independência, especialmente nesse campo do controle de constitucionalidade das normas.

IVO DANTAS, parece-nos que com acertada razão, afirma que em sua “maneira de ver, não significa oferecer ao Juiz funções políticas, mas sim, garantir uma apreciação abalizada da existência, ou não, de atentado ao texto constitucional, motivado pela característica da supralegalidade de que este é portador”.¹⁷⁸

¹⁷⁵ DANTAS, Ivo. Op. cit. p. 197.

¹⁷⁶ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *O Contrôlo da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990 e *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle da Constitucionalidade das Leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992; MARTINS, IVES Granda da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. (Coord.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994, ver também trabalhos em revistas específicas, manuais e comentários de direito constitucional.

¹⁷⁷ DANTAS, Ivo. Op. cit., p. 203.

¹⁷⁸ DANTAS, Ivo. Op. cit. p. 203.

Embasado nas lições doutrinárias e no texto constitucional, especialmente os artigos 102, inciso I, alínea a, inciso III, alíneas a a c e 103 da Carta Magna, é perfeitamente possível se afirmar a existência do controle jurisdicional dos atos administrativos e legislativos em nosso ordenamento jurídico.

Passaremos a ter agora uma breve visão do controle concentrado e difuso iniciando pelas suas origens e mostrando as características que os identificam.

3.1.4.1. Controle concentrado

Para EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMON FERNÁNDEZ o controle concentrado **“é o mais importante e o que vai consagrar-se definitivamente, ainda que com matizações significativas, neste segundo pós-guerra, é o sistema austríaco, obra pessoal e sem dúvida alguma genial (uma das maiores criações históricas devidas a um só jurista) de Kelsen, sistema expressado pela primeira vez na Constituição austríaca de 1920 e perfeccionado em sua reforma de 1929”**.¹⁷⁹

O chamado sistema austríaco-kelseniano se diferencia do da *judicial review* americana em pontos decisivos. O “controle difuso” americano se caracteriza pelo fato de todos os juízes se encontrarem habilitados para inaplicar as leis quando as consideram contrárias à Constituição, enquanto o sistema kelseniano configura um “controle concentrado”, confiado a um só tribunal, no caso o Tribunal Constitucional, único habilitado para declarar a inconstitucionalidade de uma lei e ao qual haverão de dirigir-se os legitimados em pleitear essa espécie de controle. Para EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMON FERNÁNDEZ essa multiplicidade de controle faz com que haja uma certa dissonância nos julgados, mas para que seja posta ordem nas divergências, aplica-se o **“princípio *stare decisis*, que vincula os Tribunais inferiores à jurisprudência da Supreme Court”**.¹⁸⁰

¹⁷⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., p. 114.

¹⁸⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit. p. 114.

CELSO RIBEIRO BASTOS faz uma comparação entre o sistema de controle concentrado, através da ação, e do difuso, pela exceção, afirmando: **“Em síntese, a via de ação tem por condão expelir do sistema a lei ou ato inconstitucionais. A via de defesa ou de exceção limita-se a subtrair alguém aos efeitos de uma lei ou ato com o mesmo vício”**.¹⁸¹

Os objetivos perseguidos por uma ou outra via são diferentes. A via de defesa é instrumento da garantia dos direitos subjetivos. A primeira preocupação é a de restabelecer a ordem jurídica ofendida, liberando alguém da ilegalidade que vem sofrendo, pois, do contrário, ver-se-ia obrigado ao cumprimento de lei inconstitucional.

Enquanto isso a via da ação encontra-se primordialmente voltada para o bom funcionamento do mecanismo constitucional. Para a boa marcha de uma constituição faz-se necessário extirpar de vez a lei ou ato viciados do sistema normativo. Embora os direitos subjetivos possam ser resguardados pela via de exceção, não é de bom alvitre que permaneça na ordem jurídica uma lei inconstitucional. Para termos uma solução definitiva desse problema é possível nos socorrermos desse caminho, qual seja, o ajuizamento da ação direta, por intermédio dos legitimados indicados no próprio texto constitucional.

Embora essas duas vias, segundo CELSO RIBEIRO BASTOS, sejam consideradas como de processos de controle da constitucionalidade, e, neste ponto apresentam um denominador comum que os unifica em razão de terem **“um mesmo objetivo, não há negar-se, entretanto, que apresentam particularidades que os distanciam, quer segundo a finalidade de controlar a constitucionalidade apenas pela subtração dos interessados, em cada caso particular, aos mandamentos não-jurídicos de um ato inconstitucional, quer segundo a preocupação de restabelecer a harmonia do sistema constitucional, ferida pela manutenção de lei produzida em desrespeito à Constituição”**.¹⁸²

Diz J. J. GOMES CANOTILHO, com relação à Constituição portuguesa que **“ao lado do controle difuso e concreto – o controle tradicional português de fiscalização da constitucionalidade – a Constituição de 1976 consagrou um *controle concentrado e abstracto de normas*”**.¹⁸³ O mesmo ocorreu no Brasil com a Constituição de 1988.

¹⁸¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 326.

¹⁸² BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 326-327.

Quanto à coisa julgada, a professora ADA PELLEGRINI GRINOVER diz que **“pelo sistema concentrado, por meio de ação direta, intentada pelos legitimados pela Constituição, em que o objetivo próprio do processo é a declaração de inconstitucionalidade”**, a qual é decidida *principaliter*, **“a sentença que decretar a inconstitucionalidade fará coisa julgada material, nos termos dos arts. 467 e 468 do CPC”**.¹⁸⁴

A consagração do controle concentrado em nosso sistema jurídico está expressa no art. 102, inciso I, alínea a, da Carta Magna que prescreve: **“Compete ao Supremo Tribunal Federal, processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”**.

3.1.4.2 Controle difuso ou incidental

EDWARD S. CORWIN ao analisar a Constituição americana, nos informa que **“A origem inicial desse controle, entretanto, é muito mais antiga que a Constituição e, na verdade, que qualquer constituição americana. Pode ser buscada na *common law*, pois certos princípios da mesma foram desde cedo considerados como “fundamentais” e incorporadores de uma “lei superior” que o próprio Parlamento não podia alterar”**.¹⁸⁵

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMON FERNÁNDEZ, seguindo as trilhas desse novo instituto, afirmam que **“a técnica de atribuir à Constituição o valor normativo superior, imune às leis ordinárias e mais bem determinante da validade destas, valor superior judicialmente tutelado, é a mais importante criação, com o sistema federal, do constitucionalismo norte-americano e sua grande inovação frente a tradição inglesa de que surgiu”**.¹⁸⁶

183 CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 996.

184 GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 41-42, v. 87.

185 CORWIN, Edward S. *A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual*. Trad. de Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1986, p. 172-173.

É realmente expressiva a idéia de que o Estado americano, apesar de ter sua origem no Estado inglês por ter sido colonizado pelos ingleses, inovou, de forma radicalmente oposta no que tange ao federalismo e à espécie de controle de constitucionalidade das normas.

Ressaltam EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMON FERNANDÉZ que em 1795 o Tribunal Supremo dos Estados Unidos chegou a estabelecer, de maneira expressa, a diferença entre o sistema inglês e o americano. Na Inglaterra “**a autoridade do Parlamento é transcendente e não tem limites, não tem Constituição escrita nem *fundamental law* que limite o exercício do poder legislativo**”. Enquanto isso, “**na América a situação é radicalmente diferente, a Constituição é certa e fixa; contém a vontade permanente do povo e é o Direito supremo da Terra, é superior ao poder do legislativo**”.¹⁸⁷

Assim estava criada a doutrina da supremacia normativa da Constituição e a instrumentalização em seu favor do princípio da *judicial review*, que reconhecerá o poder dos tribunais de declararem nulas, para efeitos de sua inaplicação, as leis que contradigam a Constituição. Esta doutrina, segundo EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMON FERNÁNDEZ, “**não é enunciada pelo Tribunal Supremo até a Sentença capital de 1803 no assunto Marbury contra Madison, obra do grande juiz Marshall, que concretiza definitivamente, nos termos da Sentença, que *the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature***”.¹⁸⁸

LÊDA BOECHAT RODRIGUES, invocando as lições da Corte Suprema americana ao analisar o famoso caso *Marbury vs Madison*, do qual se consolidou o controle difuso de constitucionalidade das leis e foi proclamada a supremacia do Judiciário nesse controle, afirma que restou assente o seguinte: é da alçada e dever do Poder Judiciário declarar a lei inconstitucional. Aduz em seguida: “**Aquêles que a aplicam aos casos particulares, devem, necessariamente, explaná-la e interpretá-la. Se duas leis se contrariarem, os tribunais devem decidir sôbre o seu âmbito de ação. Assim, se uma lei estiver em antagonismo com a Constituição, e se tanto uma como**

186 ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., p. 109-111.

187 Idem... p.111.

188 ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit. p. 112.

outra forem aplicáveis à espécie, o tribunal terá de decidir o caso de acordo com a Constituição".189

Ao se manifestar sobre o controle de constitucionalidade difuso, CELSO RIBEIRO BASTOS diz **"ele nasceu mais precisamente por ocasião do julgamento do caso Madison x Marbury. Nesta oportunidade, o juiz Marshall proferiu um voto que de maneira definitiva trouxe para o âmbito da atividade jurisdicional e da Suprema Corte Americana o apreciar se uma lei ofende a Constituição"**.190

Para Marshall, é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E ao fazê-lo, em caso de contradição com a Constituição, o Tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo.

J. J. GOMES CANOTILHO diz que na senda da tradição republicana portuguesa consagrou-se o controle difuso, concreto e incidental dos atos normativos cuja **"competência para fiscalizar a constitucionalidade das normas continua a ser reconhecida a todos os tribunais – judiciais, administrativos, fiscais, militares – (cfr. arts. 207º e 277º) que, quer por impugnação das partes, quer *ex officio*, pelo juiz ou ministério público, julgam e decidem a questão da inconstitucionalidade das normas aplicáveis ao caso concreto submetido a decisão judicial"**.191

Ressalta J. J. GOMES CANOTILHO a originalidade do sistema português, dizendo que ele não consagrou o modelo puro de *judicial review* uma vez que há também o sistema concentrado e como não se tem um **"sistema de mero incidente de inconstitucionalidade, porque os tribunais têm acesso directo à constituição, com competência plena para decidir, e não apenas para apreciar e admitir o incidente, remetendo, como acontece em alguns sistemas – alemão, italiano –, a decisão para o TC. Neste sentido se afirma que, no actual sistema jurídico português, todos os tribunais, sem excepção, são *órgãos da justiça constitucional*"**.192

189 RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992, p. 37.

190 BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 323.

191 CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 995.

192 Idem... p. 995.

CELSO RIBEIRO BASTOS enfatiza a expansão dessa espécie de controle de constitucionalidade das normas proclamando que **“depois de invulgarmente defendida por Marshall, a doutrina do controle judicial da constitucionalidade das lei não sofreu sérias modificações, vindo-se a firmar nos EUA, donde se espalhou para os demais países da América, dentre os quais o nosso”**. 193

ADA PELLEGRINI GRINOVER explica que **“pelo controle difuso, no processo comum, quando a parte alega, como fundamento da ação ou da defesa, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo: esta arguição é feita *incidenter tantum* e constitui sempre questão prejudicial”**.194

Ao lado dessa característica do sistema difuso de controle da constitucionalidade no Brasil, ADA PELLEGRINI acrescenta que a **“decisão declaratória de inconstitucionalidade, operada *incidenter tantum*, não tem o condão de fazer coisa julgada material”** e com isso a **“lei continua eficaz, podendo qualquer Juiz, e inclusive o próprio STF, aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua exequibilidade”**.195

Nascido nos Estados Unidos, no início do século XIX, o controle difuso de constitucionalidade das normas se expandiu por diversos países, especialmente os Americanos, tem como peculiaridades ser conhecido de forma incidental, em qualquer ação, por qualquer juízo e não fazer coisa julgada material, vez que, continua a lei podendo ser aplicada. Sua aplicação se restringe ao caso concreto.

O controle difuso no Brasil é perfeitamente identificável no art. 102, inciso III, alíneas a a c, da Constituição Federal, quando diz que **“compete ao Supremo Tribunal Federal, julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal e julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição”**.

193 BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 323.

194 GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 41.

195 Idem... p. 41-42.

CAPÍTULO IV

EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DE ACORDO COM OS INSTITUTOS ALI UTILIZADOS

As decisões do Supremo Tribunal Federal produzem efeitos e gozam de eficácias, na medida em que estejam diante de um dos remédios jurídicos ali utilizados ou utilizáveis para a verificação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma.

Assim, pode ser utilizado o Recurso Extraordinário, através do chamado controle difuso ou incidental, cuja eficácia se limita às partes que integraram a relação jurídica processual, enquanto seus efeitos são *ex tunc*, para o Supremo Tribunal Federal e *ex nunc*, para uma parcela da doutrina.

No controle concentrado ou abstrato da norma, dois caminhos são oferecidos pelo nosso ordenamento jurídico para atingir o seu objetivo: a ação declaratória de constitucionalidade e a ação declaratória de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, cuja eficácia é *erga omnes*, sendo que no primeiro caso vincula todos os demais órgãos jurisdicionais. O efeito, para ambos os casos, é *ex tunc*.

Esclareça-se que a eficácia *erga omnes* das ações do controle concentrado, não foi reconhecida de logo. Como diz GILMAR FERREIRA MENDES, **“o Tribunal limitava-se, tal como no controle incidental, a informar o Senado Federal sobre a declaração de inconstitucionalidade também no processo de controle abstrato de normas”**. Ao Senado Federal caberia decidir sobre a suspensão definitiva da aplicação da lei declarada inconstitucional. Assevera GILMAR FERREIRA MENDES que, tempos depois, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a hipótese de que as **“decisões de inconstitucionalidade proferidas no processo de controle abstrato de normas tinham eficácia *erga omnes*, deixando, assim, de submetê-las ao Senado Federal”**.¹⁹⁶

A consolidação desse ponto de vista do Supremo Tribunal Federal, deu-se somente em 1977 quando esse Tribunal, deixou assente que a declaração de inconstitucionalidade no processo de controle abstrato de normas era dotado de eficácia *erga omnes*, diferentemente do que ocorria com a decisão proferida na *representação interventiva*. Essa orientação, segundo GILMAR FERREIRA MENDES **“foi fixada em resposta a uma consulta formulada pelo Senado Federal. Segundo a orientação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, a eficácia *erga omnes* da pronúncia de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato de normas estava vinculada, fundamentalmente, à natureza do processo e independia, portanto, de qualquer fundamento legal”**.¹⁹⁷

¹⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 251.

A partir desse momento, não se coloca mais em dúvida a eficácia *erga omnes* na decisão que reconhece a inconstitucionalidade no processo de controle abstrato de normas, quer na doutrina, quer na jurisprudência.

A coisa julgada oriunda da declaração de inconstitucionalidade abstrata, como diz ADA PELLEGRINI GRINOVER, “**valerá *erga omnes*, por força da própria substituição processual que se opera na pessoa ou entre titular da ação, o qual age em nome próprio, mas como substituto processual da coletividade; e também por força da titularidade passiva da ação, que se configura no próprio órgão público do qual emanou a lei ou ato inconstitucional**”. 198

Vejamos cada um dos institutos utilizados perante o Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário, Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Direta de Constitucionalidade) com os seus efeitos e eficácias.

4.1. Recurso extraordinário

O Recurso Extraordinário é uma das espécies recursais prevista em nosso ordenamento jurídico. Recebe essa denominação pela sua excepcionalidade. Tem berço na própria Constituição Federal, na qual estão plantados seus pressupostos. Assim, o juízo de admissibilidade se circunscreve ao texto Magno. As leis ordinárias, especialmente o Código de Processo Civil, versam apenas sobre o procedimento a ser adotado, quer no juízo *a quo*, quer no juízo *ad quem*.

A Constituição Federal proclama no art. 102, inciso III, alíneas a, b e c, que compete ao Supremo Tribunal Federal “**julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo desta Constituição; declarar a inconstitucionalidade de**

197 Idem... p. 252.

198 GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 42.

tratado ou lei federal e julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição”.

É necessário, para interposição dessa espécie de recurso, que o feito tenha sido julgado em única ou última instância, esgotadas todas as probabilidades de recursos e prequestionada a matéria constitucional a ser dirimida, no juízo *a quo*. É através desse remédio jurídico legal que se tem consubstanciado o controle de constitucionalidade difuso ou incidental, também conhecido como via de exceção.

Podemos afirmar, perseguindo as lições de JOSÉ AFONSO DA SILVA que quanto a *eficácia da sentença que decide a inconstitucionalidade na via da exceção*, resolve-se através dos princípios processuais. Para JOSÉ AFONSO DA SILVA “**a arguição da inconstitucionalidade é questão prejudicial e gera um procedimento *incidenter tantum*, que busca a simples verificação da existência ou não do vício alegado. E a sentença é declaratória. Faz coisa julgada no caso e entre as partes**”.¹⁹⁹ Vale ressaltar, no entanto, que de acordo com o sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que proferiu a decisão, esta não faz coisa julgada no tocante à lei reputada inconstitucional, podendo qualquer juiz ou tribunal, em princípio, aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal não vier a suspender a executoriedade da lei.

Com efeito, diante do *caso concreto*, a declaração de inconstitucionalidade produz efeito *ex tunc*, fulminando a relação jurídica fundada na lei inconstitucional, desde seu nascedouro, porque como diz JOSÉ AFONSO DA SILVA “**a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua executoriedade: essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí por diante, *ex nunc*. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos**”.²⁰⁰

ADA PELLEGRINI GRINOVER segue o mesmo raciocínio: “**dando-se a declaração de inconstitucionalidade pela via do controle difuso, até que o Senado não suspenda a execução da lei, é perfeitamente possível a mudança de orientação**

199 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 52.

200 GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 46.

para os demais tribunais, incidindo a Súm. 343201, a impedir a ação rescisória para a divergência de interpretação”.202

Após a suspensão da lei pelo Senado, descabida restou qualquer divergência jurisprudencial a respeito do tema. Por isso é que afirma ADA PELLEGRINI GRINOVER **“Se se entender – segundo a melhor doutrina – que a perda da eficácia da lei tem efeitos *ex nunc*, essa proibição valerá somente para o futuro. Mas, a aceitar-se a posição do STF, no sentido de a perda de eficácia ter efeitos *ex tunc*, caberia ação rescisória para desconstituir julgado que tenha aplicado a lei posteriormente declarada inconstitucional. Não incidiria, nessa interpretação a Súm. 343”**.203

O remédio do Recurso Extraordinário, utilizado junto ao Supremo Tribunal Federal para a declaração de inconstitucionalidade incidental, pela via do controle difuso, a decisão nele proferida não tem efeito vinculante e por isso, como diz ADA PELLEGRINI GRINOVER, os tribunais podem **“continuar a divergir sobre a interpretação constitucional e incidindo plenamente a Súm. 343, a impedir a ação rescisória para desconstituir julgados que tenham considerado a lei inconstitucional”**.204 O mesmo não ocorre quando o controle for concentrado, como veremos adiante.

Nessa espécie de controle, podemos verificar que o efeito é *ex tunc*, para o caso concreto. Caso haja suspensão da lei pelo Senado Federal,205 aí passará ter efeito *ex nunc*, porém de forma generalizada, ou seja, alcançando toda a coletividade. Quanto à eficácia, a mesma só alcança as partes, as quais tenham participado da relação jurídica processual.

201 Esta Súmula contém o seguinte enunciado: “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”

202 Idem... p. 46.

203 Idem... p. 46.

204 GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit. p. 46.

205 Esse instituto da suspensão da lei está previsto no art. 52, inciso X, da Constituição Federal que prevê a possibilidade do Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Interessante assinalar que após o advento da Constituição de 1.988, como a redação restou expressa que essa suspensão se dará nos casos de “decisão definitiva”, somente será submetida ao Senado a decisão proferida em Recurso Extraordinário, meio de controle difuso ou incidental, por preannunciar um antecedente no julgado, o que não se dá no controle concentrado e por isso, este não se subordina a essa suspensão, produzindo, de imediato, o efeito genérico.

4.2. Ação direta de inconstitucionalidade

Esta espécie de ação ingressou em nosso ordenamento jurídico através da Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965, com a denominação de *Representação por Inconstitucionalidade*, tendo como único legitimado o Procurador-Geral da República. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, continuaram a contemplar o instituto com a mesma moldura.

Após a Constituição de 1988 passou a ter a denominação de ação direta de inconstitucionalidade e é um dos instrumentos que se prestam a obter o controle concentrado ou abstrato da norma, tendo havido um alargamento considerável quanto a legitimação ativa.

O que se disser a respeito dessa ação, em sua maioria, é perfeitamente adequável a outra espécie de remédio jurídico de controle concentrado, no caso, a ação declaratória de constitucionalidade. A diferença reside essencialmente no fato de que essa ação tem uma legitimação ativa muito limitada, como veremos mais adiante, e, na sua eficácia geral que vincula os demais órgãos do Poder Judiciário.

A Constituição Federal de 1988 elasteceu por demais o âmbito de legitimação ativa²⁰⁶ dessa ação, o que tem provocado um grande número dessa espécie de feito no Supremo Tribunal Federal, demonstrando assim sua importância e relevância no mundo das garantias constitucionais.

Importante indagação que podemos fazer é a seguinte: qual eficácia pode ter a sentença proferida no processo da ação direta de inconstitucionalidade genérica? A resposta, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, é de que a decisão que decreta a

²⁰⁶ Em seu art. 103, o texto Magno afirma que “Podem propor a ação de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa; V – o Governador de Estado; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

inconstitucionalidade deve ter eficácia *erga omnes* (genérica) e obrigatória. Explana o mestre que a

“Constituição não lhe deu esse efeito, explicitamente, como seria desejável. Deixou a questão na mesma indefinição do sistema anterior, sem dizer também se se aplicará à declaração de inconstitucionalidade, em tese, a suspensão prevista no art. 52, X, que, por seus termos, somente se refere à declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*. De fato, se esse dispositivo fala em ‘lei declarada inconstitucional por decisão *definitiva* do Supremo Tribunal Federal’, parece, pelo ‘definitiva’, que se trata de conclusão de uma série de decisões, o que é característica de decisão num processo concreto. A não definição explícita sobre o efeito da sentença que reconhece a inconstitucionalidade, acaba por ser uma definição, porque, se não se aplica a regra própria da declaração de inconstitucionalidade de um processo concreto, é porque a Constituição não quis dar tal solução, o que significa que o problema se resolve, logicamente, pelas regras processuais sobre a eficácia e autoridade da sentença. E como o objeto do julgamento consiste em desfazer os efeitos normativos (efeitos gerais) da lei ou ato, a eficácia da sentença tem exatamente esse efeito de eliminar a eficácia e aplicabilidade da lei, e isto tem valor geral, evidentemente. Em suma, a sentença aí faz coisa julgada material, que vincula as autoridades aplicadoras da lei, que não poderão mais dar-lhe execução sob pena de arrostar a eficácia da coisa julgada, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade em tese visa precisamente atingir o efeito imediato de retirar a aplicabilidade da lei. Se não fosse assim, seria praticamente inútil a previsão constitucional de ação direta de inconstitucionalidade genérica”.²⁰⁷

Vê-se assim que essa eficácia genérica é extraída da interpretação que o próprio Supremo Tribunal Federal emprestou ao art. 52, inciso X, da Constituição Federal, seguindo orientação da doutrina pátria.

²⁰⁷ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 52-53.

Diz ADA PELLEGRINI GRINOVER que “se a declaração de inconstitucionalidade ocorre em ação direta, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário e impedindo divergência de interpretação com efeitos *ex tunc*, a Súm. 343, na visão do STF, não incidiria, sendo cabível ação rescisória para desconstituir julgado que aplicou a lei posteriormente declarada inconstitucional”.²⁰⁸

Percebe-se do instituto que o mesmo tem eficácia *erga omnes*, estendendo-se a qualidade do julgado a todos e seus efeitos são *ex tunc*.

4.3. Ação declaratória de constitucionalidade

Essa espécie de ação ingressou no mundo jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional n.º 03, de 17 de março de 1993, tendo como legitimados apenas o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República, como se infere do § 4º, do art. 103, da Constituição Federal, na sua atual redação.

JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, invocando lições de J. J. GOMES CANOTILHO e de GILMAR FERREIRA MENDES, afirma que “a ação declaratória de constitucionalidade insere-se no sistema de controle em abstrato da constitucionalidade de normas, cuja finalidade única é a defesa da ordem jurídica, não se destinando diretamente à tutela de direitos subjetivos. Por isso mesmo, deve ser necessariamente estruturada em um processo objetivo, como ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade”.²⁰⁹

A decisão proferida na ação declaratória de constitucionalidade tem eficácia *erga omnes* (genérica) e efeito vinculante para todos os órgãos do Poder Judiciário, com

²⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 45-46.

²⁰⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Acórdão da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-DF*. In: MARTINS, Ivra Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 188.

isso obrigando ao julgador, nos casos concretos, que verse sobre a mesma questão constitucional, quando atuam na forma de controle difuso, a observar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, vindo a ser proferida uma decisão em sentido contrário constitui afronta à autoridade do julgado do Supremo Tribunal Federal, que pode ser proclamada pelas instâncias superiores nos julgamentos dos recursos, ou mesmo por via de reclamação ao Supremo Tribunal Federal, na forma dos arts. 156 a 162 do Regimento Interno.

Assim, as sentenças numa e noutra ação podem ter a mesma extensão e produzir eficácia *erga omnes*, impondo-se à observância de todos, inclusive dos juízes e tribunais. Como observa JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, **“a diferença está em que, enquanto a inobservância, por órgão judicial, da decisão na ação direta de inconstitucionalidade deve ser corrigida através dos recursos previstos na legislação processual, o desrespeito ao julgado na ação declaratória de constitucionalidade pode ser reparado não só mediante esses meios processuais, como também por via da reclamação”**.²¹⁰

ADA PELLEGRINI GRINOVER não concorda inteiramente com a posição do Supremo no que diz respeito a não-incidência da Súmula 343, após a matéria ser analisada em ação declaratória de constitucionalidade. Diz a Professora: **“A declaração de constitucionalidade, em ação direta (pela ação declaratória da constitucionalidade ou mesmo pela ação direta de inconstitucionalidade, se julgada a lei constitucional pela maioria absoluta dos membros do órgão julgador) faz coisa julgada *erga omnes ex tunc*, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário e impedindo interpretações divergentes”**.²¹¹

Depois, acrescenta ADA PELLEGRINI GRINOVER que não vê **“como estender a esse caso a posição do STF sobre a não-incidência da Súm. 343, porquanto aqui os efeitos declaratórios da sentença de constitucionalidade, embora ocorrendo *ex tunc*, nada nulificam, não podendo ter reflexos sobre sentenças já passadas em julgado”**.²¹²

²¹⁰ Idem... p. 188-189.

²¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 46.

²¹² Idem ... p. 46.

Essa discrepância de ponto de vista reside na visão que tem o Supremo Tribunal Federal quanto à divergência de interpretação do texto constitucional. É o que se extrai da redação de parte de ementa daquela Egrégia Corte de Justiça seguinte teor: “**A Súmula 343 tem aplicação quando se trata de texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, não, porém de texto constitucional**”.²¹³ Isso significa dizer que o Supremo Tribunal Federal entende que a divergência de interpretação prevista na Súmula 343, prende-se exclusivamente aos casos de texto legal, não albergando a divergência de interpretação do texto constitucional, vez que, quanto a esse não incide a Súmula 343.

Essa posição do Supremo Tribunal Federal tem grandes conseqüências em nosso direito, pois excluindo a divergência de interpretação de texto constitucional para inaplicar a Súmula 343, trabalha com as hipóteses constitucionais de forma bem mais ampla e não- restritiva como é a aplicação da Súmula 343.

Como já havíamos advertido, a inovação trazida com essa espécie de ação se apresenta manifesta no fato de haver vinculação da decisão aos demais órgãos do Poder Judiciário, o que implica na vedação completa de ser a matéria objeto de qualquer análise por outro órgão jurisdicional após a manifestação do Supremo Tribunal Federal. Quanto aos efeitos e eficácia são idênticos ao da ação direta de inconstitucionalidade.

213 SANCHES, Sidney (Ministro Relator). *Acórdão*. Brasília: Revista Trimestral de Jurisprudência, out.1985, p. 361, v. 114.

CAPÍTULO V

ANÁLISE CRÍTICA DOS EFEITOS PRODUZIDOS PELA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

No presente capítulo, procuraremos demonstrar o fenômeno da invalidade da norma constitucional, buscando, inicialmente, fazer um rápido apanhado do sistema de nulidades, em sua forma clássica, para, em seguida, demonstrar uma classificação mais atualizada dessa teoria.

Não será descurado o fenômeno da nulidade, anulabilidade ou inexistência da norma constitucional, cujo interesse diz mais de perto ao nosso intento.

5.1. Problemas das invalidades processuais

O problema da invalidade do ato jurídico tem raízes no direito privado. A informação pode ser buscada em HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, quando diz que **“no direito material, a par da nulidade e da anulabilidade, cogita-se, também, da inexistência do ato jurídico”**.²¹⁴

No campo processual, alguns classificam os vícios dos atos processuais em inexistentes, de nulidade absoluta, de nulidade relativa, anulabilidade e irregularidade. E. D. MONIZ DE ARAGÃO apresenta esse rol de vícios, definindo cada um deles. Diz que **“a inexistência pode assumir dois aspectos distintos: um meramente vocabular, que significa não-ato; outro, jurídico, que significa ato existente no mundo dos fatos, mas não existente no mundo do Direito”**. Acrescenta que **“o vício da inexistência jamais convalesce”**.²¹⁵

Diz E. D. MONIZ DE ARAGÃO que o ato nulo é o que contém o vício mais grave que o direito proclama, logo abaixo da inexistência e dele **“se costuma dizer que não produz efeito: *quod nullum est nullum producit effectus*, afirmação de pequeno alcance no campo do Direito Processual porque, mesmo nulos, produzem efeitos normais até serem invalidados e se reputam definitivamente convalidados pelo trânsito em julgado da sentença, máxime quando escoado o prazo para a ação rescisória”**.²¹⁶

Quanto à nulidade relativa e anulabilidade, E. D. MONIZ DE ARAGÃO, invocando ensinamento de GALENO LACERDA, explica que

“a norma desrespeitada tutelar, de preferência, o interesse da parte, o vício do ato, é sanável. Surgem aqui as figuras da nulidade relativa e da

214 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As nulidades no Código de Processo Civil*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun.1983, p. 39, v. 30.

215 ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 325, v. 2.

216 Idem..., p. 328.

anulabilidade. O critério que as distinguirá repousa, ainda, na natureza da norma. Se ela for cogente, a violação produzirá nulidade relativa. Como exemplo podemos apontar a ilegitimidade processual provocada pela falta de representação, assistência ou autorização. Sendo imperativa a norma que ordena a integração da capacidade, não pode o juiz tolerar-lhe o desrespeito. Como ela visa a proteger o interesse da parte, a consequência é que o vício poderá ser sanado. Daí decorre a faculdade de o juiz proceder de ofício, ordenando o saneamento, pela repetição ou ratificação do ato ou pelo suprimento da omissão”. Depois acrescenta: “a anulabilidade, ao contrário, é vício resultante da violação de norma dispositiva. Por esse motivo, como o ato permanece na esfera de disposição da parte, a sua anulação só pode ocorrer mediante reação do interessado, vedada ao juiz qualquer provisão de ofício”.²¹⁷

A irregularidade para E. D. MONIZ DE ARAGÃO é um tipo de vício “de mínima importância, que não se inclui em qualquer das categorias precedentemente expostas. Trata-se de infrações que não comprometem o ordenamento jurídico nem o interesse da parte; tampouco afetam a estrutura do ato a ponto de torná-lo inábil à produção dos efeitos a que é destinado”.²¹⁸

ADA PELLEGRINI GRINOVER, diferentemente, classifica os vícios em nulidade absoluta, nulidade relativa e ato inexistente. Diz ela que “deixando-se de lado as posições mais antigas, pelas quais se pretendia elencar taxativamente as nulidades absolutas, hoje o que distingue a nulidade absoluta da nulidade relativa é o fato de que a nulidade absoluta é sempre erigida em prol do interesse público, do interesse do regular andamento do processo, enquanto a nulidade relativa afeta o interesse das partes”.²¹⁹

ADA PELLEGRINI GRINOVER afirma ainda que CALMON DE PASSOS, com muita propriedade, põe em realce ao lado das nulidades absolutas e relativas, a “categoria dos atos processuais juridicamente inexistentes, ou seja, daqueles atos que, na verdade não são atos; eles não contêm, sequer, os requisitos mínimos para

217 Idem... p. 330-331.

218 ARAGÃO, E. D. Moniz de. Op. cit. p. 334.

219 GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Constituição e a Invalidade dos Atos Processuais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez.1992, p. 227, v. 1.

poder nascer. Não são, como diz Calmon de Passos, nem típicos, nem atípicos, porque nem obedecem, nem se afastam do modelo legal. Falta-lhes um requisito essencial para que possam nascer para o direito”.²²⁰

Nas características dessas nulidades, segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER, em consonância com o que já foi afirmado, há prevalência do interesse público na nulidade absoluta, a qual deve ser conhecida de ofício, independentemente de alegação das partes, enquanto a nulidade relativa afeta o interesse das partes e deve ser argüida por aquele que sofreu o prejuízo, não podendo ser alegada por quem a nulidade aproveita, nem conhecida de ofício.²²¹

Essa classificação feita por ADA PELLEGRINI GRINOVER coincide com a de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR., quando o mesmo afirma que **“podemos visualizar, também no campo do processo: a) atos *inexistentes*; b) atos *nulos*; e c) atos *anuláveis*”**.²²² Essa idéia está pacificada, no geral, em nossa doutrina.

5.2. O fenômeno das nulidades no âmbito constitucional

As nulidades no âmbito constitucional, embora tenham tratamento definido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, esbarram no óbice da coisa julgada que não possa ser revista através da ação rescisória.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, mesmo constatando que não se deve tratar as sentenças nulas *ipso iure* ou inexistentes em igualdade de condições com as demais, não indica um melhor caminho para esse seu posicionamento. Apenas se limita a afirmar que **“rescindíveis são as sentenças enquadráveis nas situações previstas no art. 485 do CPC”**, para em seguida dizer que **“quanto às sentenças absolutamente nulas e as inexistentes não é fácil traçar um quadro que contenha nítidos traços diferenciadores”**, porém **“para haver ação rescisória imprescindível é a ocorrência**

²²⁰ Idem ... p. 228.

²²¹ Idem... *A Eficácia dos Atos Processuais à Luz da Constituição Federal*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Centro de Estudos, jun.1992, p.36, v. 37.

²²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 40.

do trânsito em julgado da sentença, o que não se dá com as sentenças nulas *ipso iure* e com as inexistentes”.²²³

Constata-se em HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e ADA PELLEGRINI GRINOVER que ambos reconhecem a relevância do defeito processual que implique a nulidade *ipso iure* e a inexistência, mesmo nos casos de sentença com trânsito em julgado, porém não indicam um instrumento mais eficaz do que a ação rescisória para coibir esses vícios tão graves.

Não há, no entanto, qualquer estudo a respeito da existência ou inexistência da sentença sob o aspecto de sua inconstitucionalidade. Aliás, não há qualquer estudo específico sobre o problema da sentença inconstitucional, com ou sem o seu trânsito em julgado. Apenas algumas observações são feitas quando se versa sobre a Ação Rescisória por afronta à literal disposição de lei, o que estaria incluído, também, nas hipóteses de vícios constitucionais. A última assertiva tem inteira procedência, mas é muito pouco para um defeito tão grave.

Após ultrapassado o prazo da ação rescisória, não tem havido qualquer preocupação da doutrina e da jurisprudência, até porque se tem uma idéia comum de que nada é possível e a soberania da coisa julgada atingiu o seu ápice, não merecendo qualquer discussão a matéria, uma vez que se estaria adentrando no perigoso caminho da segurança jurídica e da consolidação do direito pela coisa julgada, como princípio irretocável e inatacável.

Quanto ao defeito da inexistência, TEREZA ARRUDA ALVIM PINTO diz que a sentença pode ser inexistente por vícios intrínsecos, citando dentre eles “a falta de decisório”, por ser o mais expressivo e por vícios extrínsecos, como a falta de citação, a ausência de um litisconsorte necessário, além de outros. Apregoa que nesses casos o meio idôneo para retirar definitivamente do mundo jurídico as sentenças inexistentes é o da ação declaratória, até porque a quase unanimidade da doutrina afirma que essa espécie de ação é imprescritível. Diz ela: **“Isso se justifica porque a finalidade das ações declaratórias é a de suprimir, do universo jurídico, uma determinada incerteza**

²²³ Idem...*Nulidade, Inexistência e Rescindibilidade da Sentença*. São Paulo: Revista de Processo, jul./set.1980, p. 31, v. 19.

jurídica. Segue-se daí que, enquanto existir ou subsistir e, precisamente porque está presente uma determinada incerteza jurídica, não há lugar para a prescrição da ação declaratória, cujo objetivo é precipuamente o de pôr fim a essa incerteza”.²²⁴

ADA PELLEGRINI GRINOVER, em um de seus trabalhos, chegou a se preocupar com a gravidade do defeito que um ato pode conter quando contraria o texto constitucional. Vale a pena reproduzir o seu pensamento:

“Não se pode sequer imaginar que o ato processual que infrinja uma norma ou um princípio constitucional seja simplesmente eivado do vício de irregularidade sem conseqüências. Nem se pode imaginar que o vício do ato processual que infrinja a garantia constitucional leve simplesmente a uma nulidade relativa. Exatamente à medida em que os princípios e as normas constitucionais relevantes para o processo têm dimensão de garantia, uma dimensão que interessa à ordem pública e à boa condução do processo, a contrariedade a essas normas constitucionais, de relevância processual, acarreta sempre a ineficácia do ato processual, seja por nulidade absoluta, seja pela própria inexistência. Trata-se de um princípio extremamente importante, que surge exatamente do fato de que a graduação dos vícios dos atos processuais e das suas conseqüências dizem respeito à própria gravidade do vício e à finalidade, pública ou privada, que a tipicidade visa resguardar”.²²⁵

Ainda em relação ao problema da nulidade da lei tida como inconstitucional, segundo GILMAR FERREIRA MENDES, é um dogma que pertence à tradição do direito brasileiro e que a teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas. Funda-se ela na antiga doutrina americana, segundo a qual “*the unconstitutional statute is not law at all*”. Por isso é que para GILMAR MENDES “**significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se em**

224 PINTO, Tereza Arruda Alvim. Op. cit., p. 249-250.

225 GRINOVER, Ada Pellegrini. A Constituição e a Invalidade dos Atos Processuais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez.1992, p. 227, v. 1.

favor da equiparação entre *inconstitucionalidade e nulidade*. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição”.²²⁶

O fato de a doutrina americana ter sido recepcionada pura e simplesmente pelo nosso sistema jurídico não contribuiu significativamente para o desenvolvimento de uma teoria da nulidade da lei inconstitucional no direito brasileiro. Essa circunstância faz com que, segundo GILMAR FERREIRA MENDES, **“a lei declarada inconstitucional é considerada, independentemente de qualquer outro ato, nula *ipso iure* e *ex tunc*”**.²²⁷

Assim, uma norma declarada inconstitucional através do controle abstrato das normas não pode mais ser aplicada, quer no âmbito jurídico privado, quer na esfera estatal. Como diz GILMAR FERREIRA MENDES, **“Consoante essa orientação, admite-se que todos os atos praticados com base na lei inconstitucional estão igualmente eivados de ilicitude. Essa orientação, que já era dominante antes da adoção do controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro, adquiriu, posteriormente, quase o significado de uma verdade axiomática”**.²²⁸

É possível constatar que dentro da teoria das nulidades a norma inconstitucional é tida como absolutamente nula e por isso não produzindo qualquer efeito desde o seu nascedouro, uma vez que já se encontra viciada desde a sua origem.

O mesmo raciocínio pode ser utilizado no campo da teoria geral do direito, quando trabalhamos com a questão da validade e eficácia da norma. Já vimos que HANS KELSEN afirma que a norma inválida é norma inexistente. Com base nesse raciocínio, o ato jurídico, que se encontra em desconformidade com a Constituição, quer no aspecto formal, quer no aspecto material, como é inválido e inexistente, não pode produzir qualquer efeito. Não vislumbramos maiores distâncias entre a teoria das nulidades e a da validade e eficácia das normas jurídicas. A conclusão quanto aos efeitos e à imprestabilidade da norma é a mesma.

Por isso é que JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, diz que **“há uma confusão já tradicional e daí respeitável”** nesse campo e invoca o exemplo habitualmente utilizado

²²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 249-250.

²²⁷ Idem... p. 250.

²²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 253.

“para justificar a viabilidade de um conceito autônomo de existência, a sentença inconstitucional. Esta seria claramente inválida e, argumenta-se, também impossibilitada de produzir efeitos. Isto porque, é lógico, um conceito autônomo de existência ou pertinência só será viável, se viável o exemplo de uma norma sem eficácia e sem validade, porém existente juridicamente”.²²⁹

É possível se concluir que a norma tida como inconstitucional é nula de pleno direito, tem efeito *ex tunc* e inexistente no mundo jurídico, vez que não guarda qualquer característica de validade face a sua desconformidade com uma regra de hierarquia superior. Mesmo assim, não se encontrou, até o momento, o caminho mais adequado para correção de tão grave defeito. Fica-se apenas na constatação, sem que se aponte a via mais adequada para consertar o vício.

²²⁹ ADEODATO, João Maurício. Op. cit., p. 106.

CAPÍTULO VI

MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

O nosso ordenamento jurídico contempla alguns remédios legais que poderiam ser utilizados como forma de corrigir a inconstitucionalidade de um julgado. Aliás, pode-se dizer que a ação rescisória, por exemplo, é um meio de tutela adequado para esse fim. Ocorre que a sua limitação no tempo e as restrições da jurisprudência, quando se trata da única hipótese autorizadora prevista no inciso V, do art. 485, do CPC, impõe-se afirmar ser a mesma insuficiente para atender a tão nobre função de correção de uma inconstitucionalidade depois do trânsito em julgado, especialmente, após o decurso do seu prazo decadencial.

O Mandado de Segurança poderia ser outro instrumento que pudesse se prestar a esse desiderato. No entanto, as restrições jurisprudenciais o impedem de fazer esse papel, sob o argumento de se tratar de remédio que contém uma via muito estreita, quer quanto ao seu objeto, quer no que tange ao seu procedimento.

A Ação Declaratória de Inexistência de Ato Jurídico, cuja aceitação pela jurisprudência não sofre maiores restrições, poderia perfeitamente atender a essa

finalidade, porém o dogma da coisa julgada como garantia de segurança e estabilidade das relações jurídicas inibe a utilização do instituto para correção de uma coisa julgada inconstitucional.

Mesmo assim, vejamos a situação desses institutos em nosso ordenamento jurídico para melhor se avaliar o aspecto geral do tema aqui proposto.

6.1. Ação rescisória

O embrião da ação rescisória se deu através de um recurso chamado de Revista, em que, nas Ordenações Afonsinas, uma delas se fundava na falsa prova ou por subornação do Juiz, não como recurso extraordinário, mas como uma figura *sui generis*, misto de recurso e de ação, destinada à revogação da sentença, em que MOACYR LOBO DA COSTA afirma que aí, **“sem grande esforço de imaginação, é possível antever o ancestral lusitano da moderna ação rescisória do direito brasileiro”**.²³⁰

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR diz que no direito romano no período republicano criou-se a apelação e **“mais tarde surgiu a *retractatio*, que permitia a *restitutio in integrum civiles*, em casos como de uma sentença definitiva baseada em falsa prova. Anota Jorge Americano que foi a *retractatio* a figura romana que mais se aproximava da moderna ação rescisória, como remédio extraordinário, que se manipulava sem sujeição a prazo determinado e fora da sistemática recursal”**.²³¹

Para PONTES DE MIRANDA, **“os errores in procedendo produziam, no direito romano, a *inexistência* do julgado: eram, pois, razão para se declarar a *nullitas*; não, para se decretar a desconstituição. A impugnação da sentença para a desconstituir foi criação do século XII (conforme A SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde*, 54 s.), que levou mais de dois séculos para se desenvolver.**

²³⁰ COSTA, Moacyr Lobo da. Op. cit., p. 166.

²³¹ THEODORO Jr., Humberto. *Nulidade, Inexistência e Rescindibilidade da Sentença*. Op. cit., p. 27.

A ação rescisória não nos vem daí, porque essa nos chegou do século VII, desde a *Lex Visigothorum*, sob influência romana”.²³²

Enquanto as origens da ação rescisória são vistas assim pelos doutrinadores, no Brasil tivemos no período colonial uma sistemática do direito reíno, com aplicação das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Em 1850, foi editado o Regulamento 737, que determinou devesse continuar a se adotar as Ordenações Filipinas. Em 1890, veio a lume o Regulamento 763 que mandou aplicar ao processo civil o Regulamento 737. De 1890 a 1939, tivemos a incidência do Regulamento 763 e nesse mesmo intervalo houve a pluralidade da legislação processual, sendo que vários Estados da Federação chegaram a ter Código de Processo Civil próprio.

Em 1939, chegamos ao período da unificação do direito processual na República, sendo editado o primeiro Código de Processo Civil genuinamente brasileiro, através do Decreto-lei 1.608, de 18 de setembro de 1939, o qual entrou em vigor em 1º de fevereiro de 1940.²³³

O código de 1939 foi revogado em sua inteireza em 1973, quando foi editado o atual código, por força da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, tendo entrado em vigor em 1º de janeiro de 1974.²³⁴

Com acerto afirma PONTES DE MIRANDA que

²³² MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p. 63.

²³³ A ação rescisória, no Código de 1939, estava calcada no art. 798, que tinha a seguinte redação: “Será nula a sentença: I – quando proferida: **a)** por juiz peitado, impedido, ou incompetente, **ratione materiae**; **b)** com ofensa à coisa julgada; **c)** contra literal disposição de lei; II – quando o seu principal fundamento for prova declarada falsa em Juízo Criminal, ou de falsidade inequivocamente apurada na própria ação rescisória”.

²³⁴ O atual Código versa sobre a Ação Rescisória, a partir do art. 485, cujos fundamentos são: “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I – se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III – resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV – ofender a coisa julgada; V – violar literal disposição de lei; VI – se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa”.

“A ação rescisória, julgamento de julgamento como tal, não se passa *dentro* do processo em que se proferiu a decisão rescindenda. Nasce *fora* em plano pré-processual, desenvolve-se em torno da decisão rescindenda, e, somente ao desconstituí-la, cortá-la, re-*scindí*-la, é que *abre*, no extremo da relação jurídica processual examinada, se se trata de decisão terminativa do feito, com julgamento, ou não, do mérito, ou desde algum momento dela, ou no seu próprio começo (*e. g.*, vício da citação, art. 485, II e V) a relação jurídica processual. Abrindo-a, o juízo rescindente penetra no processo em que se proferiu a decisão rescindida e instaura o *iudicium rescissorium*, que é nova cognição do mérito”.²³⁵

Assim, a ação rescisória tem natureza jurídica de ação, entendida esta, no sentido mais moderno, como o direito subjetivo público perante o estado visando uma tutela jurisdicional, em quaisquer de suas modalidades, para dizer o direito, satisfazê-lo ou garanti-lo. Logicamente, a rescisória deve ser vista nas palavras de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR **“no sentido técnico, com que se procura romper, ou cindir, a sentença como ato jurídico viciado ou defeituoso”**.²³⁶

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA define-a como **“a ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença transitada em julgado, com eventual rejulgamento, a seguir, da matéria nela julgada”**.²³⁷

Infere-se do instituto ser o mesmo relevante e albergar diversas hipóteses de correção de uma decisão judicial, desde que configurada uma das hipóteses do art. 485, do Código de Processo Civil. Podemos ainda dizer que, em se tratando de inconstitucionalidade do julgado ou que emprestou validade à norma inconstitucional, a rescisória seria e é cabível com fulcro no inciso V, em que prevê a hipótese de violação literal de disposição de lei.

²³⁵ MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p. 66.

²³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Nulidade, Inexistência e Rescindibilidade da Sentença*. Op. cit., p. 26.

²³⁷ Idem... p. 27.

Nada obstante, essas vantagens se apresentam apequenadas quando se verifica que o presente remédio jurídico tem limitação de tempo para o seu ajuizamento, estando sujeito à decadência com um lapso temporal de apenas dois anos. Após esse prazo está a coisa julgada inconstitucional sanada. Parece-nos, assim, evidente a insuficiência do instituto para remediar tão grave defeito.

Ademais, somente o inciso V, do art. 485, do Código de Processo Civil, abre uma brecha para a possibilidade de se corrigir a inconstitucionalidade do julgado e ainda assim com as restrições da jurisprudência e, especialmente, da Súmula n.º 343, do Supremo Tribunal Federal. Como diz PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, cujas lições merecem destaque:

“Apenas em um dos incisos do art. 485, que congrega as taxativas hipóteses de rescisória, se tangencia a tese da unicidade do Direito, quando se permite a rescisão se a sentença violar literal disposição de lei. Contudo, essa tímida referência não garante a unicidade, seja porque o qualificativo “literal” permite expressamente que decisões erradas sejam mantidas, tanto que a jurisprudência é pacífica em não reconhecer a possibilidade da rescisória, ainda que a sentença padeça de evidente erro, se adotou tese razoável, se o assunto é controvertido, se houve à época de sua prolação vacilo jurisprudencial, ainda que depois tenha se pacificado a tese oposta a do julgado etc., seja também porque o curto prazo decadencial da rescisória termina por assegurar a imutabilidade definitiva dos erros de julgamento”.²³⁸

Apesar de ser possível se argüir a inconstitucionalidade da lei através de ação rescisória, sua limitação no tempo tem sido um óbice intransponível. Desse mesmo pensamento compartilha GILMAR FERREIRA MENDES quando diz que uma das causas que pode dar ensejo a **“ação rescisória no âmbito do processo civil – violação a literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC) – contempla, também, a**

²³⁸ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Op. Cit., p. 107.

inconstitucionalidade de uma lei na qual se fundou o juiz para proferir a decisão transitada em julgado. Todavia, a rescisão de sentença proferida com base em uma lei considerada inconstitucional somente pode ser instaurada dentro do prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão (CPC, arts. 485 e 495)”.²³⁹

6.2. Mandado de Segurança

O Mandado de Segurança, um dos meios de tutela calcado no texto constitucional, visa a **“proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”**, conforme se infere do art. 5º, inciso LXIX, da Carta Magna.

Esse instrumento, um meio hábil de coibir as ilegalidades ou abusividades, de berço constitucional, tendo adquirido *status* de remédio constitucional em 1934, portanto de tradição em nossa norma maior, seria perfeitamente adequado a atender um defeito dessa gravidade.

No entanto, não se encontra um denominador comum quanto ao seu cabimento na hipótese aqui ventilada. As posições doutrinárias são as seguintes: TEREZA ARRUDA ALVIM PINTO diz que Hely Lopes Meirelles **“considera, em princípio, inadmissível o mandado de segurança contra coisa julgada – a menos que o julgado seja inexistente ou nulo de pleno direito ou não deva alcançar o impetrante nos seus efeitos. Então, na verdade, o admite!”** Diz ainda a mesma professora que J. J. Calmon de Passos sustenta **“ser inaceitável discutir-se a legalidade ou ilegalidade da decisão judicial, se já trânsito em julgado”**.²⁴⁰

TEREZA ARRUDA ALVIM PINTO termina por afirmar que não concorda com essas idéias, pelas seguintes razões: primeiro, **“os dois pressupostos fulcrais para o cabimento de mandado de segurança são os de que se trate de *autoridade* (“seja qual for a autoridade”) e que ofenda *direito líquido e certo*”**. Segundo, **“doutra**

²³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 260.

²⁴⁰ PINTO, Tereza Arruda Alvim. *Mandado de Segurança contra Ato Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 51.

parte, ato que seja fruto de abuso de poder é, em si mesmo, ilegal” e por isso “entendemos que, se presentes os pressupostos do mandado de segurança, não há qualquer razão para que se o inadmita contra decisão judicial transitada em julgado”.²⁴¹

Os argumentos de TEREZA ARRUDA ALVIM são reforçados com o fato de que a ação rescisória é remédio desprovido de efeito suspensivo e por isso o seu rito não se caracteriza pela celeridade, não comportando concessão de liminar, conseqüentemente, encaixando-se melhor nesse perfil o Mandado de Segurança. Invoca ainda a doutrinadora o argumento de Kazuo Watanabe quando este afirma que, da análise dos precedentes do STF, parece-lhe lícito concluir que **“neles está implicitamente afirmada a admissibilidade do mandado de segurança contra decisão transitada em julgado. Isto porque em nenhum deles se condicionou a impetração do writ à interposição do recurso. Ter-se ou não interposto o recurso é irrelevante. Em alguns casos opera-se a preclusão. Em outros, a coisa julgada”**.²⁴²

CELSO AGRÍCOLA BARBI se limita a afirmar que o Supremo veda a possibilidade de Mandado de Segurança contra ato judicial, tendo inclusive editado a Súmula n.º 268, que diz: **“não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”**. Depois afirma que **“alguns juristas, todavia, admitem o uso do mandado de segurança contra sentença passada em julgado. Essa é a posição de Kazuo Watanabe e Tereza Arruda Alvim Pinto”**.²⁴³

GILMAR FERREIRA MENDES, apesar de reconhecer que a **“a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional”**, observa, no entanto, que **“a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo impróprio o mandado de segurança...”**²⁴⁴

WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR, apesar de não concordar que o Mandado de Segurança seja substitutivo da ação, o que tem inteira razão, não vê

241 Idem ... p. 51-52.

242 PINTO, Tereza Arruda Alvim. Op. cit. p. 53.

243 BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 121.

244 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., p. 260.

obstáculo em se utilizar o Mandado de Segurança “**para proteção a direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo de poder da responsabilidade de autoridade judiciária, no exercício da atividade judicante**”.²⁴⁵

Ainda refere-se, WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR, a diversos julgados de nossos tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal que, em hipóteses raras, porém diante de situações de flagrante ilegalidade, chegou a acatar o Mandado de Segurança como meio idôneo para corrigir o grave defeito existente nas decisões anuladas.²⁴⁶

Aquilo que havia se cogitado no início, confirma-se na prática, como vimos aqui, pois, embora o Mandado de Segurança seja um remédio hábil para se corrigir uma coisa julgada inconstitucional, o mesmo não tem sido aceito pela maioria das doutrinas e encontra grande resistência na jurisprudência, embora com algumas exceções, o que é lamentável, porque em termos científicos não há razão plausível para essa rejeição.

6.3. Ação Declaratória de Nulidade de Ato Jurídico ou de Inexistência de Relação Jurídica

Além da ação rescisória prevista em nosso ordenamento jurídico e do Mandado de Segurança, este apenas apregoadado pela doutrina, com meios idôneos para impugnar a coisa julgada, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, tem aceitado pacificamente a Ação Declaratória de Nulidade de Ato Jurídico.

A ação declaratória ingressou em nosso sistema jurídico, segundo nos informa ALFREDO BUZAID, através do Código de Processo Civil do Distrito Federal, ao tratá-la em seus arts. 576 a 580, reproduzidos no Código Judiciário de Mato Grosso, nos arts. 583 a 587.²⁴⁷

²⁴⁵ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Mandado de Segurança contra ato judicial*. Natal: Nordeste Gráfica, 1990, p. 69-73.

²⁴⁶ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Op. cit. p. 74-75.

O Código de Processo Civil de 1939, tratou-a de forma concisa no art. 2º, parágrafo único e art. 290, evitando assim uma regulamentação minuciosa e dispersa. O atual Código de Processo Civil, que vigora desde 1974, disciplina a matéria nos arts. 4º e 5º, visando à declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica ou da autenticidade ou falsidade de documento.

Essa espécie de ação genericamente conhecida como declaratória, presta-se a reconhecer a existência ou inexistência das mais variadas relações jurídicas. Em muitos casos, seu objetivo está voltado para as hipóteses em que os Tribunais reconhecem que inexistente o processo por falta de pressuposto de existência da relação jurídica formal. Esse é um dos pontos centrais de sua justificativa. Assim, pode ser ajuizado esse tipo de ação quando falta ato citatório e o feito correu à revelia ou quando deixou de participar da relação jurídica um litisconsórcio necessário.

Importante frisar que essa espécie de ação não está sujeita ao prazo decadencial previsto para a ação rescisória. A orientação tem sido no sentido de aplicar ao caso o prazo prescricional do direito material discutido na demanda.

Como diz HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “**o reconhecimento da nulidade *ipso jure* ou da inexistência da sentença não depende de ação rescisória, nem tampouco se subordina ao prazo decadencial previsto para tal tipo especial de ação**”.²⁴⁸

A jurisprudência persegue essa orientação, como se infere dos seguintes julgados: “**A rigor, não é cabível a rescisória, mas a ação declaratória de nulidade, no caso de falta ou nulidade da citação (STF-Pleno: RTJ 107/778, STF-RT 588/245 e STF-RAMPR 44/131, sempre o mesmo acórdão...**” “**Na ação declaratória de nulidade, o juiz decidirá se ocorreu ou não a correta citação do réu na ação anterior; se foi citado validamente, será improcedente a ação declaratória de inexistência da relação jurídica resultante da sentença na ação anterior; se nula a**

247 BUZAID, Alfredo. *A Ação Declaratória no Direito Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 48.

248 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Nulidade, Inexistência e Rescindibilidade da Sentença*. São Paulo: Revista de Processo, jul./set.1980, p. 37, v. 19.

citação, será renovado o processo da demanda anterior, a partir da “in jus vocatio” (RSTJ 8/231; v. p. 251, voto do Min. Athos Carneiro)”.²⁴⁹

Esta espécie de ação apresenta-se-nos adequada para corrigir o defeito da coisa julgada inconstitucional, por isso será a mesma objeto de proposição nossa no capítulo seguinte.

Não confundir esse tipo de ação com a ação anulatória prevista no art. 486, do Código de Processo Civil, a qual tem em vista tornar sem efeito as decisões meramente homologatórias ou que independam de sentenças.²⁵⁰

249 NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 357.

250 MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *Ação Anulatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Obra específica destinada a analisar exaustivamente o art. 486, do Código de Processo Civil.

CAPÍTULO VII

PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS ALTERADOS PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Traçaremos neste capítulo algumas comparações entre os julgamentos do Supremo Tribunal Federal com outros órgãos jurisdicionais, sendo importante fixar que, primeiro, como tem a última palavra quanto à interpretação da Constituição, a leitura desta passa a ser aquela que resultou de sua análise.

As observações que iremos fazer não dizem respeito à justiça ou injustiça dos julgados em si aqui invocados, porém da injustiça que representa o julgado de outro órgão jurisdicional quando contraria o pensamento do Supremo Tribunal Federal, especialmente na hipótese de haver coisa julgada insusceptível de correção pela ação rescisória no que diz respeito à matéria constitucional.

Em regra, não se deveria imaginar uma situação em que o jurisdicionado vai a juízo para obter uma decisão que se harmonize com a ordem jurídica, a fim de que o seu direito subjetivo individual seja resguardado, e, no entanto, depara-se com uma situação exatamente contrária. Ou seja, seu caso foi julgado de forma inversa ao que está na própria Constituição. A questão soa com um certo incômodo, porém, infelizmente, ocorre com alguma frequência no meio jurídico.

A situação piora ainda mais quando esse jurisdicionado verifica que ultrapassou o prazo restrito da ação rescisória e, mesmo que estivesse acobertado por essa espécie de

ação, corre fatalmente o risco de não vê-la aceita sob o argumento de que não está contemplada a hipótese, no direito positivo, de ação rescisória contra decisão que contrariou a Constituição Federal, depois de ultrapassado o prazo de decadência dessa espécie de ação.

Invocaremos aqui algumas situações concretas que restaram conhecidas em todo território nacional, as quais dizem respeito à revisão de vencimentos de servidor público, sendo a primeira referente aos 84,32% e a segunda a 28,86%.

Como se trata de matéria relativa ao servidor público federal, submetida, conseqüentemente, à competência da Justiça Federal, foi a primeira acolhida em primeiro e segundo grau de jurisdição, sob o argumento de existir direito adquirido previsto no texto constitucional, cuja tese chegou a ser abraçada pelo Superior Tribunal de Justiça.

A segunda foi rejeitada em primeiro e segundo grau, sob o argumento de que os servidores civis não estavam abrangidos por esse percentual que havia sido concedido aos militares através da Lei n.º 8.627/93, tendo, inclusive, recebido a chancela do Superior Tribunal de Justiça.

O percentual de 84,32%, o qual deixou de ser concedido quando da elaboração do Plano de Governo que estava iniciando em março de 1990, que recebeu a adesão dos Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal de Justiça. Esse posicionamento está aqui retratado em decisão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, cuja ementa foi assim redigida:

“Administrativo. Embargos Infringentes. Reajuste salarial. IPC/Março-90. Irretroatividade da lei. Proteção ao direito adquirido. Lei n.º 7.830/89. Medida Provisória n.º 154/90, convertida na Lei n.º 8.030/90.

1. A sistemática adotada até o dia 15 de março de 1990 era a da pós-indexação, com o repasse do percentual de determinação da moeda, auferido por trimestre, tendo por base o valor do IPC.

2. Com o advento da Medida Provisória n.º 154/90, tal procedimento foi afastado, no entanto, por já ter decorrido o período aquisitivo, há que se reconhecer o direito adquirido ao reajuste na forma da lei anterior.

3. O direito adquirido é objeto de proteção especial em nível constitucional. Se a lei vigente até 15 de março de 1990 determina a reposição das perdas, não se pode admitir que tal realidade venha a ser atingida pela legislação posterior, em prejuízo da segurança jurídica de que devem se cercar as relações sociais.

4. Precedentes jurisprudenciais do TRF 5ª Região e do Superior Tribunal de Justiça.

5. Embargos improvidos. Prevalência do voto vencedor”.²⁵¹

Tempos depois, o Supremo Tribunal Federal analisou a mesma matéria, tendo assim se posicionado sobre o tema:

“Mandado de Segurança contra ato omissivo do Presidente do Supremo Tribunal, em virtude do qual ficaram privados os Impetrantes, funcionários da Secretaria da Corte, do reajuste de 84,32% sobre os seus vencimentos, a decorrer da aplicação da Lei n.º 7.830, de 28-9-89.

Revogada esta pela Medida Provisória n.º 154, de 16-3-90 (convertida na Lei n.º 8.030/90), antes de que se houvessem consumados os fatos idôneos à aquisição do direito ao reajuste previsto para 01-4-91, não cabe, no caso, a invocação da garantia prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição.

Pedido indeferido por maioria”.²⁵²

²⁵¹ DELGADO, José Augusto. (Juiz Relator). Acórdão. Recife: Revista do Tribunal Regional Federal 5ª Região, jan./mar.1992, p. 268, v. 4. Tribunal Pleno. Decisão unânime.

²⁵² GALOTTI, Octavio. (Ministro Relator). Acórdão. Brasília: Revista Trimestral de Jurisprudência. Dez.1990, p.1112, v. 134. Pleno do STF. Maioria de 6 votos a três, quando votaram nove Ministros.

A disparidade dos julgados leva a uma grande injustiça ao se fazer uma comparação entre os mesmos. Vejamos os casos de dois servidores públicos, por exemplo, em que um obteve decisão favorável em segundo grau e até no Superior Tribunal de Justiça, vindo essa decisão de seu processo a transitar em julgado. Passou esse servidor a gozar de um benefício em seu salário que praticamente dobra seu ganho em relação ao outro funcionário. Esse privilégio se torna definitivo, caso venha a se consumir o prazo decadencial da ação rescisória por não ter o ente público utilizado esse instrumento em tempo hábil.

Enquanto isso, o outro servidor que foi ao Judiciário e seu processo chegou ao Supremo Tribunal Federal, através do recurso próprio ou de uma ação rescisória interposta no lapso de tempo normal, teve como consequência o seu direito negado e passou, na prática, a receber um salário quase pela metade, em relação ao seu colega de trabalho.

O percentual de 28,86%, depois de analisado pelos Tribunais Regionais Federais e rejeitado em todos eles, foi seguida essa orientação pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa do julgado foi assim redigida:

“Funcionário público civil. Vencimentos dos militares. Isonomia.

Lei 8.627/93. Mandado de segurança improsperável, tanto porque interposto contra lei em tese, ou também porque o pretendido tratamento isonômico (C.F., art. 37, X) não alcança os reajustes diferenciados em função do reposicionamento dos padrões remuneratórios de determinada classe de servidor.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça”.²⁵³

Esse posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, depois de haver passado em outras duas instâncias inferiores, tornou-se pacificado na jurisprudência brasileira até determinado momento, quando a matéria foi submetida ao Supremo Tribunal Federal. Nesse instante, já havia coisa julgada da maioria dos processos que

²⁵³ DANTAS, José. (Ministro Relator). Acórdão. Brasília: Revista do Superior Tribunal de Justiça. Ago.1994, p. 139, v. 133.

havia sido levados ao Judiciário e muitos deles não estavam, sequer, dentro do prazo para uma rescisória.

Pois bem, a mesma matéria, inclusive com boa parcela dos casos gozando do efeito ou qualidade da coisa julgada, recebeu do Supremo Tribunal Federal, em julgado de 19 de fevereiro de 1997, o seguinte posicionamento:

“REVISÃO DE VENCIMENTOS – ISONOMIA.

A revisão geral de remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data” – inciso X – sendo irredutível, sob o ângulo não simplesmente da forma (valor nominal), mas real (poder aquisitivo) os vencimentos dos servidores públicos civis e militares – inciso XV, ambos do artigo 37 da Constituição Federal”.²⁵⁴

Temos aí uma situação inversa ao caso anterior. Aqui, num primeiro momento, os servidores que buscaram o Judiciário e por vontade própria ou por razões alheias à sua vontade não chegaram a interpor o recurso próprio ao Supremo Tribunal Federal tiveram, como consequência, seu direito rejeitado e a sentença fez coisa julgada, muitas vezes insusceptível até de ser corrigida pela Ação Rescisória. Essa categoria de servidor, diante de nosso sistema jurídico e da forma que vem adotando a jurisprudência pátria, jamais poderá obter, do Judiciário, a correção de sua situação jurídica, ficando assim, constantemente, com o seu salário defasado em 28,86%.

Enquanto isso, outros servidores que não foram ao Judiciário ou cujo processo ainda se encontra em andamento podem perfeitamente submeter a matéria ao Supremo Tribunal Federal, já sabedores de que vão obter sucesso, pois já conhecem a posição daquela Corte Suprema de Justiça e com isso terão um adicional considerável em seu salário.

Assim, passaríamos a ter a seguinte situação: dois servidores públicos trabalhando em um mesmo local, tendo ingressado no serviço público na mesma data, ambos no mesmo cargo ou função, um deles buscou o Judiciário para obter a revisão do seu salário, porém não obteve sucesso, uma vez que depois de percorrer três instâncias desse poder, já exaurido de tantas derrotas, não recorreu ao Supremo Tribunal Federal. Sua sentença transitou em julgado e já decorreram os dois anos para ingressar com a Ação Rescisória (prazo de decadência dessa espécie de ação). Infelizmente, sua situação, no âmbito judicial, nunca mais pode ser corrigida.

²⁵⁴ AURÉLIO, Marcos. (Ministro Relator). Acórdão. Brasília: Diário da Justiça 16.06.97, p. 26.722.

Por conseguinte, o outro servidor público não ingressou no Judiciário ou ingressou e sua ação ainda está em andamento quando toma conhecimento que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido em um processo que trata da mesma matéria, atendeu ao pleito, pois ao fazer a leitura da Constituição, diferentemente de todas as outras leituras feitas pelos órgãos inferiores, entendeu que o percentual de reajuste é devido. Este servidor pode ir agora ao Judiciário ou, se já ajuizou sua ação, ir até o Supremo Tribunal Federal e desde já tem a convicção de que sua pretensão será atendida. E, uma vez atendida, ficam os dois em situação totalmente desigual, embora suas vidas funcionais sejam rigorosamente idênticas. Essa situação pode até se agravar quando o segundo servidor é mais novo no cargo e com isso passa a ter um colega mais antigo cuja situação salarial fica pior do que a sua.

Essa circunstância só pode ser vista com perplexidade. Não se concebe, nem se entende, como ocorre em alguns julgados, que, em tese, cabe ação rescisória para corrigir uma ilegalidade da decisão, porém não é possível se socorrer de um instrumento legal para desconstituir uma sentença inconstitucional, caso tenha decorrido o prazo decadencial dessa espécie de ação.

Essas e outras situações parecidas levam ao total descrédito do Judiciário. Somente se pode entender uma situação dessas como de total desprestígio ao poder jurisdicional, motivando uma série de críticas, muitas vezes fundadas, sobre a real finalidade dessa função estatal.

É importante frisar que, em ambos os casos aqui colacionados, a matéria foi reconhecida como constitucional e por isso, diante de nosso ordenamento jurídico, chegou e chega a ter a última palavra do Supremo Tribunal Federal.

Não adianta, portanto, invocar o argumento da independência dos julgados pelos órgãos jurisdicionais inferiores, pois o sistema impede essa utópica visão, vez que autoriza a alta Corte de Justiça a se pronunciar em tal matéria.

Não é que essa análise pelo Supremo Tribunal Federal seja incongruente ou incosequente. Ao contrário, é possível que seja até salutar. Nada obstante, a falta de instrumento hábil para corrigir tal defeito é que torna o sistema injusto. Mesmo que

existisse a súmula vinculante, a exemplo do *stare decisis* norte-americano, a mesma não corrigiria, na totalidade, esse defeito, pois somente os casos futuros seriam alcançados, ficando irremediáveis os julgados anteriores.

Os julgados conflitantes e contraditórios aqui trazidos à colação servem de exemplo para demonstrar a injustiça que os mesmos representam quando comparados entre si diante da situação concreta que restou aos seus destinatários, justificando, assim, a criação de um instrumento hábil a corrigir essa grave distorção em nosso ordenamento jurídico. É sobre esse remédio legal que procuraremos demonstrar sua viabilização no presente trabalho dentro de nosso ordenamento jurídico.

CAPÍTULO VIII

PROPOSIÇÃO DE UMA TUTELA DE IMPUGNAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

O presente capítulo que toma uma postura de conclusão deste trabalho tem como objetivo apresentar um meio de tutela que possa levar o Judiciário a corrigir o grande defeito de uma coisa julgada inconstitucional, depois que ultrapassa o prazo decadencial da ação rescisória.

Não temos a pretensão de originalidade em termos de instrumento que possa inexistir em nosso ordenamento jurídico. Ao contrário, procuraremos emprestar a um dos instrumentos já existentes – ação declaratória, uma nova concepção a seu respeito, em termos de fazê-la inserir no caminho adequado e indicado para atender ao anseio da correção de uma possível injustiça da coisa julgada inconstitucional.

Ao fazermos essa proposição, demonstraremos antes algumas posições doutrinárias e sustentaremos os argumentos que levam a se tomar essa atitude, sobretudo, mudando-se a visão que se tem da coisa julgada inconstitucional face à falta de remédio legal adequado para enfrentar o tema.

8.1. Necessidade de uma nova visão sobre a coisa julgada inconstitucional

Inexistem maiores análises em nosso meio jurídico quanto ao enfrentamento do tema aqui discorrido, especialmente da proposição que se faz. Para nos conscientizarmos de que a matéria tem o relevo que merece, é imprescindível uma análise acurada com a demonstração de uma nova visão a seu respeito. É possível constatar inicialmente que esse objetivo é muito difícil, pois temos de enfrentar doutrina, escolas e posições respeitáveis que sublinham um perfil conservador a respeito dessa mudança.

CHAIM PERELMAN afirma, por exemplo, que **“as presunções *juris et de jure*, que impedem a prova contrária, visam a garantir contra a contestação de certas situações que o legislador não deseja ver perturbadas. Elas formam um dique que as protegerá contra os ataques de litigantes impenitentes”**.²⁵⁵ Isso se dá em nome da

²⁵⁵ PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Fontes, 1996, p. 588.

segurança que resulta dessa proteção, a qual foi julgada mais importante pela ordem social.

Reforça CHAIM PERELMAN esse argumento dizendo que a possibilidade de **“contestar ilimitadamente uma decisão judiciária, porque não conforme à justiça ou à vontade do legislador, os processos poderiam continuar infundavelmente, com os distúrbios, o cansaço e as despesas que daí resultam”**. Acrescenta ainda que essa exigência **“tornaria impossível não só as decisões judiciárias, mas também toda atividade que depende de uma deliberação”**.²⁵⁶

Como se vê o problema segurança e estabilidade jurídicas passam sempre por essa avaliação dos mais diversos doutrinadores. Essa concepção deve ser levada em consideração, porém jamais com os olhos e o pensamento voltados para um absolutismo desses predicados da ordem jurídica. As exceções, as injustiças e afrontas aos princípios constitucionais deverão ser observados quando estiver em jogo o princípio de justiça.

A questão passa por uma mudança de concepção das coisas. Não seria razoável nem tolerável, nos dias atuais e diante de uma prestação jurisdicional tão demorada como a brasileira, apregoar-se uma perpetuação dos conflitos, com a perda incomensurável de tempo e um custo incalculável. O que se defende é apenas uma pura e simples tutela para atender a um defeito considerado grave no ordenamento jurídico – correção da coisa julgada inconstitucional. Não deve, portanto, apregoar-se a generalização, nem se deixar levar pela deslealdade. A exceção, como caso específico, é que deve ser adequada a realidade do direito, como forma de melhor garantir as relações conflitantes da comunidade.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, tem apregoado que **“aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, dando efetividade aos seus princípios formativos (lógico, jurídico, político, econômico), é uma tendência universal, hoje”**.²⁵⁷

É ainda CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO que vê no aprimoramento do processo, em face dos seus objetivos, uma evolução de sua visão metodológica e

²⁵⁶ Idem... p. 588-589.

²⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 23.

sistemática atendendo aos princípios constitucionais para que na base dessa moderna concepção haja uma maior

“preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que afinal são manifestações de algo dotado de maior especto e significação transcendente: o valor *justiça*. O conceito, significado e dimensões desses e de outros valores fundamentais são, em última análise, aqueles que resultam da ordem constitucional e da maneira como a sociedade contemporânea ao texto supremo interpreta as suas palavras”.²⁵⁸

Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO a concepção analítica das relações entre processo e Constituição revela ao estudioso *dois sentidos vetoriais* em que elas se desenvolvem, a saber: **“a) no sentido Constituição-processo, tem-se a *tutela constitucional* deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados a nível constitucional; b) no sentido processo-Constituição, a chamada *jurisdição constitucional*, voltada ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição ”.**²⁵⁹

Essa visão de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO serve para chamar a atenção do problema aqui proposto e reforçam as reflexões aqui formuladas. A mudança, a adaptação aos novos tempos, as concepções do processo e, acima de tudo, o que se deve ter em vista com o constitucionalismo, são considerações que merecem respeito e uma atitude coerente com as mesmas. De que serve uma norma constitucional que se tem como fundamental dentro de uma sociedade, tida hierarquicamente como superior a todas as outras, somente podendo ser modificada por processo rígido, no entanto, sofrer uma flagrante violação através de uma norma individual - sentença - , sem que se possa extirpar essa espécie de mal? Parece estar na hora de uma nova tomada de posição a esse respeito.

258 Idem... p. 24.

259 Idem... p. 25.

É comum se ouvir falar no meio jurídico sobre o respeito e a intangibilidade da coisa julgada. Não se pode olvidar da importância e respeito que merece o instituto da coisa julgada. Há de se convir, no entanto, que a doutrina e jurisprudência pátrias têm emprestado uma relevância toda especial ao instituto, que se quedam inertes diante de circunstâncias em que a coisa julgada afronta literalmente a Constituição, especialmente os princípios da legalidade e isonomia.

Há de se verificar, em princípio, que o relativismo da coisa julgada se inicia com o próprio texto constitucional, quando afirma no art. 5º, inciso XXXVI, que **“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”**. Quer isso dizer que o legislador, ao criar uma lei, não pode ofender o caso julgado, como garantia de que o Judiciário ao decidir, deve ter sua decisão respeitada, de modo a se traduzir a independência dos poderes.

Apesar da coisa julgada estar erigida à categoria de princípio constitucional, a mesma tem como um dos seus objetivos o resguardo do princípio da independência dos poderes, como se extrai do próprio texto constitucional, onde o comando é dirigido ao legislador. Com isso, queremos dizer que dentro do próprio Judiciário a coisa julgada pode ser revista, desde que se busque o meio adequado para esse fim. Só não é possível o legislador afrontar uma decisão transitada em julgado, porque aí sim estaria desmoronado o princípio da segurança das relações jurídicas, pois um poder fazia e o outro desfazia.

A proteção constitucional da coisa julgada não inibe o legislador de estabelecer regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional. Esse pensamento é esposado por JOSÉ AFONSO DA SILVA, quando afirma que **“a lei não prejudicará a coisa julgada, quer-se tutelar esta contra atuação direta do legislador, contra ataque direto da lei. A lei não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada. Mas pode prever licitamente, como o fez o art. 485 do Código de Processo Civil, sua rescindibilidade por meio de ação rescisória”**.²⁶⁰

260 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 376.

Ora, se a lei pode até tornar tangível à coisa julgada criando a ação rescisória, a qual já existe em nosso ordenamento jurídico, desde que limitada por um certo lapso de tempo, com maior razão pode ser utilizada outra ação, também existente em nosso corpo jurídico, a qual se presta a atender aos casos de inexistência do ato jurídico, sem que se tenha um limite tão curto de tempo.

Para tanto, é bastante que tenhamos em vista o fato de que o defeito da coisa julgada inconstitucional é relevante de tal forma que o mesmo não pode ser considerado como existente em nosso meio jurídico, o que justifica a ação própria de declaração dessa inexistência.

PAULO MANUEL CUNHA DA COSTA OTERO, ao fazer uma análise sobre o mesmo problema que ocorre em Portugal, afirma que **“de qualquer forma, importa sublinhar que o princípio da intangibilidade do caso julgado não permite afirmar que a Constituição impossibilita que uma nova decisão judicial possa colocar em causa uma sentença transitada em julgado”**.²⁶¹

Arrematando esse ponto de vista afirma o mesmo autor: **“Por tudo isto, pode dar-se como assente que, segundo a Constituição, apenas mediante uma nova decisão judicial (e não através de qualquer outro acto jurídico) o caso julgado pode ser afectado, verificada alguma das circunstâncias excepcionais anteriormente indicadas”**.²⁶²

Vale salientar que a coisa julgada está calcada na segurança, estabilidade e certeza jurídicas, quando há apenas violação de norma infraconstitucional, o que não se pode dizer, igualmente, com relação a uma norma constitucional violada. Aí, esses princípios que fundamentam a coisa julgada não são suficientes para mantê-la de forma definitiva, porque a lei maior é que restou violada, comprometendo assim o berço de todo o sistema.

Não deve prevalecer, portanto, o ponto de vista esposado por VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE na crítica que faz a racionalização dogmática do ordenamento jurídico que leva, por um lado, **“o axioma do legislador racional, um**

261 OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. Op. cit., p. 51.

262 Idem... p. 51.

sujeito coerente, onisciente e justo que pela sua atuação profissional qualifica do mesmo modo o ordenamento jurídico. Por outro lado, ressalta-se o papel do juiz racional, imparcial e neutro, que vai aplicar o direito legislado de maneira lógico-dedutiva e não criativa, fortalecendo deste modo o valor da segurança jurídica”.²⁶³

Verifica-se, portanto, que a coisa julgada é importante, relevante, tem de ser prestigiada, porém é vulnerável a um vício incompatível com a norma maior que comanda a ordem jurídica e por isso não guarda o caráter de intangibilidade que se lhe quer emprestar. É tangível por meio de ação rescisória nos casos ali elencados e deve ser muito mais ainda, pelo instrumento aqui proposto, quando estiver em confronto com norma ou princípio constitucional.

Essa vulnerabilidade da coisa julgada é comprovável todas as vezes em que se afronta um princípio ou norma constitucional e com isso possamos constatar a injustiça que se incorreria diante de um caso concreto como os que aqui já foram demonstrados no capítulo sétimo. O princípio justiça, nessa circunstância, deve prevalecer sobre o princípio segurança, até porque quando aquele for aplicado, possa se preservar este com total tranqüilidade.

Vimos em capítulo próprio como tem sido cara a busca do valor justiça. Essa é uma luta constante do homem em sociedade. Não pode o princípio de justiça, cujas raízes estão arraigadas ao sentimento humano, vir a dar lugar a um outro valor - segurança jurídica -, que embora seja também relevante, não deve receber o mesmo tratamento dentro da escala de valores da sociedade.

O princípio da segurança jurídica ou da estabilidade deve ser considerado e atendido diante de determinadas circunstâncias, desde que não haja incompatibilidade com outro valor maior, assim reputado pela sociedade. Até porque o mesmo se reveste de aspecto acentuadamente formal, não devendo prevalecer diante de valores maiores, assim reputados no seio da sociedade, especialmente o valor justiça.

²⁶³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: Do Moderno ao Contemporâneo*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 144-146.

Lógico que aqui não se apregoa uma justiça pela justiça de forma a se enxergar uma injustiça em qualquer situação. A circunstância aqui apregoadas é peculiar e excepcional, somente devendo ser abandonado o valor segurança jurídica quando estivermos diante de uma manifesta injustiça, objetivamente analisável frente ao texto constitucional, comparando-se o julgado da decisão com outro que já recebeu o beneplácito do Supremo Tribunal Federal ou com o próprio texto constitucional. Não deve, portanto, ser banalizado o princípio de justiça em nome da relevância que o mesmo deve gozar no seio da sociedade.

A decisão, logicamente, não deve atender exclusivamente ao princípio de justiça, a segurança jurídica é fator relevante em sua composição. No entanto, para que ambos estejam atendidos é indispensável que sejam vistos numa ordem seqüencial do grau de valores e atendendo a outros princípios importantes como o da democracia, legalidade, hierarquia, isonomia e divisão dos poderes, por serem esses as pilastras na formação de um estado democrático de direito, inclusive no atendimento do que é justo e seguro.

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, seguindo esse raciocínio, defende a unicidade do direito, pois, como apregoa não há como compatibilizar a tese da sua dualidade, tendo em vista os princípios reinantes em nosso ordenamento, os quais inviabilizam o caminho da sentença criadora em substituição ao direito posto.

Para tanto argumenta PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA que **“a partir, porém, da adoção da tese da unicidade do Direito, a ciência tem de repensar o grau de imutabilidade da coisa julgada, resgatando o valor da sentença justa, aquela que instrumentalize a aplicação da lei e não a criação de uma nova”**.²⁶⁴

A sentença, como já tivemos oportunidade de vê, é uma espécie de norma. A chamada norma concreta. Sendo assim, o mesmo tratamento que é dispensado à lei, que também é uma das espécies de norma, deve ser aplicado à sentença. Por isso, como a lei, em nosso sistema jurídico é suscetível de controle de constitucionalidade, tanto na forma difusa como na abstrata, não vislumbramos qualquer razão para que ambas recebam tratamento diverso. Um, destinado à lei, em que se pode extirpá-la do mundo jurídico,

²⁶⁴ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Op. cit., p. 107.

por instrumentos hábeis a esse fim. Outro, dispensado à sentença, a qual goza de absoluta inderrogabilidade após ultrapassado um certo lapso de tempo.

Há até uma agravante nessa situação. É que a lei, como espécie de norma criada por um poder, está sujeita a ser retirada do ordenamento jurídico por mecanismos legais através de outro poder, como se dá no controle de constitucionalidade. Enquanto isso a sentença fica imune ao controle do próprio poder, bastando que para tanto não seja utilizada a via adequada no prazo estipulado. A discrepância parece manifesta e não deve receber o beneplácido dos aplicadores do direito.

Um outro aspecto é que a sentença, tida como norma integrante do ordenamento jurídico, não pode entrar em descompasso com esse sistema, especialmente quando se trata de hipótese em que a norma afrontada é de maior hierarquia, o que viola também este princípio.

Ainda, quando tratamos da validade e eficácia da norma, vimos que a teoria geral do direito tem a mesma como inválida e, conseqüentemente, inexistente quando ela se encontra em desacordo com a norma de hierarquia superior que lhe deu origem, quer no aspecto formal, quer no âmbito material. Assim, uma decisão judicial, norma individualizada, que se encontra em desacordo com a norma fundamental que dá origem a todas as normas, é regra inexistente e por isso deve ser declarada como tal. Do contrário estaríamos diante de uma norma que deve ser cumprida, portanto ter eficácia, sem que possuísse validade.

O mesmo ocorre no campo da teoria das nulidades, a qual tem a lei inconstitucional como nula de pleno direito, sem que possa produzir efeitos desde a sua origem, podendo, por isso, ser objeto de ação declaratória de inconstitucionalidade ou reconhecida essa circunstância de forma difusa. Então, não tem porque se dispensar a sentença da possibilidade de vê-la declarada inexistente, através de ação própria para esse fim, como aqui propugnamos. Até porque não se está diante de uma elucubração utópica uma vez que já existe esse meio legal em nosso ordenamento jurídico.

Diante do panorama aqui descrito, há necessidade de uma tomada de posição, quer no campo jurisprudencial, quer no campo doutrinário. A visão que se deve ter da

coisa julgada inconstitucional deve ser outra. Jamais se poderá dispensar o mesmo tratamento a um caso julgado que se coaduna com a Constituição frente a uma outra coisa julgada que afronta a Carta Magna.

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA apregoa que “**para tanto, não é necessária qualquer reforma na Constituição.**” Depois acrescenta ser “**perfeitamente constitucional a alteração do instituto da coisa julgada, ainda que a mudança implique restringir-lhe a aplicação, a criação de novos instrumentos de seu controle ou até a sua supressão, em alguns ou em todos os casos**”.²⁶⁵

A mudança que tem de ocorrer é apenas de mentalidade sem necessidade de qualquer alteração legal ou constitucional, fazendo com que uma boa e razoável interpretação da ordem jurídica leve a se ter uma concepção e com isso corrigir o equívoco que se apresenta manifesto.

Da forma como a jurisprudência vem tratando a ação rescisória, tal remédio jurídico não é suficiente para corrigir uma decisão tida como inconstitucional, depois do trânsito em julgado.

Há de ser entendida como de perplexidade, a situação de um jurisdicionado que vai ao Judiciário e se depara com uma decisão contrária à Constituição e não tem como remediar esse erro, o que leva o órgão estatal a sofrer pesadas críticas e ser, logicamente, incompreendido em sua real função.

8.2. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade de Coisa Julgada

Como forma de se corrigir, o quanto antes, mesmo sem necessidade de reforma da lei ou da Constituição, essa suposta omissão instrumental, seria a ação declaratória de inconstitucionalidade de coisa julgada, a qual não encontraria qualquer óbice em nosso ordenamento jurídico, o meio adequado. Esse instrumento se compatibiliza e encontra

²⁶⁵ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Op. cit., p. 107.

harmonia no ordenamento jurídico que já prevê ação declaratória, inclusive reputada como imprescritível.

É importante ressaltar, por ser geralmente o comum e o normal, que a questão constitucional sendo levada aos Tribunais, de forma incidental ou difusa, pode chegar ao STF, através do Recurso Extraordinário, percorrendo assim o seu curso habitual. O resultado dessa decisão deve ser acolhido e, uma vez passada em julgado, deve haver coisa julgada de forma absoluta.

Diferentemente ocorre, se a matéria envolve questão constitucional e não foi prequestionada, ou seja, não foi sequer ventilada no processo, ou chegou a ser tratada, porém não se esgotaram as vias recursais, deixando, em consequência, essa questão de ser submetida ao Supremo Tribunal Federal.

A hipótese sugere as seguintes situações, previstas no art. 102, inciso III, da nossa Constituição: a decisão judicial proferida, mesmo transitada em julgado, contraria dispositivo da constituição; a decisão judicial proferida, declarou inconstitucional tratado ou lei federal, mesmo tendo transitado em julgado; a decisão proferida, embora tenha transitado em julgado, considerou válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição.

Em todas essas situações, não tendo a matéria chegado ao Supremo Tribunal Federal, vamos nos encontrar diante de uma decisão transitada em julgado, porém ferindo a Constituição. Pergunta-se: deve-se considerar essa situação como de coisa julgada que deve produzir os seus efeitos da mesma forma que a coisa julgada que se encontra conforme a Constituição ou foi reconhecida a situação pelo STF como se adequando ao texto Magno? Achamos que não. Seria uma grande incoerência dentro do sistema jurídico, pois passaríamos a ter uma norma individualizada em total desacordo com outra geral e de hierarquia superior.

O caminho que vislumbramos mais adequado, até pelo fato de entender que a coisa julgada inconstitucional inexistente no mundo jurídico, como já afirmado, é o da ação declaratória de inconstitucionalidade de coisa julgada, instrumento esse que não estaria sujeito a prazo prescricional ou decadencial previsto nas leis processuais, porém se

sujeitando apenas a prescrição do direito material discutido, dentro das hipótese legais genéricas a esse respeito, levando em conta a espécie de direito, se pessoais ou obrigacionais e reais.

Essa hipótese levaria a se restringir a discussão ao campo exclusivo de uma razoável interpretação jurisprudencial e não encontraria qualquer óbice no ordenamento jurídico nacional, além de ser prática e eficaz, pois, como já vimos anteriormente, existe, em nosso ordenamento jurídico, com integral aceitação da jurisprudência, a ação declaratória de inexistência de ato jurídico.

Não se pode alegar a inexistência do instrumento no ordenamento jurídico e põe-se fim a qualquer argumento que diga respeito à necessidade da criação, por meio de lei, de um meio jurídico indispensável ao atendimento da proposição aqui formulada.

A presente proposta encontra respaldo em opiniões formadas a partir do raciocínio desenvolvido quanto a ação declaratória de inexistência de relação jurídica. Sobre o tema, discorre com firmeza TEREZA ARRUDA ALVIM PINTO, embasada em diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais, dizendo que **“acertada é a opinião segundo a qual o meio adequado para retirar definitivamente do mundo jurídico as sentenças inexistentes é o da ação declaratória que, no caso, é imprescritível. Diz-se, quase unanimemente na doutrina, que as ações declaratórias são imprescritíveis”**.²⁶⁶

Acrescenta TEREZA ARRUDA ALVIM PINTO que **“isso se justifica porque a finalidade das ações declaratórias é a de *suprimir*, do universo jurídico, uma determinada incerteza jurídica. Segue-se daí que, enquanto existir ou subsistir e, precisamente porque está presente uma determinada incerteza jurídica, não há lugar para a *prescrição* da ação declaratória, cujo objetivo é precipuamente o de pôr fim a essa incerteza”**.²⁶⁷

Defendendo uma espécie de ação revisional da coisa julgada PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, preocupado com o que vem ocorrendo no cotidiano prático do foro, diz que **“a adoção da revisibilidade do julgado definitivo, mediante ação**

²⁶⁶ PINTO, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades da Sentença*. Op. cit., p. 249.

²⁶⁷ PINTO, Tereza Arruda Alvim. Op. cit. p. 250.

própria, reclama cuidados disciplinamento deste remédio, a fim de que seus resultados sejam satisfatórios e não se criem embaraços perniciosos ao exercício da jurisdição”.²⁶⁸

O lapso temporal para o ajuizamento da presente ação foi objeto de preocupação de PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, cujo posicionamento tem o nosso apoio total. Diz ele: **“No caso da ação de revisão da coisa julgada, o limite temporal para seu exercício deve coincidir com o termo final do prazo prescricional para o exercício do próprio direito subjetivo, cuja alegação ensejou a ida ao Judiciário, ou seja, a caducidade não atingiria a ação revisional, mas encobriria a exigibilidade do próprio direito subjetivo”.²⁶⁹**

Em outras palavras podemos afirmar que o prazo prescricional não seria aquele previsto para a ação rescisória encartada no Código de Processo Civil, mas sim, aquele previsto na lei civil para a espécie de direito subjetivo que se discutiu na demanda cuja decisão venha a se imputar de inconstitucional por uma das hipóteses previstas no art. 102, inciso III, da Constituição Federal.

Aliás, é importante esclarecer que seguindo-se essa orientação, desaparece o argumento daqueles que podem afirmar que a relação jurídica ficaria indefinida. Não. Essa idéia não deve prevalecer, vez que, na presente proposta há um limite no campo dos limites do direito subjetivo a ser protegido através da prescrição atribuída a esse direito.

Além do problema de prazo de ajuizamento da ação, propugna ainda PAULO ROBERTO LIMA DE OLIVEIRA pela exigência de depósito, da mesma forma que existe na Ação Rescisória e que não haja revisão da matéria de fato, com a produção de novas provas ou reanálise da já existente, prendendo-se a discussão ao aspecto estritamente de direito, para que não se tenha em mente o problema da revisão do caso julgado, mas sim da inconstitucionalidade que o mesmo representa.²⁷⁰ Esse ponto de vista recebe também a nossa total adesão.

²⁶⁸ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Op. cit., p. 120.

²⁶⁹ Idem...p. 121.

²⁷⁰ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Op. cit. p. 122-123.

Com relação a não-revisão da matéria, de fato GILMAR FERREIRA MENDES reforça esse ponto de vista afirmando que na Alemanha a concentração do controle da legislação e das questões constitucionais no *Bundesverfassungsgericht* elimina o poder de censura de outros Tribunais. Textualmente afirma: **“O recurso constitucional interposto contra decisão judicial, no qual se ressalta a peculiar relação entre o Tribunal e as jurisdições ordinárias, não transforma a Corte em uma Suprema Corte de Revisão (*Superrevisionsinstanz*), uma vez que a legitimidade da decisão impugnada é aferida com base apenas na Constituição”**.²⁷¹

Alguns argumentos poderiam ainda ser utilizados como forma de resistir ao remédio aqui proposto, tais como: a demora na solução do conflito com a infundável discussão da matéria; o alto custo que representa e um meio a mais para que o Judiciário viesse a aumentar o seu volume de serviço.

Uma forma de responder a todos esses possíveis óbices é o fato de se reconhecer que estamos tratando de caso excepcional e de rara possibilidade, como visto linhas atrás, face a matéria se restringir ao aspecto meramente constitucional. Ainda, a relevância da questão justificaria o seu atendimento, uma vez que estamos trabalhando com o valor justiça, o qual deve ser reputado como mais nobre dos valores no seio da ordem jurídica. Aliás, esse é o grande apelo que se faz na doutrina e jurisprudência, além do reclamo da sociedade, quando se trata de exigir uma boa prestação jurisdicional.

Esses argumentos não sendo suficientes para dissuadir as posições contrárias da idéia aqui lançada, poderíamos ainda dizer que inexiste demora quando o Judiciário se presta a solucionar conflitos de grande relevância e dar uma real dimensão do que lhe é submetido. Na visão atual, em que o Judiciário no Brasil se transformou num mero copiador de sentenças, acórdãos e decisões em geral, talvez se pudesse aceitar o argumento. No entanto, essa visão não é científica e esperamos ser circunstancial.

Ademais, temos a ação revisional de julgados no âmbito penal, sem prazo de prescrição, com um objeto bem mais amplo e pouco se utiliza esse instituto, o que nunca tem provocado sobrecarga de trabalho do judiciário ou proliferação de processos

271 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 303

descabidos. Ao contrário, a parcimônia com que o instituto tem sido utilizado não justifica qualquer assombro a esse respeito. A questão está em se coibir os abusos e para isso há instrumental suficiente em nosso ordenamento jurídico, como as penalidades pela litigância de má fé e pela a indignidade da justiça. O problema maior, portanto, reside em se aplicar o que temos em nosso sistema de normas nesse campo.

Questão que poderia ensejar dúvida seria o problema da competência. Entendemos que a competência desta ação deve ficar afeta ao Supremo Tribunal Federal. As razões justificadoras desse ponto de vista residem no fato de que: primeiro, a matéria é de relevância constitucional, consubstanciado-se como de alta indagação; segundo, todos os fatos e razões já foram discutidos e analisados pelos outros órgãos jurisdicionais, o que não seria, portanto, razoável voltar esses órgãos a se debruçarem sobre o objeto exclusivo da constitucionalidade do ato, no caso a sentença, quando prevista uma das hipóteses do art. 102, inciso III, da Constituição Federal; terceiro, como a matéria já se esgotou nos órgãos que exercem o controle difuso e sendo o Supremo Tribunal o órgão eleito pela Constituição como tendo a última palavra sobre a sua interpretação, não poderia deixar o mesmo de ser o competente nesta espécie de ação; quarto, o que está em discussão não é a matéria fática, mas sim o ato concreto, a sentença ou o acórdão, o que enseja em se reconhecer a possibilidade de ação declaratória de inconstitucionalidade, a exemplo do que já existe no Supremo com relação à lei e outros atos normativos faltando, tão-somente, incluir aí também a decisão judicial; quinto, a hipótese é de correção de norma concreta que já atingiu todo seu percurso para atingir o seu aperfeiçoamento formal – decisão que faz coisa julgada -, e por isso, deve ser submetida ao Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição.

A legitimação ativa seria da parte vencida na demanda e do Ministério Público, mesmo quando agisse na condição de fiscal da lei, pois mais do que isso, esse órgão está incumbido pela Constituição em assegurar os direitos nela previstos e promover as medidas indispensáveis as suas garantias.

Poder-se-ia argumentar que inexistente previsão constitucional expressa a respeito dessa espécie de ação. A resistência se apresenta infundada, pois esse tipo de ação já existe na Constituição quanto às leis e aos atos normativos, embora com legitimação

expressa. Porém, não se deve esquecer outros fatores importantes para justificar o ponto de vista aqui esposado. Primeiro, a norma constitucional não proíbe outras ações de inconstitucionalidade; segundo, a ordem jurídica autoriza ação declaratória de inexistência de ato jurídico, o que não poderia essa mesma ordem jurídica negar uma ação dessa natureza junto ao Supremo Tribunal Federal em circunstância tão peculiar e relevante; terceiro, a questão da legitimidade ou da falta de disciplinamento regulamentar dessa espécie de ação só poderia dizer respeito a meros procedimentos, cuja exigência em regulamentá-los através de lei indica um excessivo apego ao formalismo, o que contraria o princípio elementar da razoabilidade.

Quanto aos efeitos, deve a **Ação Declaratória de inconstitucionalidade de Coisa Julgada** guardar coerência com os efeitos do recurso extraordinário, qual seja, *ex tunc*, da mesma forma que a eficácia, nesse tipo de recurso, é apenas com relação às partes no processo. O mesmo deve ser dito no tocante à espécie de ação aqui propugnada.

A questão deve ser vista, portanto, sob o ângulo da infastabilidade do controle jurisdicional, utilizando-se do instrumento que o sistema jurídico oferece, sem maiores dificuldades de seu manejo. Parece-nos se tratar de situação que merece apenas um mínimo de boa vontade para utilização de tão nobre tutela de garantia constitucional.

As razões aqui apregoadas justificam, de forma fundada, a aceitação da **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade de Coisa Julgada**, proposição que fazemos nesta oportunidade como sendo um meio de aperfeiçoamento da atividade jurisdicional e de melhor atender os reclamos da sociedade, especialmente na busca de se evitar as constantes injustiças quando da constatação de decisões contraditórias, embora se tratando de situação jurídica rigorosamente idêntica.

B I B L I O G R A F I A

PUBLICAÇÕES AVULSAS (livros, monografias, dissertações etc.)

- ADEODATO, João Maurício. (Org.). *Jhering e o Direito no Brasil*. Recife: Editora Universitária. UFPE. 1996.
- ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milano: Giuffrè, 1992.
- ALVIM, Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. 1.
- ALVIM, Tereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- ALVIM, Tereza Arruda. *Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v.1.
- ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 2.
- ARAGON, Manuel. *Constitucion y control del poder – Introducción a una teoría constitucional del control*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, s.d.
- AURÉLIO, Marcos. (Ministro Relator). Acórdão Brasília: Diário da Justiça. 16.06.97, p. 26722.
- AZAMBUJA, Carmem. *Rumo a uma nova coisa julgada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- AFTALIÓN, Enrique R. e VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica. 1996.
- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 2.ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 1993.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BOBBIO, Noberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 4.ed. Brasília: EDUNB, 1994.

- _____. *O Positivismo Jurídico – Lições de filosofia do direito*. Trad. e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. Trad. de Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BUZAID, Alfredo. *A Ação Declaratória no Direito Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites Objetivos da Coisa Julgada*. 2.ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1988.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
- _____. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Fabris, 1984.
- CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. *A Democratização do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do Contrôlo da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle da Constitucionalidade das Leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- COSTA, Moacyr Lobo da. *A Revogação da Sentença*. São Paulo: Ícone, 1995.
- COSTA, Lopes da. *Manual Elementar de Direito Processual Civil*. Revisor-Atualizador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- CORRÊA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- CORWIN, Edward S. *A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual*. Trad. de Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.

- COUTURE, J. Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ed. Buenos Aires: Depalma, 1985.
- CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Estudos sobre o Processo e a Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- DANTAS, Ivo. *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro*. Curitiba: . Juruá, 1999, v. 1.
_____. *Constituição Federal Anotada*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
_____. *O Valor da Constituição – Do Centro de Constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- DANTAS, José. (Ministro Relator). Acórdão. Brasília: Revista do Superior Tribunal de Justiça, ago.1994, p. 139, v. 133.
- DELGADO, José. (Juiz Relator). Acórdão. Recife: Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, jan./mar.1992, v. 4.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
_____. *Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- FARIA, José Eduardo. *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica*. São Paulo: EDUSP, 1988.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 5.ed. Padova: Cedam, 1989.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- GALOTTI, Octávio. (Ministro Relator). Acórdão. Brasília: Revista Trimestral de Jurisprudência, dez.1990, publ. 134.
- GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción Filosófica al Derecho – La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. 6 ed. Buenos Aires: Depalma, 1987.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989

- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*. Coord. de José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 1-16.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994
- HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste, s.d.
- HESPANHA, Antônio. *Justiça e Litigiosidade – História e Prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste, 1993.
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del-Rey, 1995.
- JHERING, Rudolf von. *A Evolução do Direito*. 2.ed. Salvador: Progresso, 1956.
- KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Fontes, 1990.
- _____. *O que é Justiça?* Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Fontes, 1997.
- _____. *O Problema da Justiça*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Fontes, 1993.
- _____. *A Ilusão da Justiça*. Trad. de Sérgio Tellarolli. São Paulo: Fontes, 1995.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Fontes, 1985.
- _____. *Teoria Geral das Normas*. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- _____. *Normas Jurídicas e Análise Lógica*. Trad. de Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- KUKATHAS, Chandran e PETTIT, Philip. *RAWLS: Uma Teoria da Justiça e os seus críticos*. Lisboa: GRADIVA, 1995.
- LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 2.ed. Porto Alegre: Fabris, 1985.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. de José Lamego. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste, 1989.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Notas de Ada Pellegrini Grinover. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

- LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- LOCKE. *SEGUNDO TRATADO SOBRE O GOVERNO. Ensaio relativo a verdadeira origem extensão e objetivo do Governo Civil*. Trad. de E. Jacy Monteiro. (Os Pensadores, Abril cultural, n. 15), s.d.
- LLOYD, Dennis. *A Idéia de Lei*. Trad. de Álvaro Cabral. São Paulo: Fontes, 1998.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de Segurança em Matéria Tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *Ação Anulatória – Art. 486 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. Tomo 4.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. (Coord.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades Procesales*. Buenos Aires: Astrea, 1982.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade – Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Tomos 5-6.
- MONCADA, L. Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. 2.ed. Coimbra: Coimbra. Coimbra, v. 1 e 2.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Coisa julgada e declaração, Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil e A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do Processo Civil Brasileiro*.
- _____. **In:** Temas de Direito Processual. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988. (1 série).
- _____. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*.
- _____. **In:** Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1984. (3 série).

- NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais. Teoria Geral dos Recursos*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 26 e 29 ed. São Paulo: Saraiva, 1996 e 1998.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. (Org.). *Elementos para Uma Nova Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. *Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Fontes, 1996.
- PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades da Sentença*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- POUND, Roscoe. *Justiça Conforme a Lei*. 2.ed. São Paulo: Ibrasa, 1976.
- _____. *Introdução à Filosofia do Direito*. Trad. de Álvaro Cabral
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução e prefácios: L. Cabral de Moncada. 6 ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. de Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- RESENDE FILHO, Gabriel. *Curso de Direito Processual Civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1956, v. 3.
- ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Bogotá-Buenos Aires: Temis-Depalma, 1976, v. 1-2.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.
- ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Trad. de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

- RUFFIA, Paolo Biscaretti Di. *Direito Constitucional (Instituições de Direito Público)*. Trad. de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- SCHWAB, Karl Heinz. “*El objeto litigioso en el proceso civil*”. Trad. del Alemán por Tomas A Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, Buenos Aires, 1968.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 3.
_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 4.
- SANTOS, Ulderico Pires dos. *Teoria e Prática do Recurso Extraordinário Cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- SARAIVA, Paulo Lopo. *Manual do Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1995.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Trad. de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- SCHWARTZ, Norberto. *Noções de Direito*. Curitiba: Juruá, 1997.
- SERENI, Angelo Piero. *El proceso civil en los Estados Unidos*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1958.
- SICHES, Luis Recasens. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. 2 ed. México: Porruá, 1973.
- SIDOU, J. M Othon. *Processo Civil Comparado – Histórico e Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
_____. *Habeas Data, Mandado de Injunção, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular. As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos, Segundo a Nova Constituição*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- SILVA, Ovídio A Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*. 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 1988.
_____. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Mandado de Segurança contra ato judicial*. Natal: Nordeste Gráfica, 1990.

- STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Org. e atualizado por MARIA GARCIA. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- TOMÁS, S. *Tratado da Justiça* Trad. de Fernando Couto. Resjurídica. Portugal: Porto, s.d.
- TUCCI, José Rogério Cruz e AZEVEDO, José Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- TUGNEDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- VARELA, Antunes. BEZERRA, J. Miguel e NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*. 2 ed. Coimbra: Coimbra editora, 1985.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria Geral do Direito – Teoria da Norma Jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis, 1984.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*. Trad. de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PUBLICAÇÕES PERIÓDICAS (revistas, anais etc.)

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade Processual e Instrumentalidade do Processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 60, p. 31, out./dez. 1990.
- BELLINETTI, Luiz Fernando. O Conceito de Sentença no Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, p. 218, jul./set.1984.

- BORGES, Alexandre Isaac. Da Coisa Julgada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 20, p. 113, out./dez.1980.
- BORGES, Marcos Afonso. Eficácia Processual e Eficácia do Direito. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 75, 157, jul./set. 1994.
- BULOS, Uadi Lamêgo. Das Nulidades no Processo Civil. *Ciência Jurídica*, v. 46, p. 33, jul./ago.1992.
- CENEVIVA, Walter. Limites Subjetivos da Coisa Julgada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, p. 49, jan./mar.1981.
- CRESCI SOBRINHO, Elício de. Coissa Julgada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 65, p. 235, jan./mar.1992.
- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Existência, Vigência, Validade, Eficácia e Efetividade das Normas Jurídicas. *Revista da Procuradoria-Geral da República*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, p. 155, 1993.
- DALL'AGNOL JR., Antonio L. Para um Conceito de Irregularidade Processual. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 60, p. 15, out./dez.1990.
- DELGADO, José Augusto. A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 65, p. 89, jan./mar.1992.
- DIAS, Francisco Barros. Nulidades Processuais Cíveis. *Revista Acadêmica de Direito*. Natal, v. 1, p. 24, 1994.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. O Princípio da Segurança Jurídica em face das Reformas Constitucionais. *Revista Forense*, v. 334, p. 191-209.
- FIGUEIREDO, Marcelo. Ação Declaratória de Constitucionalidade – Inovação Infeliz. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 71, p. 154, jul./set.-1993.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 87, p. 37, jul./set.1997.
- _____ A Eficácia dos Atos Processuais à Luz da Constituição Federal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: Centro de Estudos, v. 37, p. 35, jun.1992.
- _____ A Constituição e a Invalidez dos Atos Processuais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, p. 227, out./dez. 1992.

- MALACHINE, Edson Ribas. Das Nulidades no Processo Civil. *Revista Forense*, v. 263, p. 163.
- PASSOS, J. J. Calmon de. Esboço de Uma Teoria das Nulidades. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 56, p. 7, out./dez.-1989.
- PINTO, Teresa Arruda Alvim. A sentença e a coisa julgada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 41, p. 177, jan./mar.1986.
- PINTO, Tereza Celina de Arruda Alvim. Ação Rescisória. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 40, p. 136, out./dez.1985.
- _____. Notas Sobre Alguns Aspectos Controvertidos da Ação Rescisória. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, p. 7-15, jul./set.1985.
- REGO, Hermenegildo de Souza. Os Motivos da Sentença e a Coisa Julgada (em especial, os arts. 810 e 817 do CPC). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, p. 7, jul./set.1984.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Limites objetivos da coisa julgada no Direito brasileiro atual. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 45, abr./set.1979, v. 14-15.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. As Nulidades no Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, p. 18, abr./jun.1093.
- _____. Nulidade, Inexistência e Rescindibilidade da Sentença. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, p. 23, jul./set.1980.
- WANBIER, Luiz Rodrigues. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, na Constituição Federal e nas Constituições dos Estados Membros. *Revista de Processo*, v. 65, p. 75, jan./mar.1992.