

O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade *

Cármem Lúcia Antunes Rocha

*" />

Onde se estabelece uma Constituição, com delimitação da autoridade para cada um dos grandes poderes do Estado, claro é que estes não podem ultrapassar essa autoridade, sem incorrer em incompetência, o que em direito equivale a cair em nulidade. Nullus est major defectus quam defectus potestatis... A Constituição é o instrumento do mandato outorgado aos vários poderes do Estado.

(Ruy Barbosa)

Palavras-chave: Princípio da coisa julgada. Vício de inconstitucionalidade. Princípio da segurança jurídica.

Sumário: Introdução - **I** O princípio da segurança jurídica - **II** O princípio da coisa julgada como manifestação da segurança jurídica - **III** O princípio da coisa julgada como direito fundamental - **IV** O princípio da coisa julgada e a inconstitucionalidade do fundamento jurídico do julgado - **V** Coisa julgada de decisão prolatada em ação constitucional: se existe Conclusão.

Introdução

O que contraria a Constituição é inconstitucional. O que é inconstitucional não pode valer. O que não vale — não tem valor — não pode subsistir. Isto, que é lição pacífica para que se faça o controle dos atos dos poderes legislativo e executivo, começa, somente agora, a tomar forma clara também para os atos judiciais, incluídos os terminativos dos processos (sentenças e acórdãos).

A autoridade dos atos do Estado baseia-se na autoridade constitucional que os fundamenta. Faltante a *autoritas constitucionalis* carente de fundamento é o provimento estatal, que pode aparentar formas regulares de exercício do poder, mas que não se dota do conteúdo que o segura no mundo dos atos jurídicos válidos.

Sentença (ou acórdão) é ato estatal. Logo, o ato judicial terminativo, ou não, da ação há que se ater aos fundamentos e aos limites constitucionalmente definidos. A obrigação judicial de ater-se aos comandos constitucionais não pode ser excepcionada sob qualquer argumento, incluído o tão comumente apresentado como é o da soberania dos atos do juiz, menos, ainda, por um pensar judicante que depois se demonstra não ser coerente, compatível, adequado constitucionalmente.

Soberania não está na caneta do juiz, mas na tinta constitucional com que ela se aperfeiçoa e que a dota de força de poder estatal aderente e obrigante.

É certo que a sentença prolatada judicialmente, pondo fim à ação, impõe-se superiormente a outros questionamentos e respostas submetidos à apreciação, incluídos alguns feitos pelo próprio Estado. Nem por isso se tem uma supraconstitucionalidade ou aconstitucionalidade autorizada juridicamente ao juiz. Pelo que, se na manifestação estatal-judicial se contiver uma

inconstitucionalidade, se nela se contiver agravo à ordem constitucional posta, tanto significa que o Estado terá atuado contra a Lei Fundamental, quer dizer, de maneira infundada. Sem fundamento constitucional o ato estatal, insubsistente há que ser considerado o comportamento.

Ato inconstitucional diz-se nulo e írrito, na celebrada lição que vem desde Marshall.

Tanto valeria tão-somente para o ato estatal legislativo? Responde-o Ruy Barbosa, ao enfatizar que *"se, porém, os atos do legislativo, atentatórios do direito constitucional, são nulos, não menos nulos, por idêntico motivo, são os atos do executivo, que incorrerem na mesma taxa. A Constituição é a última base, onde se há de apoiar a validade de todos os atos do Governo nacional. Quaisquer atos de funcionários federais, que a Constituição não autorize, são legalmente nenhuns"*.¹

A questão que se põe é, pois, se a coisa julgada, a dizer, a decisão estatal terminativa em definitivo de uma ação sobrepõe-se até mesmo ao reconhecimento de inconstitucionalidade judicialmente declarada em outro processo, por outro órgão, normalmente de hierarquia judicial superior.

Assentou-se, durante muito tempo, que contra coisa julgada não seria de se supor contrastação de qualquer natureza ou sob qualquer fundamento. No adágio célebre, *res iudicata nigrum albiu facit*. Coisa julgada seria ato estatal imutável ou insuscetível a questionamento de quem quer que fosse. Mas a obrigação de acatamento constitucional é permanente e inegociável. Mesmo que fosse verdadeira a regra segundo a qual a coisa julgada faz do preto branco, faria ela do inconstitucional nulo e insubsistente algo juridicamente intangível e subsistente? Sendo a obrigação de cumprimento da Constituição, mais ainda se lhe impondo ao Estado, como conceber-se operante um ato que a contraria, uma vez que os poderes públicos são o que Constituição afirma serem, nos limites e com os fundamentos por ela definidos? É ainda de Ruy Barbosa a lição na qual se afirma, desde o início do século XX, que *"em virtude destas noções de evidência vulgar tem-se julgado, nos Estados Unidos, que não pode aproveitar nunca ao funcionário, para lhe legalizar os atos, ou isentá-los de responsabilidade legal, o alegar, em defesa de seu procedimento, a autoridade de leis inconstitucionais.... toda medida, legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula;... Se o arbítrio do Congresso fosse soberano, como pretendem os nossos demagogos, imbuídos no ranço das francesias revolucionárias de 1793, os atos dele não teriam aquilatador: estariam acima da Constituição. Esta continuaria a gozar de uma primazia teórica, desmentida praticamente pela onipotência das maiorias parlamentares"*.²

A questão analisada é, pois, como garantir-se a estabilidade das relações baseadas em sentenças — atos judiciais estatais —, dotadas de certeza quanto à sua imutabilidade, e garantir-se a certeza constitucional, sem o que não há segurança jurídica.

I O princípio da segurança jurídica

Afirma-se a coisa julgada como manifestação necessária ou como decorrência precisa da segurança jurídica, em virtude do que as decisões judiciais devem se revestir de intangibilidade absoluta após o seu trânsito em julgado. Faz-se mister, pois, saber a que segurança jurídica se está referindo ao se curar o tema.

A segurança jurídica é declinada como direito nos textos constitucionais,³ e mesmo nos Estados nos quais ela assim não comparece, não há quem lhe negue a condição de necessário direito que fundamenta ou define os atos, seus efeitos e seus atributos, máxime em se cuidando de práticas estatais.

Segurança jurídica poderia mesmo parecer tautologia.⁴ Direito e segurança andam juntos. Claro: o direito põe-se para dar segurança, pois, para se ter insegurança, direito não é necessário. Mas a segurança não é imutabilidade, pois esta é própria da morte. A vida, esta, rege-se pelo movimento, que é próprio de tudo que vive. A sociedade, como o direito que nela e para ela se cria, é móvel. O que se busca é a segurança do movimento. Ele pode se produzir no sentido do incerto, o que é contrário ao direito, gerando desconforto e instabilidade para as pessoas.

O homem, ser de si incerto e que vive na incerteza de tudo o que é inerente à sua vida e à sua morte, busca o certo nas coisas e atos que o cercam. Incerto quanto aos seus sentimentos, busca-se fazer certo dos atos que lhe são externos.

Para confortar-se no sentido de que pelo menos o que lhe vai no entorno é estável, o homem constitui em direito a segurança do seu patrimônio de bens jurídicos, o que fundamenta os sistemas normativos desde a Antigüidade.

A segurança não é, contudo, valor, é qualidade de um sistema ou de sua aplicação. Valor é a justiça, que é buscada pela positivação e aplicação de qualquer sistema. O que é seguro pode não ser justo, mas o inseguro faz-se injustiça ao ser humano, tão carente de certeza é ele em sua vida.

Segurança jurídica é o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas. Este direito articula-se com a garantia da tranqüilidade jurídica que as pessoas querem ter, com a sua certeza de que as relações jurídicas não podem ser alteradas numa imprevisibilidade que as deixe instáveis e inseguras quanto ao seu futuro, quanto ao seu presente e até mesmo quanto ao passado.

O direito à segurança espraia-se num conjunto de outros direitos e garantias que se acoplam e se moldam no sistema constitucional e infraconstitucional, compondo um ordenamento que deixa todos e cada um certos de seus direitos e da eficácia que eles produzem.

É o direito à segurança que define a sustentação, firmeza e eficácia do ordenamento jurídico. Ele garante que cada pessoa pode saber de si, de seus direitos, tê-los por certos e seguros em sua aplicação, para que cada qual durma e acorde ciente de que os seus direitos são os que estão conhecidos no sistema, e que a sua mudança não se fará senão segundo o quanto nele estabelecido (o que, numa democracia, não será de atropelo nem sem o prévio conhecimento do que vem a ser cada item jurídico mudado ou produzido como novo direito).

O princípio da segurança jurídica manifesta-se em variadas conformações institucionais, comparecendo quer no princípio da não retroatividade das leis e atos normativos, quer na regra que obriga o juiz a atentar ao direito intertemporal, quer naquelas relativas à prescrição, à decadência e à preclusão, enfim, em todos os institutos que revelem eficazes a confiança e a fé cidadã que a pessoa tem no sistema jurídico, no qual lhe é garantido o direito à segurança.

Segurança jurídica firma-se como paládio de convicções e confiança. Se o direito não se afirma por seguro e garantidor de segurança para as pessoas, direito ele não é, pelo menos não como

expressão maior da criação social e estatal. Por isto, segurança jurídica produz-se na confiança que se põe no sistema e na convicção de que ele prevalece e observa-se obrigatória e igualmente por todos.

Segurança jurídica diz, pois, com a solidez do sistema. É desta qualidade havida no ordenamento que emana a sua credibilidade e a sua eficácia jurídica e social.

A incolumidade da ordem jurídica assinala-se, ainda, pela sua firmeza, manifestada por sua imposição como sistema inexpugnável e incontornável, do qual não se pode ausentar um ou outro, segundo a conveniência de cada qual. A invulnerabilidade do patrimônio de bens jurídicos da pessoa repousa na segurança que se lhe apresenta como direito fundamental, que o resguarda de violações e põe-no a salvo de tormentas socioeconômicas, políticas e jurídicas.

O homem, ser intranquilo em sua aventura humana, quer se fazer, pois, tranquilo ao menos no que concerne aos negócios jurídicos, sobre quais as normas incidem segundo o sistema que lhe é previamente apresentado, dado ao seu conhecimento e ao seu saber quanto à eficácia a se produzir.

Guerreiro, o homem é ser buscante de paz. Esta realiza-se interiormente na busca da segurança que o direito é capaz de garantir.

A segurança jurídica é, como se tem por óbvio, segurança constitucional. Quando não há garantia do direito constitucionalmente posto, não se há cogitar de segurança de direitos infraconstitucionais.

De resto, a segurança põe-se a partir da confiança que se tem no Estado e no Direito que esta pessoa formalmente positiva. Ora, o Estado de Direito é o Estado Constitucional. O ramo do direito que estrutura e organiza o Estado é o constitucional, a partir do qual todos os outros ramos se concebem e se põem.

A segurança põe-se como direito constitucional (art. 5º, *caput*, da Constituição da República do Brasil) e como direito nascido da Constituição e vivente nos limites e definições constitucionalmente abrigados.

A falibilidade constitucional seria a insegurança jurídica permanente. Se nem ao menos a Constituição pudesse consistir em fonte de garantias, o que se diria das demais normas jurídicas positivadas segundo uma Lei Fundamental que pudesse ser asilada em sua observância obrigatória.

A certeza da inviolabilidade da Constituição é a fonte da confiança no sistema normativo, que se expressa pelo princípio da segurança jurídica.

Há que se realçar que o direito produz-se como expressão da Justiça, o que conduz à legitimidade das relações sociais. O direito tem por fim realizar o justo, conferindo à pessoa certeza objetiva em sua vivência e convivência. A Justiça busca realizar-se pela verdade, enquanto a certeza busca efetivar-se pela estabilidade. A verdade jurídica justa produz a segurança. E é a estabilidade que produz a coisa julgada, tradução de firmeza e fixidez das decisões judiciais prolatadas pelo Estado.

O direito busca a estabilidade que realize a segurança do jurídico justo. Nem sempre se obtém tanto. Nunca se há de deixar de buscá-lo, no entanto.

A política do direito produz a coisa julgada; o direito da política busca produzir a Justiça. Para um, como para outro caso, a insegurança e a incerteza conduzem a um desconforto que sugere pouca ou nenhuma justiça.

É fato que nem sempre, contudo, o que se tem por certo e posto é sinônimo de justeza e justiça.

É que a segurança justa há que se basear na verdade jurídica. E a verdade jurídica é aquela constitucionalmente estatuída. Quando a estabilidade decidida pelo ato judicial não se ativer nos conteúdos e continentes constitucionais, tem-se a certeza do decidido, mas não se tem a justiça da decisão.

Prevaleceu, durante largo período, sendo ainda hoje lembrado, o brocado *res iudicata pro veritate habetur*. A ele já não se atém o direito contemporâneo. A Constituição dita a verdade institucional e jurídica. Dela não se poderá afastar para a prática de qualquer ato estatal, aí incluído o judicial terminativo de um processo.

Não há verdade jurídica contra a Constituição. Não se produz direito contra a Constituição. Não há competência estatal outorgada para a prática de qualquer ato que contrarie a Constituição. Afinal, como expunha Marshall, em sua celebrada verberação em favor das Constituições e pela nulidade dos atos que as contrariam, "*definiram-se e demarcaram-se os poderes da legislatura; e, para que sobre tais limites não ocorresse erro, ou deslembração, fez-se escrita a Constituição. Com que fim se estipulariam esses poderes, e com que fim se reduziria essa estipulação a escrito, se os limites prescritos pudessem ser ultrapassados exatamente por aqueles que ela se propunha a coibir? Acabou-se a distinção entre os governos de poderes limitados e os de poderes indefinidos, se os confins, que se estabelecem, não circunscreverem as pessoas, a que se impõem, e ficarem igualmente obrigativos os atos permitidos e os atos desfeitos. Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. Não há contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura... se é verdadeira a segunda (proposição) então as Constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável".⁵*

O dito e afirmado para os atos legislativos vale, como antes lembrado na menção a Ruy Barbosa, para todos os atos estatais, aí incluídos os judiciais.

Ou bem a Constituição submete todos os governantes, membros do Poder do Estado, tal como o faz com os governados num Estado Constitucional, no qual o Direito prevalece, ou bem há parcelas ou manifestações do poder estatal que se podem sobrepôr ou que podem desconhecer impunemente a Constituição. Esta é situação que lesa o primeiro de todos os direitos no Estado Constitucional: o direito à constitucionalidade de todos os comportamentos, máxime os do Poder Público.

É este o embate que envolve o conceito de coisa julgada, sempre lembrada como manifestação da segurança jurídica (diversa da certeza das relações jurídico-estatais), e o princípio da constitucionalidade, que demarca o direito moderno.

II O princípio da coisa julgada como manifestação da segurança jurídica

Explicada, sempre, como necessidade *a)* política, de se estabilizarem as decisões proferidas nos litígios havidos na sociedade e encaminhados à decisão do Estado-juiz e *b)* jurídica, de se por termo aos feitos judiciais, a fim de que não se eternizem e gerem desconforto e incerteza das pessoas quanto a seus direitos, a coisa julgada comparece como instituição de direito desde os romanos.

No Brasil, a coisa julgada é definida legalmente, no art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 1942), no qual se estatui que:

Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, direito adquirido e a coisa julgada.

(...)

§3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

A legislação brasileira cuida, ainda, especificamente da coisa julgada material (ou caso julgado), no art. 467, do Código de Processo Civil, ali se estatuinto que "*denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário*".⁶

Justificada desde os romanos por "*razões completamente práticas, de utilidade social*",⁷ coisa julgada é considerada, pois, na legislação processual, em seus aspectos formal e material.⁸

Os romanos tinham, em seu Digesto, que "*res iudicata dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit, quo vel condemnatione ver absolute contigit*", por eles se tendo estabelecido que entre as partes (e não em relação a terceiros) a coisa julgada teria pleno valor, dispendo-se, ainda, no Digesto (44, 2.7) que "*res inter alios iudicatae nullum aliis paeiudicium faciunt*".

Daí é que se passou o entendimento às Ordenações Afonsinas (tit. LXXXV do Livro III), às Manuelinas (tit. XLVII do Livro III) e às Filipinas (tit. LXXXI do Livro III), nesta se preceituando que: "*posto que a sentença não aproveita, nem empece mais que às pessoas entre as quais é dada, poderá porém dela apelar não somente cada um dos litigantes, que se sentir agravado, mas ainda qualquer outro, a que o feito possa tocar, se da sentença possa vir algum prejuízo*".

A legislação pátria, desde o Regulamento nº 737, de 25.11.1850, até o Código de Processo Civil, de 1973, antes transcrito em suas normas específicas sobre o tema, sempre manteve referência expressa ou definição taxativa de coisa julgada.

A inteligência de coisa julgada aproveitada na legislação processual civil brasileira, atualmente vigente, é aquela acolhida pela lição doutrinária de Liebman, segundo o qual a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, mas um modo ou qualidade com que ela se manifesta e produz o

seu efeito próprio.⁹

Pode-se considerar, pois, coisa julgada como a estabilidade decorrente da inimpugnabilidade de decisão judicial que tenha esgotado todos os meios regularmente admitidos em direito para o seu questionamento, e que adjetiva com super-rigidez o decidido.

A coisa julgada tem natureza qualitativa de um *decisum*, a dizer, o quanto havido na decisão, cujos efeitos se dotam desta qualidade. Protege-se, assim, de novas impugnações o quanto tenha sido decidido.

A coisa julgada qualifica diferente e mais rigidamente a decisão dada pelo Poder Judiciário. É ela que faz com que a decisão terminativa do feito seja imutável pelos meios regulares de impugnação dos atos judiciais.

Fundamenta-se ela, politicamente, como antes mencionado, na necessidade de o Estado dotar de certeza a pessoa que pede resposta judicial sobre uma lide. A essa pessoa faz-se mister afirmar que a decisão terminativa é relativamente imutável ou imutável pelos meios regulares e pelos recursos legalmente estabelecidos, somente se pondo em questão por força superior à lei, como é a ordem constitucional.

Juridicamente, a coisa julgada fundamenta-se na necessidade de que as lides tenham fim, que não se prolonguem *ad aeternum*. Na vida, tudo tem princípio, meio e fim. O processo — como toda criação do homem — é constituído à imagem e semelhança do homem. Se o homem se acaba em vida, como se poderia permitir persistirem para sempre, com esquemas e, às vezes, estratégias jurídicos, os processos judiciais?

Para o Direito, é preciso que as lides se acabem e prevaleça o quanto decidido no processo pelo Estado-juiz. A coisa julgada fundamenta-se nesta necessidade jurídica de que os casos se resolvam e que a jurisdição produza, com certeza, o seu efeito devidamente qualificado.

O Direito não busca com a coisa julgada a segurança jurídica como direito, mas como garantia de direitos. E o Direito busca a justiça segura, não a injustiça segura. Não se pode buscar fazer da coisa julgada ato pétreo ou intocável do Estado, intangível pelo próprio Estado, ainda quando sobrevenham demonstrações de seu erro ou tangibilidade necessária por meios próprios. Se nem ao menos a Constituição é intocável, admitindo-se a sua reforma quando se faça necessário e mais justo e legítimo, o que seria de um Estado no qual a força das coisas mostradas e demonstradas parecessem intocáveis por ter um juiz decidido de forma definitiva...

Tem-se afirmado que a coisa julgada tem função negativa e função positiva. Aquela refere-se à inimpugnabilidade formal do *decisum* no mesmo ambiente processual no qual se tenha dado. A função negativa da coisa julgada está no impedimento processual obstativo de novo pleito no mesmo espaço e ambiente processual em que se tenha dado a primeira decisão ou em processo de igual natureza e tipo aproveitado pelo jurisdicionado no seu anterior empenho processual.

A coisa julgada material cumpre uma função positiva, no sentido de responder, com definitividade, a indagação contida no processo. Oferecida a resposta estatal à pretensão judicialmente apresentada, afirma-se a decisão de modo a prevalecer, com tendência de definitividade, o que qualifica o efeito dela nascido.

A coisa julgada material afirma, no plano judicial, a decisão adjetivadora do efeito decorrente deste específico pronunciamento do Estado-juiz e impõe-se em relação a qualquer nova lide apresentada.

Tem-se anotado e adotado, na doutrina e na legislação processual, que os efeitos da coisa julgada, quanto às partes, fixam os seus limites subjetivos. Podem, ainda, ser aqueles efeitos vislumbrados segundo o fator temporal, e aí se têm os limites de tempo daquela qualidade do *decisum*.

Para o presente estudo, importa apenas enfatizar que a autoridade da coisa julgada, segundo se tem no direito processual brasileiro, foi muito realçada quanto às partes que compõem a relação processual.¹⁰ Tanto não significa que terceiros não tenham obrigações ou que sobre terceiros não incidam os efeitos qualificados do ato judicial decisório, mas que a sua incidência, direta e primária, no patrimônio de bens jurídicos, faz-se sobre aqueles que formaram a relação jurídico-processual em foco.

Também há que se salientar que a extensão subjetiva dos efeitos da sentença (até onde vão estes efeitos, em cujos limites se atém) é questão legalmente definida, pelo que quanto mais proliferarem nos sistemas jurídicos contemporâneos as ações coletivas ou de tutela de interesses coletivos ou difusos, mais os efeitos das decisões judiciais terminativas dos processos se adequarão a esta nova realidade processual.

Terceiros não são, necessariamente, estranhos às ações, pelo que sobre eles, não poucas vezes, o legislador faz incidir os efeitos das sentenças (ou acórdãos) havidos nos processos.

Importante para o aspecto vislumbrado no presente estudo é atentar a que a constitucionalidade das decisões judiciais finais, ou a inconstitucionalidade nelas contida, não deixa qualquer pessoa estranha ao processo, porque todo cidadão (toda pessoa, incluída aí a jurídica) tem o primário direito à constitucionalidade de todos os atos da vida sociopolítica, mais ainda daqueles praticados pelo Estado, como é a decisão judicial.

III O princípio da coisa julgada como direito fundamental

Lei inconstitucional não é lei, afirma a pacífica doutrina e jurisprudência de todos os órgãos judicantes do mundo contemporâneo. O ato viciado pela inconstitucionalidade é ato nulo *ex radice*, a dizer, ato írrito. Na lição de Black, aproveitada pelo constitucionalismo brasileiro desde os primeiros anos da República, "*um ato inconstitucional do Congresso, ou de qualquer legislatura do Estado, não é lei (is not law): não confere direitos; não estabelece deveres; não cria proteção; não institui cargos. É, juridicamente considerado, como se nunca tivesse existido*".¹¹

Se o que contraria a Constituição não vale, não tem valor (porque o valor jurídico de todos os atos, máxime em se cuidando daqueles emanados do Estado, promana do fundamento constitucional, faltante o qual não se há considerá-lo realidade jurídica), seria de se questionar porque a celeuma (tardia celeuma) em relação ao valor/desvalor do ato do Estado-juiz, terminativo do processo, quando contrário à Constituição. Sem o seu fundamento necessário, vale o que este ato? Se nenhum ato adverso à Constituição vale, e tanto é plenamente reconhecido, por que tantos cuidados e ruídos quando se cuida da coisa julgada maculada por inconstitucionalidade?

Talvez porque, ao princípio constitucional da segurança jurídica, acoplou-se a regra da certeza de

todas as coisas e atos no direito. E neste espaço constitucional se incrustou a coisa julgada, contra a qual sequer o legislador poderia atuar. E a própria coisa julgada foi erigida à condição de direito, contra a qual não poderia atuar nem mesmo o Estado-legislador para atentar contra a segurança das coisas no direito.

Tem-se no art. 5º e seu inciso que:

Art. 5º 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, nos termos seguintes:

(...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Constata-se, assim, que a Constituição do Brasil erigiu em direito fundamental o respeito à coisa julgada. O que é e como se produz a coisa julgada são questões deixadas à definição do legislador infraconstitucional. Tanto assim é que a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 1942) foi recepcionada pelo constituinte de 87/88 (como o fora em momentos constitucionais anteriores), tanto quanto o foi o Código de Processo Civil, em seus arts. 467 e segs.).

Não foi novidade aquela estatuição no direito constitucional brasileiro. A Constituição do Império já prescrevera, no art. 179, 2º e 3º, que a lei não seria "*estabelecida sem utilidade pública*" e que ela não teria "*efeito retroativo*". A Constituição de 1891, em seu art. 11, estabelecia vedação aos Estados como à União de "*prescrever leis retroativas*".

A fórmula jurídico-constitucional até agora aproveitada nos textos constitucionais, referente à proibição de lei prejudicial ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, sobreveio com a Constituição de 1934 (art. 113, 3).

A Constituição de 1946 resgatou aquela norma fundamental de 1934 (que não compareceu, como é óbvio, no texto da Carta de 1937), statuindo-se, em seu art. 141, §3º, idêntica proibição àquela posta doze anos antes.

A Carta de 1967 (art. 150, §3º) repetiu a norma, a qual voltou a aparecer no art. 153, §3º, da Emenda nº 1, de 1969.^{[12](#)}

Deve ser notado que a referência à segurança individual, que vinha estampada nas normas constitucionais das décadas de 30 a 60, cedeu espaço à referência à segurança, que, assim mesmo, inadjetivada, a qual se estendeu e passou a ser considerada base do entendimento a ser firmado sobre a norma prescrita no §3º, daquele art. 153.

O que desde a Antigüidade comparecia como precisão, que se impunha à extensão dos efeitos das leis e demais atos estatais, pondo-se como permanente questão de direito intertemporal e

impondo-se como regra de irretroatividade de leis, fez-se, no Estado Moderno, manifestação de direito fundamental. O individualismo cuidou de conferir ao ente estatal o dever de não se afastar daquele comando para que fossem garantidos os direitos então ditos adquiridos (assim mesmo, no plural).¹³

O que a Constituição preserva, pois, como direito de todos, é que a *res deducta* não seja turbada por novos questionamentos que determinem o reinício de todas as indagações havidas na lide solvida pelo ato estatal, a qual, após a decisão terminativa de um processo, desfaz-se, estabilizando-se o julgado, obrigando aqueles que, direta ou indiretamente, sejam tocados pelo teor da decisão transitada em julgado.

A prescrição constitucional dota a pessoa de segurança quanto ao seu patrimônio de bens jurídicos, o qual se põe ao desvelo e à proteção de cada um e do Estado. Este se vê obrigado a tolher quaisquer novos processos sobre bem já resguardado segundo decidido pelo julgador, o qual atua aplicando a lei e fazendo-a valer no caso concreto.

O que se tem, aí, é a garantia de estabilidade das relações jurídicas e a certeza dos atos estatais. O que o Estado tenha decidido, judicialmente, no sentido do valor e do valer da lei em determinado caso, não pode ser posto em discussão permanente ou nova sem que se quebrem as raízes da certeza que deve envolver e garantir os provimentos estatais qualificados pela vocação à definitividade. A pessoa tem o direito de ver-se abrigada na certeza de que o quanto respondido pelo Estado sobre questão que tenha ofertado à decisão judicial produz efeitos qualificados pela impugnabilidade recalcitrante.

Praticado o ato judicial final de um processo, tem a pessoa a convicção, constitucionalmente fundada, de que não sobrevirá lei ou qualquer outra circunstância, menos ainda posta pelo próprio Estado, que desequilibre o quanto apresentado como estável.

Viver na incerteza é próprio das coisas da alma; para as do corpo, mais ainda para aquelas do corpo sociopolítico, o que se busca é a certeza que conforta e dota de perspectivas racionalmente concebidas o que a pessoa, para a sua vida interior e para a sua morte, não pode conceber, menos ainda sobre elas decidir. O que a alma tem de trepidante e indomável, o direito equilibra com a certeza do que se concebe e cumpre como efeito do que ele põe e sobre o que dispõe em norma ou em ato concreto.

A coisa julgada — ou caso julgado — é isto e apenas isto: a positivação judicial do quanto decidido em caso específico a qualificar os efeitos da decisão para a definição de sua forma de cumprimento e de respeito pelas partes e pelos terceiros atingidos, direta ou indiretamente, pelo *decisum*.

O direito a ter uma decisão que transita em julgado termina o processo e dá-se a cumprimento regular, e o direito de que não sobrevenha mudança no direito que reverbere a decisão tomada e transformada em julgado são fundamentais para que a pessoa tenha certezas no viver, de que lhe nasçam e prosperem condições de sentir-se juridicamente segura dos seus bens e direitos.

A coisa julgada é direito fundamental neste sentido e apenas neste. Lei nova — tomando-se a palavra lei, constitucionalmente empregada, em seu sentido material — não poderá alterar o fundamento válido da decisão judicial transitada em julgado, porque a sentença (ou acórdão) já terá superado o momento de sua formação e ofertada ao cumprimento integral e fundado.

A coisa julgada aborda-se como manifestação de respeito ao princípio da jurisdição, igualmente posto como direito fundamental (arts. 8º e 10, da Declaração dos Direitos do Homem, da ONU, de 1948 e art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República do Brasil de 1988).

Dito pelo Estado o direito a prevalecer em determinado caso, submetido a julgamento, o quanto decidido e contido no ditado juridicamente haverá que ser respeitado em benefício da certeza dos atos estatais e em benefício da paz social. Esta não comporta ou tolera a instabilidade das lides intermináveis e interminadas.

IV O princípio da coisa julgada e a inconstitucionalidade do fundamento jurídico do julgado

Por ser a coisa julgada considerada direito fundamental — como posto, expressamente, na Constituição do Brasil e em todos os sistemas contemporâneos que estruturam Estado Constitucional —, o que surge como questão é como se poderia manter, ou como se haveria de pôr-se em questão, novamente, uma decisão judicial terminativa de processo por se comprovar que o seu fundamento é falto de constitucionalidade.

Indaga-se como se posicionar, no sistema jurídico-constitucional que acolhe a coisa julgada como direito fundamental, perante o que se vem chamando de *coisa julgada inconstitucional*.

De pronto se realce que se está a cuidar do vício de inconstitucionalidade reconhecido institucional e objetivamente, na forma definida pelo Direito. O que faz esboroar, constitucionalmente, o decidido, no caso, é a carência de fundamento constitucional, porque, se uma norma for declarada inconstitucional, é certo que ela não subsiste para qualquer fim, menos ainda para se considerar válida como base de uma decisão judicial que tenha sido formulada segundo os seus ditames.

Mostrado e demonstrado que não se tem, no caso, um fundamento válido na norma embasadora, parece óbvio que tudo quanto nela se tenha embasado, quer em atos estatais expressos pelo poder legislativo, pelo executivo e também pelo judiciário, não subsiste. Inconstitucional a norma legal a fundamentar atos praticados, nulos estão estes provimentos por carência de embasamento jurídico válido.

O que aqui se expõe não encontra qualquer dúvida, conforme antes acentuado, quanto aos atos dos poderes legislativo e executivo.

Não há qualquer negativa que se afirme quanto ao entendimento segundo o qual o que contraria a Constituição não vale, porque ou vale o que lhe é adverso ou vale a Constituição, uma vez que num sistema contrários não podem prevalecer. Como *a)* o bloco da juridicidade que sustenta a estrutura, organização e dinâmica do Estado Constitucional afirma-se sob o primado da Lei Fundamental sobre todas as outras; *b)* a Constituição põe-se como norma das normas (*norma normarum*), a partir da qual todas as outras podem fundar-se e ter existência e validade para produzir efeitos legítimos no sistema; *c)* os poderes estatais (legislativo, executivo e judiciário) constituem-se pela Constituição e atuam segundo as competências que lhes são por ela outorgadas e das quais não podem eles desbordar, tem-se como certo e inarredável que toda e qualquer afronta à Constituição não dispõe de fundamento para existir validamente no Direito, menos ainda

para produzir efeitos legítimos e sustentáveis na ordem jurídica constituída.¹⁴

O sistema constitucional é harmonioso e como tal haverá que ser interpretado e aplicado. O que desafina do seu ordenamento básico não tem valor, ainda que emanado de ato do próprio Poder Público. O Estado não está acima da Constituição, nenhum dos seus agentes o está. Todos são agentes segundo a Constituição, afetos e submetidos a ela, atuantes em conformidade estrita a seus ditames. Por isto, mesmo o ato do poder legislativo (o qual detém, no caso brasileiro, até mesmo competência constituinte de segundo grau, como é a de reforma da Constituição) não pode entrar em desarmonia com o quanto nela estatuído. Afirma-se, pois, que sequer se há que falar em lei inconstitucional, o que seria uma antinomia, pois o ato que afronta a Constituição não pode ser tido como validamente existente, seria, pois, uma não lei. Lei inconstitucional produzir-se-ia como antinomia, por envolver ato nulo, sem força ou vigor de lei.

Assentada tal lição quanto aos atos do poder legislativo e do Poder Executivo, há que se considerar a norma contida no art. 5º, inciso XXXVI, no sentido da proibição de cometimento ou de prática legislativa que atente ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

A vedação constitucional, endereçada ao legislador e garantidor de segurança e de certeza jurídicas, compreendidas pelos fatos jurídicos e pelos seus efeitos (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada), põe-se para que as mudanças no estado do mundo jurídico¹⁵ não afetem situações pretéritas nem aos efeitos por elas produzidas.

Não significa que haja imutabilidade absoluta do quanto produzido, esteja a produção em acordo ou em desacordo com o sistema constitucional.

A lei inconstitucional lei não é; o ato aperfeiçoado em detrimento ou afronta à Constituição não tem validade, não produz direito e não gera direitos ou obrigações. Pelo que não se pode considerar haver julgamento válido e subsistente contra a Constituição, pois o juiz busca a fonte de sua competência nesta Lei Suprema e sobre ela constrói os seus julgados. O que se põe como julgamento sem fonte de direito constitucional tem aparência de coisa julgada. É caso que se julgou, mas não caso julgado no sentido jurídico e material da expressão aproveitada no sistema positivo.

O ato de qualquer dos poderes estatais (e mesmo das pessoas em geral) que repugna à Constituição não promove direito, não se atém aos adjetivos jurídicos de sua subsistência e validade. E Constituição não protege ou resguarda ato nulo ou espúrio, praticado à sua revelia e com a sua inobservância. Inseguro estaria qualquer jurisdicionado se o juiz pudesse atuar contra a Constituição e esta inconstitucionalidade ficasse petrificada sob o amparo ou ao resguardo de outra norma constitucional que viesse a proibir a desconstituição de seus efeitos pela declaração de nulidade do quanto assim havido.

Tem-se, portanto, que no plano da validade dos atos jurídicos, aí incluídos os estatais, dentre os quais se têm os atos sentenciais do juiz, não se há cogitar de admitir-se que a Constituição possa acobertar inconstitucionalidades ou que haja segurança onde houver uma inconstitucionalidade.

O membro do corpo humano no qual a doença não transpareça não convalida a moléstia. Como observado por Ruy Barbosa "*(o sistema) instituiu neles (nos tribunais) um filtro à pureza constitucional das nossas leis. Esse filtro opera a eliminação das leis viciosas mediante a averbação*

de nulidade. A nulidade é, pois, nos atos da legislatura, como nos da administração, o corretivo da inconstitucionalidade. O princípio é que leis inconstitucionais não são leis".¹⁶

A sentença (ou acórdão) terminativa do processo, que transita em julgado, tem a sua sustentação legítima na natureza de ato de vontade do Estado fundamentado em lei específica e aplicável à espécie examinada. Se o que se pensava ser lei, lei não é, o que se pensava ser fundamento, fundamento não é, não se tem o julgamento legítimo que se estava certo de ter tido no caso específico. Como sem fundamento o querer do juiz passa a ser pessoal, sem força de ato estatal, julgado não pode ser considerado o caso, nos termos constitucionalmente aproveitados, para a produção de efeitos qualificados e obrigativos da decisão.

Sob a égide do princípio constitucional da coisa julgada — direito das pessoas —, como antes afirmado, estatuído na condição de fundamental, firmou-se o entendimento de que o caso faz-se soberanamente e inexpugnavelmente julgado.

Há que se observar que os atos praticados pelos agentes públicos gozam da qualidade soberana por serem manifestações do Poder do Estado, que se adjetiva, à sua vez, por essa igual condição. Mas esta soberania somente pode ser pensada para os atos válidos, não assim para aqueles nulos, que nada têm de direito. Como a ação do Estado contrária ao Direito é arbítrio, não é ato estatal legítimo, o ato do agente do Poder Público contrário à Constituição é prática nula, sem qualquer qualificação jurídica, menos ainda o da intangibilidade processual ou da imodificabilidade institucional.

Contravindo a Constituição, o que se julgou em fase processual tida como derradeira não será intangível. Se assim fosse, estar-se-ia a aquiescer com tese que permitiria que a obra do poder constituinte — que não pode ser alterada ou contrariada sequer pela competência constituinte reformadora — poderia ser mudada ou transgredida por ato de um juiz, que entendesse contra a Constituição, impondo-se a sua vontade à margem do Direito vigente, mais ainda, em afronta à lei magna do sistema positivo.

Tanto não seria apenas contrário ao entendimento satisfatório da Constituição, seria contrário ao princípio da segurança jurídica. Com efeito, se uma inconstitucionalidade põe-se como inatacável e mantida no sistema a qualquer custo, sob o manto dito da coisa julgada, pode-se julgar qualquer coisa ou de qualquer maneira, mesmo contra a Constituição, por que o trânsito convalidaria as agressões à Lei Fundamental de um povo?

Que segurança teria qualquer pessoa se a Constituição não fosse garantida em sua integralidade, principalmente para aqueles que têm a competência específica, precípua e inarredável de lhe dar acatamento?

Que segurança se pode ter por jurídica, quando o veio máximo do Direito, fundamento de todas as ordens parciais e infraconstitucionais como é a Constituição, pode ser atacado e petrifica-se, tornando-se intangível até mesmo ao exame e remédio contra inconstitucionalidades objetivamente atestadas e declaradas pelo próprio Estado?

Não se há de considerar que a coisa que se julga é o mesmo que o caso que termina. Se o julgado transgredir, afronta, atenta contra a Constituição, não se aperfeiçoa com a qualidade de coisa julgada para os efeitos de garantia constitucional. A Constituição não garante

inconstitucionalidades, não se compadece com a sua prática, não fundamenta ou sustenta qualquer provimento, menos ainda os do Estado, que a adversem e tendam à sua inobservância. O Estado-juiz não está acima da Constituição...

Cuide-se, portanto, de exemplo segundo o qual determinado julgado, já aperfeiçoado em todas as fases processuais, mostre-se desapegado da verdade constitucionalmente estatuída e objetivamente tanto se declare por decisão do Supremo Tribunal Federal, em ação constitucional de controle abstrato da constitucionalidade. Como imaginar sentir-se o jurisdicionado seguro de seus direitos que, por força do julgamento assim havido, tenha-se visto obrigado a determinado comportamento, que ainda pode ser questionado no plano dos fatos ou dos efeitos do julgado, mas que tivesse de permanecer-se inerte sob o argumento da coisa julgada?

Diz-se, atualmente, que essa se relativizou, vale dizer, que não se pode mais ter como qualidade absoluta e intocável do direito posto como julgado em caso concreto. O conceito doutrinário e a definição legislativa é que se relativizaram. Se nem mesmo os direitos fundamentais são considerados — pelo menos todos eles — como absolutos, havendo que se ponderar quando de sua aplicação conjunta, imagine os provimentos estatais, infraconstitucionais, de que resultariam outros direitos. Pior ainda quando estes tivessem resultado oposto ao quanto constitucionalmente determinado. Pois é o que resultaria — a insegurança jurídica — se não se tivesse mais certeza sequer de que a Constituição há que ser cumprida, acatada e mantida em sua respeitabilidade integral e certeza de seu cumprimento total, mesmo que para tanto se tenha de desfazer atos antes praticados pelo próprio Estado.¹⁷

Nem se diga que a Constituição é garantia da imutabilidade absoluta da coisa julgada, o que se reafirma mesmo na legislação infraconstitucional. Ora, a Constituição não considera nem a si mesma absolutamente imutável, tanto que permite a reforma de seu sistema, apenas estabelecendo limites de conteúdo e a forma de sua ocorrência, para impedir que a insegurança jurídica tome lugar. O conteúdo do direito à coisa julgada, de resto, não é expressão definida constitucionalmente.¹⁸

Declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por órgão judicial competente, parece certo ponderar-se que os julgados anteriores, que se tenham baseado em ato normativo havido como insubsistente, não podem prosperar em seus efeitos.

A questão que se põe é quanto aos efeitos já produzidos e que terão que ser considerados em razão de sua ponderação sociojurídica e das conseqüências que o seu desfazimento poderão acarretar. A Lei nº 9.868/99, em seu art. 27, estabelece que "*ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*".

A produção de efeitos *ex nunc*, ou até mesmo em momento futuro da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, responde, exatamente, à ânsia de que seja integralmente cumprido o quanto determinado no art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual "*art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*".

Não apenas para a elaboração da lei, mas para a sua aplicação e incidência de todos os provimentos estatais há que se considerar, como é óbvio, e na esteira daquele mandamento expressamente voltado para a atividade judicante, os fins sociais que atendam ao bem público. Seria incoerente que o jurisdicionado ficasse sujeito ao desfazimento automático de efeitos produzidos anos antes e que lhe tenha sido patrocinado ou determinado pelo Estado em razão do advento de outro provimento, este declaratório de inconstitucionalidade, contrário ao primeiro.

Quando o próprio Estado é o autor, beneficiário ou parte em processo de que tenha resultado julgamento contrário à Constituição, não se há deixar de considerar a necessidade de ser desfeita a situação firmada no julgado e que se opere em desconformidade com a Constituição.¹⁹ Não há bem público contrário à Constituição e o Estado atua com legitimidade e validade exclusivamente para realizá-la e dar-lhe concretude.

Como a nulidade é sempre alegável, mais ainda aquela cujo vício seja o da inconstitucionalidade, que é, portanto, inconvalidável, há que se considerar como, processualmente, proceder-se à impugnação do julgado fundamentado em norma declarada inválida, nos termos acima descritos. Em princípio, tanto não se dará no mesmo processo no qual se tenha dado o agravo constitucional, mas em outro.

Afirmou-se, em lições que se tendem a superar, que o que impediria o novo questionamento judicial, para o desfazimento da nulidade absoluta havida em razão da inconstitucionalidade a macular o julgamento, seria a falta de interesse do jurisdicionado. Já tendo recebido a resposta do Estado, este estaria fechado a conhecer novas lides envolvendo a mesma matéria, por ser tema morto ao direito ou, pelo menos, ao exercício da competência jurisdicional.

Em primeiro lugar, assim não se pode considerar, porque a inconstitucionalidade persiste, é imorredoura e não pode ser considerada passada. Enquanto subsistirem os efeitos qualificados do julgado, enfaticamente subsistirá o vício a produzir fatos jurídicos ou a respaldar aqueles que foram produzidos e não desfeitos.

Em segundo lugar, assim não se pode considerar, porque, conforme ensina Pontes de Miranda, "*a coisa julgada, essa, é o estabelecimento sentencial de estado do mundo jurídico*".²⁰ Modificado o estado do mundo jurídico pelo advento da declaração de inconstitucionalidade, está claro que o quanto que estava acobertado pelo julgado não mais prevalece e precisa ser, institucionalmente, reintroduzido para nova resposta estatal, coerente com a nova realidade do mundo jurídico e adaptado aos ditames constitucionais que submetem todos os provimentos estatais.

Em terceiro lugar, assim não se pode considerar também, porque a autoridade da coisa julgada, que retira o interesse legítimo processual do jurisdicionado, é a resposta estatal de proteção jurídica segura. Mas não se protege, nem se pode considerar protegida juridicamente, a prestação atentatória da Constituição, nem contra essa se produz segurança, pelo que a tangibilidade das relações jurídicas passa a ter lugar para os interessados a postular nova e definitiva resposta de acordo com o estado do mundo jurídico agora havido e em consonância com o sistema constitucional vigente segundo declarado.²¹

Parece, pois, perfeitamente pertinente a via da ação rescisória, se havida a declaração de inconstitucionalidade antes de exaurido o prazo processual legalmente estatuído (art. 495, do Código de Processo Civil), pela via de embargos à execução, fundada em inexigibilidade do título

exequendo (art. 741, II, e parágrafo único, do Código de Processo Civil), ou, ainda, em qualquer tempo, pela *actio querela nullitatis*, tida como subsistente no direito brasileiro, pela jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil.²²

A ação declaratória de nulidade de sentença, que é a antiga *actio querela nullitatis*, fundamenta-se em nulidade irreversível e inconvalidável na decisão terminativa de um processo. Isto é exatamente o que se dá quando o fundamento constitucional, no qual ela se tenha embasado, não subsiste, conforme objetivamente constatado por decisão específica e expressa quanto à inconstitucionalidade do ato normativo fundador do julgado, cuja nulidade se busca seja declarada. Este terá transitado, mas não se terá tornado definitivo no mundo jurídico.

A tese da *actio querela nullitatis* é, pois, perfeitamente compatível com a necessidade de declaração de nulidade de decisão judicial terminativa de ação contrária à Constituição.²³

A forma, ou a via, pela qual se dá a contradição judicial ao julgado incompatível, contrário ou inadequado à Constituição, tem importância menor do que o conteúdo do combate ao vício inconvalidável de que se vê enodado a decisão, cujos efeitos têm aparência, mas não essência de coisa julgada, nos termos constitucionalmente garantidos.

É certo que qualquer que seja a via pela qual se busque a nulidade do julgado tido por inconstitucionalidade, não se há deixar de considerar a repercussão e o fundamento daquele julgado em sua inteireza. Se um dos fundamentos do *decisum* questionado tiver sido objeto de declaração de inconstitucionalidade, mas outro, que pode ser tido como autônomo, e que se respalde em princípio constitucional, for suficiente para manter o decidido, não se terá a sua nulidade declarada, não obstante a eiva que acomete o fundamento insubsistente.

Os princípios constitucionais são aplicados harmoniosamente, para o que se impõe a sua ponderação no momento de sua aplicação. Logo, se o desfazimento ou a declaração de nulidade da decisão comprometer mais ainda outros princípios constitucionalmente consagrados, tais como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade ou de qualquer um dos que se põem no sistema vigente, não se há de dar o resultado nulificador, porque o que se colheria seria o oposto do direito fundamental à segurança jurídica e ao acatamento do princípio da constitucionalidade de todos os provimentos estatais e de todos os comportamentos sociais.

O fundamento constitucional autônomo — e os princípios fundamentais dotam-se exatamente desta autonomia que autoriza a sua aplicação isolada dos demais — é suficiente para impor a manutenção do julgado terminativo do processo, mesmo quando um outro, também supedâneo da decisão final transitada em julgado, tenha sido declarado inconstitucional, porque se tem, de qualquer sorte, a busca de concretização dos fins sociais a que se deve submeter o Estado-juiz, bem como o respaldo jurídico do *decisum*, o que, por si, desautoriza o seu desfazimento ou a declaração de sua nulidade.

V Coisa julgada de decisão prolatada em ação constitucional: se existe

Uma palavra há se dizer quanto à possibilidade de se produzir coisa julgada em ação que tenha como objeto o exame abstrato da constitucionalidade ou o questionamento da inconstitucionalidade

de determinada norma.

Enfim, há que se pôr em debate a existência da coisa julgada em ação de controle de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental), prevista como via própria para indagação judicial de validade da norma em sede de controle abstrato.

A Constituição da República, em seu art. 102, confere competência ao Supremo Tribunal Federal para atuar como seu *guarda* e, nessa condição, esboça o sistema de controle de constitucionalidade a resguardar o ordenamento de agressões e descumprimento.

No completo e complexo quadro de sendas abertas ao questionamento da constitucionalidade de atos estatais, no Brasil, têm-se as ações de controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos, contemplando-se, naquele mesmo dispositivo, as ações direta de inconstitucionalidade, a declaratória de constitucionalidade e a ação de descumprimento de preceito fundamental.

Nessas ações, em especial nas duas primeiras, seria de questionar-se se a decisão nelas proferida produziria coisa julgada material. A indagação mostra-se mais importante quando se tem a vinculabilidade do *decisum*, determinada constitucionalmente no caso da ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, §2º, da Constituição da República) e legalmente no caso da ação direta de inconstitucionalidade (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.882/99).

O texto constitucional relativo aos efeitos da declaração de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal determina a vinculação da decisão proferida "*relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo*".

Se a vinculação é *relativamente aos demais órgãos* é porque o Supremo Tribunal Federal não está vinculado, definitivamente e *ad aeternum*, à decisão proferida, podendo retornar ao conhecimento e à apreciação da matéria em outro processo.

Significa afirmar que a irrecurribilidade da decisão prolatada na ação declaratória de constitucionalidade (art. 26, da Lei nº 9.882/99) determina a coisa julgada formal, não assim a material.

Interpretar diversamente seria minguar a competência do Supremo Tribunal Federal de *guarda da Constituição da República* (art. 102, *caput*) e impedir a dinâmica constitucional que permite, num sistema aberto, possa vir a Lei Fundamental a ser reinterpretada, determinando-se a mutação que a sociedade precisa e muitas vezes forceja a que ocorra pelas vias judiciais.

Diferentemente do quanto posto no texto constitucional (art. 102, §2º), dispôs-se no parágrafo único do art. 28, da Lei nº 9.882/99 que "*a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme à Constituição e a declaração parcial sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal*".

Um dos órgãos do Poder Judiciário é o Supremo Tribunal Federal. Logo, estaria ele vinculado ao quanto decidido naquelas ações, significando tal elo permanente submissão ao quanto havido como constitucional ou como inconstitucional naquelas ações.

Contudo, a impropriedade de se vincular o órgão máximo da jurisdição constitucional a uma declaração, quando há espaço para se voltar à matéria em ações diferentes, nas quais se podem analisar de novo um tema antes cuidado (caso de uma ação declaratória decidida, sobre a mesma matéria sendo possível a propositura da ação direta de inconstitucionalidade), impede que se possa considerar que a decisão prolatada naquelas ações de controle abstrato de constitucionalidade seja fonte de coisa julgada material, impeditiva de retornar o tema à apreciação judicial.

Deve ser anotado, aliás, que, no Brasil, o controle de constitucionalidade incide, até agora, apenas sobre norma específica, não sobre a matéria nela cuidada, nem se tem, pelo menos até o presente, controle abstrato de constitucionalidade de políticas públicas. Do que se vê que a mesma matéria pode ser objeto de mais de uma decisão, porque não se têm, naquelas espécies, casos concretos sujeitos à apreciação com fatos imutáveis, já acabados, a constarem da demanda julgada.

A matéria idêntica pode ser cuidada em mais de uma norma, sujeitando-se o ato normativo repetidor a uma nova ação, na qual se pode ter até mesmo decisão diferenciada da primeira. Os efeitos jurídicos produzidos por força da aplicação ou da inaplicação de uma norma declarada constitucional ou inconstitucional, conforme o caso, incidirão diferentemente nos processos em curso perante os demais órgãos do Poder Judiciário. E a mudança de orientação constitucional, exarada de decisões havidas em ações de controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos, não poderá ser questionada, porque se trata de exercício de competência do Supremo Tribunal Federal, que, em qualquer hipótese e ocasião, estará desempenhando o seu papel mais nobre, qual seja, o de guarda da Constituição.

Não se há que falar, pois, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, de coisa julgada material, nos idênticos moldes e limites postos e supostos para as ações comuns. Nestas são apreciados fatos da vida e do direito e sobre eles decidem com caráter de definitividade.

Conclusão

O que se observa como mudança no tema não chega a significar um novo conceito de coisa julgada a se aproveitar no mundo contemporâneo, menos ainda se propõe uma "nova coisa julgada" no direito brasileiro. Põe-se apenas um novo olhar sobre a coisa julgada, porque o que há por ver muda com as cores novas que a vida sempre traz e faz resplandecer a cada lance de vista.

O que antes se tinha por infalível ou inexpugnável tornou-se possível de fazer-se injusto num mundo em que a mudança é a regra, e segurar-se num mesmo ponto quando o movimento marca a experiência da vida é romper a sintonia que deve conduzir à paz.

Não se quer a insegurança, mas não se aspira à imutabilidade absoluta das coisas, atos e fatos da vida. O que se busca é a firmeza das condições segundo as quais se dá a viver todas as instituições no espaço das relações humanas e das relações jurídicas.

Há que se entender, pois, que o fim de todas as instituições de direito é a justiça, que conduz à segurança, não a certeza processual de um momento, que não se pode manter quando contrarie todos os princípios postos de justiça, dignidade e liberdade.

A invulnerabilidade dos atos estatais tem sentido e garantia no sistema constitucional

contemporâneo quando corresponda a atos de direito que não violam princípios maiores, segundo os quais os homens se dão a viver na sociedade.

Tanto não significa que a destruição da Constituição seja permitida para fazer construir-se uma imutabilidade de decisões judiciais, tomadas segundo o querer contrário ao direito, negador de suas normas, amparo dos excluídos de liberdades constitucionais. A Constituição abre-se para a Justiça, como o Direito estende-se para abrigar acertos, nos quais se acolham a certeza justa dos homens de que o sistema jurídico é abrigo, não desamparo.

Coisa julgada para a Constituição é a decisão de direito proferida judicialmente, não se podendo assim considerar o que se formaliza e aparenta direito, que, no entanto, assim não pode ser tido por errante e falto de Constituição a respaldar-lhe o fundamento e a operância.

Belo Horizonte, junho de 2003.

* Este trabalho é uma homenagem ao Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence. Publicado anteriormente em: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 165-191. ISBN: 978-85-89148-81-8.

¹ BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1932. v. I, p. 10.

² Ibid.

³ A segurança jurídica aparece mesmo como direito fundamental na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de França (1789), contendo-se, em seu art. 2º, que "Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression."

⁴ "La sécurité juridique est une tautologie... la formule sonne en effet comme une sorte de redondance, tant il paraît évident qu'un droit qui n'assurerait pas à la sécurité des relations qu'il régirait cesserait d'en être un. Imagine-t-on un droit qui organiserait l'insécurité, ou même qui la rendrait possible?... Il n'empêche que le droit comme la société qui le produit et qu'il entend régir est un organisme vivant qui ne peut qu'évoluer. L'immutabilité est une des Adéfinitions possibles de la mort... L'insécurité fait partie elle aussi du droit. Le choix n'est donc pas de nature mais de degré. Quelle part d'insécurité un système juridique peut-il supporter?" (HUGLO, Jean-Guy. La Cour de Cassation et le Principe de la Sécurité Juridique. In: *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2001. n. 11, p. 82).

⁵ Apud BARBOSA, op. cit., v. I, p. 9.

⁶ Importante, para os fins deste estudo, é o que se contém no art. 468, do mesmo Código de Processo Civil, segundo cujos termos "a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas". A significação especialmente realçada, no estudo

agora levado a cabo, está em que a lei é uma inexistência quando inconstitucional, pelo que é nenhum, juridicamente, qualquer ato que não pudesse ser lei por tisonada de inconstitucionalidade, conforme se verá adiante.

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Processal Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1936. v. I, p. 404.

⁸ Coisa julgada formal é a qualidade dos efeitos da decisão judicial que a tornam insuscetível a mudanças no processo. Na preleção, dentre outros, de Frederico Marques, "*há, portanto, a estabilização interna do julgamento, tornando-o imutável dentro do processo, em virtude de não mais caber reexame recursal do que foi decidido: é a coisa julgada formal*" (MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1975. v. III, p. 232). A definição havida no art. 6º, §3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, antes transcrita, refere-se à coisa julgada formal. Mas a matéria torna-se insuscetível de novo questionamento e pleito de resposta pelo Estado sobre o caso litigado quando sobrevier coisa julgada material, expressamente definida, como antes lembrado, no texto da legislação processual civil codificada (art. 467, do CPC), lecionando José Frederico Marques ter-se essa nos casos em que se dê "*a imutabilidade do julgamento fora do processo em que se constituiu, a fim de que se impeça, no futuro, qualquer indagação ou reexame do que se contém na prestação de tutela jurisdicional ou julgamento*" (Ibid.).

A coisa julgada material pressupõe a coisa julgada formal, uma vez que se nem ao menos no processo for estável a decisão, menos ainda a matéria que nela se contém poderá ser considerada intangível a novos questionamentos.

⁹ LIEBMAN, Túlio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. A doutrina, anteriormente às lições de Liebman, consideravam a coisa julgada o próprio efeito da sentença. Assim, por exemplo Chiovenda, segundo o qual "*la cosa juzgada es la eficacia propia de la sentencia que estima o desestima la demanda, y consiste en esto: por su suprema exigencia del orden y de la seguridad de la vida social, la situación de las partes fijada por el juez con relación al bien de la vida (res) que fué objeto de discusión no puede ser posteriormente impugnada; el actor que ha vencido no puede ser perturbado en el goce de dicho bien, el actor que ha perdido no puede posteriormente reclamar su goce*" (CHIOVENDA, op. cit., p. 409).

¹⁰ De Liebman a lição segundo a qual "*As partes, como sujeitos da relação a que se refere a decisão, são certamente as primeiras que sofrem a sua eficácia, mas não há motivo que exima os terceiros de sofrê-la igualmente. Uma vez que o juiz é o órgão ao qual atribui o Estado o mister de fazer atuar a vontade da lei no caso concreto, apresenta-se a sua sentença como eficaz exercício dessa função perante todo o ordenamento jurídico e todos os sujeitos que nele operam. Certamente, muitos terceiros permanecem indiferentes em face da sentença que decidiu somente a relação que em concreto foi submetida ao exame do juiz: mas todos, sem distinção, se encontram potencialmente em pé de igualdade de sujeição a respeito dos efeitos da sentença, efeitos que, efetivamente, para todos aqueles cuja posição jurídica tenha qualquer conexão com o objeto do processo, porque para todos contém a decisão a atuação da vontade da lei no caso concreto*" (Op. cit., p. 123).

¹¹ Apud BARBOSA, op. cit., p. 12.

¹² "Art 153 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§3º - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."

¹³ Acentua Pontes de Miranda que "o individualismo aproveitou a brecha, que se fazia, para acentuar o critério subjetivo dos 'direitos adquiridos'. Como era o interesse, às vezes subconsciente, que estava em causa... as construções que surgiram levaram demais longe a concepção dos iura quaesita. A velha regra teodosiana foi aproveitada para o mais audaz dos critérios subjetivos, nos quais apareceu, erecto e ameaçante, numa atitude, não só defensiva, mas, por bem dizer, agressiva ao Estado, o indivíduo... com os seus direitos" (MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. V, p. 24).

¹⁴ Por isto é que ensinava Carlos Maximiliano: "São intérpretes da Constituição os três poderes em que se divide o Governo Federal. Presume-se que todos eles a observem com respeito e carinho; por isso os atos emanados de cada um auxiliam a exegese, guiam o investigador do verdadeiro sentido do texto fundamental... O juiz é o aplicador precípua das normas positivas. No cumprimento de sua alta missão, pode achar-se em face de dois textos divergentes, porém suscetíveis de reger o mesmo caso concreto. Cumprir-lhe escolher entre as duas regras e determinar qual a que deva aplicar-se à hipótese em apreço. Opta pela superior em categoria, exarada na Constituição" (MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Freitas Bastos, 1948. v. I, p. 151).

¹⁵ A expressão é de Pontes de Miranda (op. cit., v. V, p. 67).

¹⁶ BARBOSA, op. cit., p. 12.

¹⁷ "Resp 226.436 - P

Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo.

Ementa: Processo civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de Família. Evolução. Recurso acolhido.

(...)

III - A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, `a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade..." (Cf, na legislação pátria, o art. 741, I e II, e seu parágrafo único, esse acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180/2001).

¹⁸ Cabe, aqui, a lição de Alfredo Augusto Becker, segundo o qual há que se mudar a forma de pensar o mundo jurídico a partir do repensamento dos seus princípios ou postulados e sempre em consonância às circunstâncias e necessidades de determinado tempo. Em feroz crítica à repetição de lições, especificamente em matéria tributária, mas que serviria para os demais ramos do direito, adverte aquele tributarista que "os atuais reflexos condicionados na atitude mental jurídica (da autoridade pública, do juiz, do advogado e do contribuinte), embora provocados por estimulantes jurídicos (princípios e conceitos jurídicos), continuam a ser os mesmos reflexos condicionados aos estimulantes econômicos... que oferecem o 'dado' (matéria-prima) para a elaboração de regra jurídica tributária.

Ora, os estimulantes jurídicos (princípios e conceitos jurídicos) devem necessariamente provocar, na atitude mental jurídica, um outro (diferente) reflexo e não o mesmo reflexo que era provocado quando aquele princípio ou conceito era da Ciência das Finanças Públicas, portanto, de natureza apenas econômica, em síntese, quando era pré-jurídico. Portanto, o único remédio para curar a atual demência jurídica tributária... é sujeitar-se ao trabalho de reeducar os reflexos condicionados, na atitude mental jurídica tributária. Esta reeducação só será possível, sujeitando-se ao incômodo de dissecar e reexaminar, sistematicamente, todos os conceitos e princípios de direito tributário, principalmente aqueles considerados 'óbvios'" (BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1927. p. 37).

¹⁹ Frequentes são os casos de ações que tocam matéria tributária e que são repetidas exatamente porque, após julgados que consideram válidas determinadas cobranças estatais, tornam-se insubsistentes pelo advento de decisões contrárias e declaratórias da inconstitucionalidade da obrigação tributária exigida.

²⁰ MIRANDA, op. cit., p. 67.

²¹ Carnelutti lembrava que "hay ciertamente casos en los que se consiente volver a plantear la litis, a pesar de la cosa juzgada, cuando se haya producido un cambio en el estado de hecho o en estado de derecho existente al tiempo de constitución de la cosa juzgada..." (CARNELUTTI, Francesco. De los Efectos del Proceso. In: *Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano*. Barcelona: Bosch, 1942. p. 98).

²² "RESP 12.586 - São Paulo

Rel.: Min. Waldemar Zveiter

Ementa: *Processo civil - Nulidade da citação (inexistência) - Querela nullitatis.*

I - A tese da querela nullitatis persiste no direito positivo brasileiro, o que implica em dizer que a nulidade da sentença pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, eis que, sem a citação, o processo, vale dizer, a relação jurídica processual não se constitui nem validamente se desenvolve. Nem, por outro lado, a sentença transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução, se for o caso.

II - Recurso não conhecido."

²³ Cf. sobre a matéria, NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio

de Janeiro: América Jurídica, 2003.

Deve ser anotado que não cabe, contra a tese da rescisão da decisão julgada por via desta específica ação, a alegação da Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal, pois a interpretação a ser dada é no sentido da preservação da constitucionalidade dos provimentos estatais, quaisquer que sejam as vias a serem percorridas para obtê-la.

Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57937>>. Acesso em: 20 jun. 2014.