

COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL - LIMITE DE APLICAÇÃO

MURILO BRIÃO DA SILVA

JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO

PROFESSOR NA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA FEDERAL
NO RIO GRANDE DO SUL/ESMAFE-RS

Resumo: O principal objetivo do presente trabalho é analisar o limite de aplicação do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil diante da garantia fundamental da coisa julgada, mediante estudo da definição de coisa julgada formal e material e respectivos efeitos positivo e negativo, incursionando-se pelo princípio da separação dos poderes, pela função atípica do Poder Judiciário como legislador negativo e pela interpretação das normas constitucionais.

Palavras-chave: Coisa Julgada; Coisa Julgada Inconstitucional; Coisa Julgada Inconstitucional e Limite de Aplicação

Abstract: *The main goal of the present paper is to analyze the limits imposed to the application of article 741, first clause, of the Civil Procedure Code, towards the constitutional warranty of res judicata, by the definition of formal and material res judicata and the respective effects – positive and negative, dabbling-by the principle of the separation of the powers, the function of the Judiciary in atypical “negative legislator” and the interpretation of constitutional norms.*

Key-words: *Res Judicata; Unconstitutional Res Judicata; Unconstitutional Res Judicata and Limits of Application.*

Sumário: Introdução. 1 Funções Estatais, princípio da separação destas funções, Poder Judiciário: função precípua e atividade atípica. 2 Garantia fundamental, coisa julgada na Constituição Federal e definição de coisa julgada, efeitos positivo e negativo da coisa julgada. 3 Controle de constitucionalidade e interpretação das normas constitucionais. 4 Coisa julgada inconstitucional e o seu limite de aplicação. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Introdução: Sabe-se que a coisa julgada, segundo a Constituição Federal de 1988, é garantia fundamental de primeira dimensão, portanto, erigida constitucionalmente a bem jurídico protegido, diante da sua evidente relevância.

Não obstante isso, o artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, considera inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal, dispondo, assim, acerca da coisa julgada inconstitucional.

Dessa forma, o presente trabalho busca objetivamente traçar limite de aplicação desta disposição infraconstitucional, de maneira a compatibilizar-se com o texto Magno.

1. Funções Estatais, princípio da separação destas funções, Poder Judiciário: função precípua e atividade atípica

Nossa Carta Política de 1988 traz a existência de Poderes de Estado que, segundo o artigo 2º, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Entre estes são atribuídas funções estatais, com o objetivo de obstar eventual arbítrio e mácula a direitos e garantias fundamentais da pessoa e buscando a solidez do Estado Democrático de Direito.

ALEXANDRE DE MORAES ¹ esclarece “... o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação de poderes, o constitucionalismo moderno determina *divisão de tarefas estatais, de atividade entre distintos órgãos autônomos*”. Essas tarefas são atribuídas ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário, cuja Constituição Federal confiou parte da soberania do Estado, mediante garantia de independência e autonomia.

Segue o referido autor dizendo que “Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado democrático de direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das leis, pois como afirmou Zaffaroni, ‘a chave do poder judiciário se acha no conceito de *independência*’.”²

¹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 373.

² MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 447.

Citando Arruda Alvim, MORAES³, ainda refere:

Podemos, assim, afirmar que função jurisdicional é aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvertida mediante processo regular, produzindo, afinal, coisa julgada, com o que substitui, definitivamente, a vontade das partes.

Ao Poder Judiciário, portanto, como atividade típica, é atribuída a função jurisdicional – julgar, diante de demanda a si submetida. No entanto, possui outras funções atípicas, dentre elas a de natureza legislativa, como a *legislativo-negativa*, a exemplo da possibilidade de excluir do ordenamento jurídico regra legal violadora da Constituição Federal: regra inconstitucional.

Como ensinam NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY⁴:

9. Poder Judiciário. Legislador negativo. O Poder Judiciário só pode atuar como *legislador negativo*, isto é, deixar de aplicar norma que entenda inconstitucional, declarando essa inconstitucionalidade *in concreto* (v.g. RE, qualquer ação judicial etc.) ou *in abstracto* (v.g. ADIn, ADC etc.). Ao Poder Judiciário é vedado atuar como *legislador positivo*, isto é, determinando ao Poder Executivo ou ao Poder Legislativo fazer ou não fazer alguma coisa, sem que exista norma legal regulando a matéria, como se fosse ele, Judiciário, legislador. A atuação do Judiciário como legislador positivo ofende o preceito constitucional da separação dos poderes. A estipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de ato normativo como *ex tunc*, *ex nunc*, *erga omnes* ou *inter pars* (L 9868/99) não fere o princípio da separação dos poderes.

Nesse sentido, o Poder Judiciário exerce tipicamente a tarefa estatal de julgar, vale dizer, de aplicar a lei à hipótese controvertida e sob processo regular, cuja decisão poderá ser coberta pelo manto da coisa julgada, e, atipicamente, quando pertinente, a função de legislador negativo, para excluir do ordenamento jurídico regra legal em descompasso com a Constituição Federal: por isso, chamada de regra inconstitucional.

³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 448.

⁴ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 120.

2. Garantia fundamental, coisa julgada na Constituição Federal e definição de coisa julgada, efeitos positivo e negativo da coisa julgada

Há classificação doutrinária acerca dos direitos fundamentais em primeira, segunda e terceira gerações, haja vista a respectiva ordem histórica e cronológica de reconhecimento constitucional, existindo quem apregoe também a presença de direitos de quarta, quinta e até de sexta gerações.

Cabe antes ressaltar a ocorrência de críticas à denominação *gerações*, porque denotam entendimento de que os direitos de seguintes gerações superam ou alternam os anteriores. Assim, prefere-se a expressão *dimensões*, com o objetivo de elucidar aspecto cumulativo entre as diversas gerações de direitos fundamentais, vale dizer, no sentido de que uma geração em realidade é complementada pela posterior.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles relativos à dita atuação negativa do Estado, ou seja, direitos de defesa ou de proteção, em que não haja intervenção na esfera individual pelo Poder Público.

Dentre estes estão aqueles arrolados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

No que toca aos direitos fundamentais de segunda dimensão, importa referir que são aqueles direitos econômicos, sociais e culturais, ou melhor, de atuação estatal positiva na busca da justiça social. Caracterizam-se precipuamente pela outorga aos indivíduos de prestações sociais estatais.

Como exemplo podem ser indicados aqueles dispostos no artigo 6º, da atual Magna Carta.

Já os direitos fundamentais de terceira dimensão dizem respeito a aqueles com a característica de titularidade difusa, a exemplo do direito ao meio o ambiente (artigo 225 – Constituição Federal de 1988).

Acerca dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões, ALEXANDRE DE MORAES⁵ leciona que:

Como destaca Celso de Mello,

‘enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos

⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 26-27.

econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam direitos de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade’ (STF – Pleno – MS nº 22164/SP – rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206).

Assim, os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta e desenvolvidos conforme verificado no item anterior.

Referindo-se aos hoje chamados de direitos fundamentais de segunda geração, que são os direitos econômicos, sociais e culturais, surgidos no início do século, Themístocles Brandão Cavalcanti analisou que

‘o começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores das liberdades das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc’ (Princípios gerais de direito público. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 202).

Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, no dizer de José Marcelo Vigliar, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso (Ação civil pública. São Paulo: Atlas, 1997. p. 42).

Mais adiante, na mesma obra, página 28, ALEXANDRE DE MORAES, citando Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *in* Direitos Humanos Fundamentais, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 57, diz que “a primeira geração seria dos direitos de *liberdade*, a segunda, dos direitos de *igualdade*, a terceira, assim, complementar a o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade, fraternidade*”.

Assim, dentro do tema Teoria da Geração de Direitos, vê-se que a primeira dimensão (direitos de liberdade), surgida com o Estado moderno, liberal, em que existia grande preocupação com a liberdade dos cidadãos, estabeleceu limite para atuação estatal - Estado mínimo. Pregava-se a igualdade formal: perante a lei. O Estado somente poderia agir conforme a lei.

A segunda dimensão (direitos sociais) adveio da idéia de Estado Social de Direito, em que se pregava a igualdade material, com o objetivo de se diminuir as desigualdades sociais.

Já a terceira dimensão (direitos difusos) decorreu do desenvolvimento tecnológico da sociedade de massa, em que inexistia um sujeito determinado. Trata-se de direitos de toda a comunidade.

Porque tema não diretamente adstrito ao ponto que se busca abordar aqui, irrelevante tecer maiores comentários sobre as dimensões dos direitos fundamentais, especialmente de quarta, quinta e sexta dimensões.

Reza a Constituição Federal de 1988 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, bem como que a lei não prejudicará a coisa julgada (artigo 5º, XXXVI).

A coisa julgada, assim, é garantia fundamental de primeira dimensão e, por essa característica, tem aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal/1988⁶), além de constituir-se em cláusula pétrea, impossibilitando-a sequer de ser objeto de deliberação como proposta de emenda tendente a aboli-la (artigo 60, § 4º, IV, Constituição Federal/1988⁷).

Lembra ALEXANDRE DE MORAES que “... *coisa julgada* ‘é a decisão judicial transitada em julgado’, ou seja, ‘a decisão judicial de que já não caiba recurso’ (LiCC., art. 6º, § 3º)”⁸. Ainda, citando CELSO BASTOS, refere que⁹:

⁶ Art. 5º. (...) § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁷ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais

⁸ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 106.

⁹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 106.

Na coisa julgada, 'o direito incorpora-se ao patrimônio de seu titular por força da proteção que recebe da imutabilidade da decisão judicial. Daí falar-se em coisa julgada formal e material. Coisa julgada formal é aquela que se dá no âmbito do próprio processo. Seus efeitos restringem-se, pois, a este, não o extrapolando. A coisa julgada material, ou substancial, existe, nas palavras de Couture, quando à condição de inimpugnável no mesmo processo, a sentença reúne a imutabilidade até mesmo em processo posterior (*fundamentos do direito processual civil*). Já para Wilson de Souza Campos Batalha, coisa julgada formal significa sentença transitada em julgado, isto é, preclusão de todas as impugnações, e coisa julgada material significa o bem da vida, reconhecido ou denegado pela sentença irrecorrível. O problema que se põe, do ângulo constitucional, é o de saber se a proteção assegurada pela Lei Maior é atribuída tão-somente à coisa julgada material ou também à formal. O art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal, não faz qualquer discriminação; a distinção mencionada é feita pelos processualistas. A nosso ver, a Constituição assegura uma proteção integral das situações de coisa julgada.'

Não se mostra demasiado colacionar o entendimento de SÉRGIO GILBERTO PORTO¹⁰, para quem:

No teor do § 3º, do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como do art. 467 do Código de Processo Civil, situam-se as *definições legais* do instituto da coisa julgada. Todavia, não se esgota nesses dispositivos a compreensão do tema.

Efetivamente, desde logo, oportuno afirmar que a *res iudicata* reveste um conceito jurídico cujo conteúdo difere do simples enunciado de suas palavras e extrapola os parâmetros fixados pelo legislador.

(...)

Como se vê, a definição de coisa julgada envolve algo mais que a simples soma de seus termos, pois representa um conceito jurídico que qualifica uma decisão judicial,

¹⁰ PORTO, Sergio Gilberto. Coisa Julgada Civil. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Aide. 1996. p. 42-43.

atribuindo-lhe autoridade e eficácia. Trata-se, em suma, daquilo que, para os alemães, é expresso por *Rechtskraft*, ou seja, 'direito e força', 'força legal', 'força dada pela lei'.

E acrescenta: "Assim, a coisa julgada representa, efetivamente, a indiscutibilidade da nova situação jurídica declarada pela sentença e decorrente da inviabilidade recursal".¹¹

Importa recordar que a coisa julgada é posta sob o prisma formal e material: coisa julgada material e coisa julgada formal.

Nesse sentido, PORTO¹², sobre coisa julgada formal, revela que:

Em torno do tema, é farta a doutrina, e praticamente não diverge. Isso torna possível afirmar que a coisa julgada formal se constitui no fenômeno que torna a sentença imodificável, no processo em que foi prolatada, em face da ausência absoluta da possibilidade de impugnação da decisão, em razão do esgotamento das vias recursais, quer pelo exercício de todos os recursos possíveis, quer pelo não exercício deles, ou quer, ainda, pela não apresentação de algum, bem como por eventual renúncia ou desistência de interposição.

De outra banda, diz que coisa julgada material "... se constitui numa qualidade da sentença trântica em julgado - chamada, pela lei, de eficácia - que é capaz de outorgar ao ato jurisdicional as características da imutabilidade e da indiscutibilidade."¹³ Entende-se relevante consignar que esse autor adiciona que:

Contudo, como já afirmado, a projeção da coisa julgada material diverge da formal, pois, enquanto esta se limita à produção de efeitos endoprocessuais - internos -, aquela os lança de forma pan-processual - externa -, motivo por que se impõe perante demandas diversas daquela em que se verificou, tornando inadmissível novo exame do assunto e solução diferente a respeito da mesma relação jurídica, seja por outro, seja pelo mesmo juízo que a apreciou.¹⁴

¹¹ PORTO, Sergio Gilberto. Coisa Julgada Civil. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Aide. 1996. p. 44.

¹² PORTO, Sergio Gilberto. Coisa Julgada Civil. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Aide. 1996. p. 52.

¹³ PORTO, Sergio Gilberto. Coisa Julgada Civil. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Aide. 1996. p. 54.

¹⁴ PORTO, Sergio Gilberto. Coisa Julgada Civil. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Aide. 1996. p. 55.

Nessa linha de raciocínio, cumpre trazer a diferença entre as funções negativa e positiva da coisa julgada. Aquela emprega à coisa julgada qualidade impeditiva de se novamente julgar a demanda decidida. Ao passo que a esta - função positiva - impõe a consideração, em outro julgamento, daquilo posto e decidido no julgamento anterior.

Sobre isso, OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA¹⁵ afirma que:

O efeito negativo da coisa julgada opera sempre com exceptio rei iudicatae, ou seja, como defesa, para impedir o novo julgamento daquilo que já fora decidido na demanda anterior. O efeito positivo, ao contrário, corresponde a utilização da coisa julgada propriamente em seu conteúdo, tornando-se imperativo para o segundo julgamento. Enquanto a exceptio rei iudicatae é forma de defesa, a ser empregada pelo demandado, o efeito positivo da coisa julgada pode ser fundamento de uma segunda demanda.

Assim, vê-se que a coisa julgada - garantia fundamental de primeira dimensão, clausula pétrea, com aplicabilidade imediata - pode ser definida como a representação da indiscutibilidade da nova situação jurídica declarada pela sentença. Ainda, que a coisa julgada formal se caracteriza pelo fenômeno que torna a sentença imodificável, no processo em que foi prolatada, e a coisa julgada material importa a qualidade de sentença já transitada em julgado que alcança ao provimento jurisdicional os aspectos da imutabilidade e indiscutibilidade. Além disso, a coisa julgada, possui as funções negativa (qualidade impeditiva de se novamente julgar a demanda decidida) e positiva (necessidade de se considerar, em segundo julgamento, aquilo decidido no anterior).

3. Controle de constitucionalidade e interpretação das normas constitucionais

A Constituição Federal é a base para a formação do ordenamento jurídico. Vale dizer, com ela a legislação infraconstitucional deve ter compatibilidade, para que sobreviva no sistema jurídico.

E "A idéia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais".¹⁶ A Magna Carta está hierarquicamente no topo do sistema legislativo e nela serão buscadas as formas de elaboração de regras infraconstitucionais.

¹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Sentença e Coisa Julgada. 2ª Ed. Porto Alegre: Safe, 1988. p. 489.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 577.

Assim, segundo ALEXANDRE DE MORAES¹⁷, com base em Hans Kelsen:

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.

Mas conceitualmente, esse autor refere que “Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.¹⁸

Como espécies de controle de constitucionalidade, no que tange ao momento, poderá ser preventivo (pretende evitar o ingresso de regra inconstitucional no ordenamento) ou repressivo (em que a regra inconstitucional é eliminada do ordenamento).

Aqui interessa caminhar apenas pelo controle repressivo de constitucionalidade, adotado por nosso sistema, em que o Poder Judiciário faz o controle de compatibilidade da lei ou ato normativo, já editados, com a Carta Política, para afastá-los, quando contrários a esta. Para tanto, “Há dois sistemas ou métodos de controle Judiciário de Constitucionalidade repressiva. O primeiro denomina-se reservado ou concentrado (via de ação), e o segundo, difuso ou aberto (via de exceção ou defesa).”¹⁹

Sabe-se que no Brasil é adotado o controle de constitucionalidade repressivo judiciário misto, porque permitida tanto a forma concentrada quanto a difusa. E quanto ao controle concentrado, a Constituição Federal apresenta várias espécies, por exemplo: “a. ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a); b. ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III); c. ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); d. ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, *in fine*; EC nº 03/93).”²⁰

Assim, a Constituição Federal possui hierarquia superior no ordenamento jurídico, merecendo exclusão regras ou atos normativos que com ela não se compatibilizem. E a idéia de controle de constitucionalidade está adstrita à

¹⁷ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 578.

¹⁸ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 579.

¹⁹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 585.

²⁰ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 606.

Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, para se verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição (análise de seus requisitos formais e materiais). Para se garantir a compatibilidade lança-se mão de técnica da interpretação ou da hermenêutica constitucional, que poderá se dar no momento repressivo (em que a regra inconstitucional é eliminada do ordenamento) - ou *sistemas de controle Judiciário de Constitucionalidade repressiva*, que são o *reservado ou concentrado (via de ação)* e o *difuso ou aberto (via de exceção ou defesa)* -, ambos adotados no Brasil (misto).

Além disso, entende-se importante se incursionar acerca da interpretação das normas constitucionais, visto que bens e direitos protegidos pela Magna Carta podem se envolver em relação de conflito e, diante disso, como solução de compatibilização, para que todos tenham aplicabilidade, é que surge a hermenêutica constitucional como forma de auxílio ao intérprete. Ou seja, como instrumento do controle de constitucionalidade é que se utiliza a hermenêutica constitucional.

Mais uma vez, diante da propriedade, MORAES²¹ revela que:

A Constituição Federal há de sempre ser interpretada, pois somente por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento, se encontrará o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sóciopolítico-econômica e almejando sua plena eficácia.

Canotilho enumera diversos princípios e regras interpretativas das normas constitucionais:

da unidade da constituição: a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas;

do efeito integrador: na solução dos problemas jurídico-constitucionais, deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como ao reforço da unidade política;

da máxima efetividade ou da eficiência: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda;

²¹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 44-45.

da justeza ou da conformidade funcional: os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário;

da concordância prática ou da harmonização: exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros;

da força normativa da constituição: entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.

Aponta, igualmente, com Vital Moreira, a *necessidade de delimitação do âmbito normativo de cada norma constitucional, vislumbrando-se sua razão de existência, finalidade e extensão.*

Esses princípios são perfeitamente completados por algumas regras propostas por Jorge Miranda:

a contradição dos princípios deve ser superada, ou por meio da redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios;

deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade;

os preceitos constitucionais deverão ser interpretados tanto explicitamente quanto implicitamente, a fim de colher-se seu verdadeiro significado.

A aplicação dessas regras de interpretação deverá, em síntese, buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua, adequando-se à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas.

Não se duvida, portanto, que a interpretação das normas constitucionais constitui forte mecanismo de garantia da supremacia da própria Constituição Federal, pois, por meio dela, analisa-se a necessária compatibilidade de uma lei ou de um ato normativo com a Magna Carta e, conseqüentemente, garante-se maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas.

Então, a hermenêutica constitucional existe para a interpretação das normas constitucionais e como método auxiliar de controle de constitucionalidade de lei ou atos normativos, no sentido da verificação de adequação destes com a constituição federal, mediante análise de seus requisitos formais e materiais, além do que, no Brasil, o controle de constitucionalidade repressivo é misto: concentrado e o difuso.

4. Coisa julgada inconstitucional e o seu limite de aplicação

De início, para que se admita a aplicação do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, imperativa é a análise de alguns aspectos jurídicos relativos ao controle de constitucionalidade repressivo.

Nesse diapasão, ressalta-se que o controle de constitucionalidade em seu momento repressivo (ou jurisdicional) se dá pelos métodos concentrado (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade; Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão; Ação Direta Interventiva; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; e Ação Declaratória de Constitucionalidade) e difuso.

O método concentrado tem por objeto a lei ou ato normativo em tese, não situação concreta, por isso abstrato, cuja decisão será pelo Pleno ou Órgão Especial (artigo 93, inciso XI, Constituição Federal/1988²²). Já o método difuso é utilizado por juiz singular, mediante via de defesa contra lei ou ato normativo, em situação concreta.

Interessa ressaltar que hoje, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, apesar da decisão se dar no método difuso de constitucionalidade e, por isso, tratar-se formalmente de um processo subjetivo, quando ocorrida com composição plenária e com características do método concentrado, por possuir vocação evidente para generalizar-se a decisão tomada, gera fenômeno que já se denominou “objetivação do controle difuso de constitucionalidade”.²³

Assim, mesmo originalmente sendo processo subjetivo, será considerado como se objetivo fosse, diante das peculiaridades e efeitos inerentes gerados. Todavia, aqui, não é exatamente este aspecto que mais importa, mas a natureza do provimento: se de declaração de inconstitucionalidade ou declaração de constitucionalidade.

²² Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: XI nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

²³ JR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Refael. Curso de Direito Processual Civil, Execução. 5ª Vol. Salvador: Jus Podium, 2009. p. 373.

No julgado eventualmente considerado, deve-se verificar se houve ou não declaração de inconstitucionalidade.

Diz o artigo 741, inciso II e parágrafo único, do Código de Processo Civil:

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

II - inexigibilidade do título;

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (Redação pela Lei nº 11.232, de 2005).

Esse dispositivo merece interpretação. Antes, porém, cabe referir o que realmente significa interpretar. DE PLÁCIDO E SILVA²⁴ afirma que:

INTERPRETAÇÃO. Do latim *interpretatio*, do verbo *interpretare* (explicar, traduzir, comentar, esclarecer), é compreendido, na acepção jurídica, como a *tradução* do sentido ou do pensamento, que está contido na lei, na decisão, no ato ou no contrato.

(...)

Interpretação, pois, seja a respeito do que fôr, em seu sentido jurídico, exprime a *tradução*, a *revelação*, a *determinação* do pensamento ou da intenção contida em um escrito, para que se tenha a *exata aplicação*, originariamente desejada.

INTERPRETAÇÃO DA LEI.(...)

Assim sendo, em sentido amplo, a *interpretação da lei* deve também ser entendida como sua *adaptação* aos casos concretos, a fim de que, por essa forma, se obtenha uma justa aplicação dela, segundo pensamento originário do legislador.

²⁴ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Vol II, D-1. 1ª Ed. Rio – São Paulo: Forense, 1963. p. 852-853.

Dêste modo, também se tem a *fixação de sua inteligência verdadeira*, que não decorre simplesmente da obscuridade ou ambigüidade do texto, mas de seu *ajustamento exato* aos casos objetivos.

A interpretação da lei, consoante as fontes em que se firma, diz-se *autêntica*, *doutrinária* ou *judiciária*.

Autêntica, quando feita pelo próprio legislador ou pela autoridade que expediu o ato.

Doutrinária, quando promana dos estudos e pareceres dos juristas e jurisconsultos.

Segundo os elementos de que se utiliza o *intérprete*, se promove a interpretação pela análise das palavras contidas no texto, se pela perquirição de seu pensamento ou por uma investigação destes elementos associados a outros, ela se diz *gramatical*, *lógica* ou *científica*.

Judiciária, quando se fixa em conseqüência das sentenças e dos julgados proferidos pelos juízes e tribunais.

1. *Gramatical*. É a interpretação literal, fundada na própria significação das palavras, em que se expressa. É a *interpretação à letra* ou segundo a *linguagem* da própria lei. Por ela se procura o pensamento do legislador pela própria construção textual.

2. *Lógica*. É a que vai perquirir o *pensamento* do legislador, tendo por fim adaptar aos fatos ocorrentes, tomando-se em consideração os que ela rege, e a analogia e a semelhança entre êles. Consiste, na expressão de IHERING, em procurar o pensamento da lei, passando por cima das palavras.

3. *Científica*. É a que, associando os elementos gramatical e lógico, procura a exata inteligência da lei, tendo em vista a relação das palavras e do pensamento com a razão natural, justiça, ordem e bem geral, para atingir, por meio de legítimas e fundadas conclusões, o verdadeiro ou mais normal sentido do texto, e adotá-lo como sendo o que exprime a vontade do legislador.

É, assim, com o aproveitamento de todos os elementos de que pode dispor, que o intérprete, cientificamente, por meio de raciocínio, da análise, estudando a formação histórica da própria regra, compreende o melhor sentido da lei, para declarar o pensamento e o intuito do legislador.

(...).

E ao se atentar para o parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, verifica-se que a redação é sempre de cunho negativo: "... declarados **in**constitucionais ... ou fundado em aplicação ou interpretação ... tidas ... como **in**compatíveis com a Constituição Federal." Vale dizer: esse dispositivo não se aplica aos casos em que a regra não restou julgada inconstitucional ou incompatível com a Constituição Federal.

Conforme o dispositivo considerado, pela análise das palavras contidas no texto, acredita-se que a tradução do sentido ou do pensamento que está contido na lei (parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil), para que se tenha a exata e desejada aplicação, deve-se limitar às situações de controle concentrado quando ocorrer declaração de inconstitucionalidade (ou incompatibilidade decorrente de declaração de inconstitucionalidade).

Com isso ter-se-á sua adaptação e fixação de sua inteligência verdadeira aos casos concretos, com o fito de, por essa forma (ajustamento exato aos casos objetivos), obter-se justa aplicação, e, por meio das conclusões aqui expostas, atingir o que se entende como o verdadeiro sentido do texto, e adotá-lo como sendo o que exprime a vontade do legislador

Nesse sentido, crê-se que o parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil deve-se limitar às situações de controle concentrado quando ocorrer declaração de inconstitucionalidade, e salienta-se desde já a posição de que a possibilidade indicada de julgamento fundado em aplicação ou interpretação tidas como **in**compatíveis com a Constituição Federal também decorrem de eventual declaração de **in**constitucionalidade: incompatível diante da inconstitucionalidade declarada, sobretudo porque se cuida de regra restritiva de garantia fundamental (coisa julgada) que, por isso, exige interpretação restritiva. Até porque, como adverte PAULO ROBERTO DE GOUVÊA MEDINA²⁵:

... representando a via da impugnação ou a dos embargos à execução meios excepcionais que a lei expressamente acolheu, além ou à margem do processo tradicional da ação rescisória, parece claro que a exegese dos dispositivos correspondentes haverá de ser sempre estrita, como sói acontecer em todos os casos de direito excepcional.

Em princípio isso parece desimportante, contudo não o é, possuindo inclusive razão jurídica para assim ser disposto, porque, como afirma ALEXANDRE SORMANI, "... a desconsideração da coisa julgada **por completo**, permitindo-se a sua avaliação (se correta ou não, se justa ou não) traz conotações preocupantes,

²⁵ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Coisa Julgada: garantia constitucional. Revista de Processo, RePro 146, Ano 32, abril de 2007. Revista dos Tribunais. p. 21.

pois abre ensejo à total insegurança e à ruína do regime democrático”²⁶, ou, nos dizeres de ALEXANDRE ZAMPROGNO, a relativização da coisa julgada “... não pode ser tratada com tal simplicidade ... sob pena de se vulgarizar a utilização do referido instituto, proporcionando, inclusive, que as demandas judiciais se perpetuem em nossos Tribunais.”²⁷

Explica-se. Nosso sistema convive com ambos os métodos repressivos de controle de constitucionalidade: difuso e concentrado. Portanto, é possível que exista disparidade entre uma decisão em controle difuso e outra posterior no concentrado. Diante do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, essa situação admite convivência (manutenção de ambas as decisões) apenas quando o provimento no controle concentrado for de declaração de constitucionalidade (positivo), não quando o for de inconstitucionalidade.

É assim porque o Poder Judiciário possui como atuação atípica apenas a de legislador negativo, nunca positivo, sob pena de violação de cláusula constitucional da separação dos poderes. Aqui não se trabalha a excepcional hipótese chamada de ‘ativismo judicial’, porque entende-se não cuidar da situação posta neste texto. Conforme ensina LUÍS ROBERTO BARROSO²⁸:

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

(...)

Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.

(...)

Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria

²⁶ SORMANI, Alexandre. Coisa Julgada Inconstitucional. Revista da Ajufe, Ano 23 – Número 90. 2ª semestre/2008. p. 24.

²⁷ ZAMPROGNO, Alexandre. Meios Processuais para Descontituir a Coisa Julgada Inconstitucional. Interesse Público – Ano 5, nº 22, novembro/dezembro de 2003. Porto Alegre: Notadez. 2003. p. 95

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, p. 6, 17 e 19. Acessado em 19-06-2009.

capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui.

(...)

Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

Quando o Poder Judiciário, em atuação atípica, via método concentrado, declara inconstitucional lei ou ato normativo, esses são nulos desde o início - *ex tunc*, extirpando do sistema aquela base jurídica, apesar de haver possibilidade de se flexibilizar os efeitos concretos (inconstitucionalidade progressiva ou flexibilização temporal), mas isto não é a regra.

Refere IVO DANTAS²⁹:

Em outras palavras: se a inconstitucionalidade reconhecida em *Adin* gera a *inexistência ou nulidade absoluta* da Lei ou Ato, a rigor, não se haveria de falar em *Coisa Julgada Inconstitucional*, visto ser a mesma *uma expressão contraditória, porque inexistente*, tal como ensina *Cunha Peixoto*, citado por *Ada Pellegrini Grinover* em artigo intitulado *Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional, verbis*:

‘Em verdade, a hipótese é simples. Pretende a recorrente rescindir um acórdão que aplicou dispositivo legal posteriormente declarado inconstitucional. Ora, segundo nos parece, a lei inconstitucional não produz efeito e nem gera direito, desde o início. Assim sendo, perfeitamente compatível é a ação rescisória’ – conclui *Cunha Peixoto*.

(...)

Neste sentido, *Ada Pellegrini Grinover* no mencionado artigo, após proceder levantamento das posições jurisprudenciais do STF, afirma:

²⁹ DANTAS, Ivo. Da Coisa Julgada Inconstitucional (Novas e Breves Notas). Revista do TRT da 15ª Região, nº 25, 2004. p 261-262.

‘Transparece, assim, de todos os votos que enfrentaram a questão da inaplicabilidade da súmula 343 ao dissídio jurisprudencial em matéria constitucional, sua única motivação: a lei declarada inconstitucional pelo Supremo, com efeitos *ex tunc*, é nula e írrita. Se a decisão aplicou a lei, posteriormente declarada inconstitucional, aplicou lei nula e inexistente, e pode por isso ser rescindida.

O que equivale a dizer que a Súmula n 343 é tida por inaplicável quando a decisão rescidenda aplica a lei, por considerá-la constitucional, e posteriormente é ela declarada inconstitucional, com efeitos *ex tunc*.

Mas é evidente – continua *Grinover* – que o raciocínio não se aplica aos casos em que a decisão rescidenda julgou inconstitucional a lei, posteriormente considerada constitucional pelo Supremo.

Nesta hipótese, a posterior declaração incidental de constitucionalidade nada nulifica, não se caracterizando a categoria de inexistência, pelo que ficam a salvo da rescisória as decisões que, na constância do dissídio jurisprudencial, consideraram a lei inconstitucional’ – conclui.

Ocorrido isso (declaração de inconstitucionalidade), pelo Supremo Tribunal Federal, descabe ao julgador em controle difuso declarar aquelas mesmas regras constitucionais, porque senão estaria agindo como legislador positivo, já que, quando julgadas inconstitucionais, foram, em regra, eliminadas retroativamente do sistema legal.

Todavia, o contrário é perfeitamente possível. Quando o Poder Judiciário, via método concentrado, declara constitucional lei ou ato normativo, nada mais fez do que reafirmar a presunção de constitucionalidade já antes gozada pela regra, presunção inicialmente relativa, depois convertida em absoluta. Ou seja: a regra jamais deixou de ser constitucional (sempre foi constitucional), mudando somente a natureza da presunção: primeiro presunção relativa, que com a atuação via método concentrado tornou-se absoluta: a natureza da presunção nunca alterou a situação *perene* de constitucionalidade da regra.

Ressalta-se: diante disso vê-se que o sistema convive com regra constitucional (presunção relativa ou absoluta) e sua declaração de inconstitucionalidade, no caso concreto, via controle difuso. Caso contrário não haveria motivo para existir o controle repressivo difuso. Até porque aqui, há a regra, que é afastada apenas no caso concreto: a atuação aqui é de legislador negativo. Lembra-se: no Brasil adota-se o controle de constitucionalidade misto.

Por óbvio que isso se refere às situações já cobertas pelo manto da coisa julgada, porque as demandas ainda não julgadas em definitivo sofreriam o efeito *erga omnes* do controle concentrado.

Por isso que o artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, tem redação sempre com aspecto negativo. Esse dispositivo, portanto, somente pode ser invocado para atacar a coisa julgada inconstitucional quando o provimento emanado pelo Supremo Tribunal Federal for de declaração de inconstitucionalidade (ou incompatibilidade decorrente de declaração de inconstitucionalidade), pois nesse caso desaparece o fundamento de validade do sistema, e eventual decisão díspar provocaria atuação atípica de legislador positivo do Poder Judiciário. Apesar de se referir ao parágrafo 1º do artigo 475-L, tratando-se de situação legal semelhante a do parágrafo único do artigo 741, ambos do Código de Processo Civil, comunga-se dessa afirmação: “Não é toda hipótese de sentença inconstitucional que pode ser desconstituída com base nesse dispositivo.”³⁰ Ou como prefere OSCAR VALENTE CARDOSO: “... a relativização (ou flexibilização) da coisa julgada consiste no afastamento ou desconsideração desta, em algumas circunstâncias.”³¹, até porque, como adverte EVANDRO SILVA BARROS³²:

A elevação da coisa julgada ao nível constitucional demonstra a clara preocupação do legislador em assegurar a estabilidade das relações jurídicas, preservando as decisões judiciais de alterações que viessem a pôr em dúvida a autonomia do sistema; aliás essa garantia decorre também da tripartição dos Poderes, de sorte que cada um atue na esfera de sua competência.

Logo, também pelo viés de que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal/1988 - incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004), a teoria da coisa julgada inconstitucional recomenda interpretação restritiva.

Dessa forma, vê-se que o princípio da separação das funções Estatais deve servir de baliza para se relativizar a coisa julgada, inclusive para limitar sua aplicação.

³⁰ JR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Refael. Curso de Direito Processual Civil, Execução. 5ª Vol. Salvador: Jus Podium, 2009. p. 373.

³¹ CARDOSO, Oscar Valente. Repercussão Geral, Questões Constitucionais Qualificadas e Coisa Julgada Inconstitucional. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), 72, março – 2009. p. 73.

³² BARROS, Evandro Silva. Coisa Julgada Inconstitucional e Limitação Temporal para a Propositura da Ação Rescisória. Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 47. Revista dos Tribunais. ano 12, abril-junho de 2004. p. 55-56.

O posicionamento proposto, ao mesmo tempo, preserva a garantia fundamental da coisa julgada, o controle repressivo difuso de constitucionalidade e a presunção de constitucionalidade do artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, impedindo sua utilização sem limites. Inclusive, trazendo-se mais um argumento no sentido da necessidade de cautela ao se falar em relativização da coisa julgada, releva citar MAGNO FEDERICI GOMES e RICARDO MORAES COHEM³³, quando dizem que:

Além disso, deseja-se analisar a coerência da relativização da coisa julgada, pois ela vai de encontro à reforma processual instalada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Segundo o art. 5º, LXXVIII, CR/1988 (EC 45/2004), criou-se o direito fundamental de todos a um processo com razoável duração de tempo, ou seja, positivou o princípio da celeridade e da efetividade processuais, o que é contrário ao instituto da relativização, por ser mais uma forma impugnativa da decisão, prolongando o trâmite processual e impedindo a solução da controvérsia entre as partes.

Mais uma vez releva trazer PAULO ROBERTO DE GOUVÊA MEDINA³⁴ no aspecto em que apregoa:

Não se cuida de fazer apologia da *segurança jurídica* em detrimento da *justiça da decisão*. Trata-se, apenas, de preservar o respeito à solução definitiva do litígio, que tem na ordem pública o seu fundamento e na paz social o seu fim último.

CARINA BELLINI CANCELLA³⁵ afirma que: "... por meio do parágrafo 1º do artigo 475-L e do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, buscou solucionar o conflito entre os princípios da segurança jurídica (coisa julgada) e supremacia da Constituição ...", mas isso, acrescenta-se aqui, só se dará quando tratar-se de declaração de inconstitucionalidade, porque outras variáveis, também de índole constitucional, a exemplo do controle difuso, da garantia fundamental da coisa julgada e do princípio da separação das funções estatais, merecem valorização.

³³ GOMES, Magno Federici; COHEN, Ricardo Moraes. Relativização da Coisa Julgada: Teorias, Controvérsias, Dilemas e Solução. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. Ano IX, nº 53, mai-jun 2008. p. 84.

³⁴ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Coisa Julgada: garantia constitucional. Revista de Processo, RePro 146, Ano 32, abril de 2007. Revista dos Tribunais. p. 24.

³⁵ CANCELLA, Carina Belline. Da relativização da coisa julgada inconstitucional. Revista da AGU Ano VII nº 17, Brasília-DF. Jul./set. de 2008. p. 33.

Havendo declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo (que já era presumidamente constitucional), pelo Supremo Tribunal Federal, superveniente à decisão no controle difuso que entendera inconstitucional, verifica-se que, em suma, “no continente” (geral) a regra é constitucional, mas para as partes (conteúdo) é inconstitucional. Essa decisão não pode ser rescindida, porque quando no controle difuso foi julgada inconstitucional, o Poder Judiciário atuou como legislador negativo, o que é permitido pelo sistema. Assim, se definitivamente decidido, deve-se respeitar a coisa julgada, pois esta também é reflexo da supremacia da constituição.

Repete-se, visto sua pertinência e importância, ao citar Grinover, IVO DANTAS³⁶: “Mas é evidente – continua *Grinover* – que o raciocínio não se aplica aos casos em que a decisão rescindida julgou inconstitucional a lei, posteriormente considerada constitucional pelo Supremo.”

O contrário não é verdadeiro. Embora o controle difuso (conteúdo) entendesse constitucional enquanto a lei já era presumidamente constitucional, com a superveniência de declaração de inconstitucionalidade, o “continente” (geral) é esvaziado (nulo - nunca existiu - *ex tunc*) e, assim, a decisão no controle difuso dizendo constitucional geraria atuação de legislador positivo no caso concreto, pois inexistente a regra legal fixada entre as partes. Aqui sim, incabível manter a coisa julgada (ou o título judicial), uma vez que operada sobre decisão judicial substitutiva da atuação legislativa, ferindo outra cláusula constitucional: separação dos poderes ou funções estatais, hierarquicamente igual à garantia fundamental da coisa julgada, mas que, diante dos princípios da *unidade, da máxima efetividade ou da eficiência, da concordância prática ou da harmonização e da força normativa da constituição*, neste caso permite a relativização desta última, tudo em homenagem também à supremacia da Magna Carta.

Como diz RAUL MACHADO HORTA³⁷:

... é evidente que essa colocação não envolve o estabelecimento de hierarquia entre as normas constitucionais, de modo a classificá-la em normas superiores e normas secundárias. Todas são normas fundamentais. A precedência serve à interpretação da

³⁶ DANTAS, Ivo. Da Coisa Julgada Inconstitucional (Novas e Breves Notas). Revista do TRT da 15ª Região, nº 25, 2004. p. 262.

³⁷ HORTA, Raul Machado da. Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 239-240.

Constituição, para extrair dessa nova disposição formal a impregnação valorativa dos Princípios Fundamentais, sempre que eles forem confrontados com atos do legislador, do administrador e do julgador.

Algo constitucional (geral) poderá ser inconstitucional entre as partes (legislador negativo); porém não poderá algo inconstitucional - geral (nulo; inexistente) ser considerado constitucional entre as partes, porque nesse caso o Poder Judiciário seria legislador positivo.

Repete-se: em verdade esse mecanismo de interpretação aqui utilizado permite preservar tanto a presunção de constitucionalidade da regra trazida pelo artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, quanto a garantia fundamental da coisa julgada (artigo 5º, XXXVI, Constituição Federal/1988), portanto atendendo aos princípios constitucionais da unidade da constituição e da máxima efetividade ou eficiência e, sobretudo, da concordância prática ou da harmonização e da força normativa da constituição.

Com isso buscou-se interpretação constitucional realizada de modo a evitar contradições entre suas regras, atribuindo-se sentido com maior eficácia possível mediante coordenação e combinação dos bens jurídicos objeto de discussão, para se evitar o sacrifício total de um em relação ao outro e colhendo, dentre as interpretações possíveis, aquela que garanta maior eficácia e permanência da normas constitucionais.

É premissa básica que todas as normas constitucionais desempenham função útil no ordenamento, sendo vedada interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade. Ousa-se dizer que interpretação diferente aniquila o instituto da coisa julgada, que é eminentemente constitucional para, em outro extremo, ao mesmo tempo, chamá-la de inconstitucional: geraria a incabível antinomia interna da constituição.

Lembrando ALEXANDRE SORMANI³⁸:

Sabe-se, ao menos pela interpretação jurídica, que há uma harmonia sistêmica do ordenamento jurídico e o princípio da **unidade** da Constituição a confirma. Portanto, não é concebível, a princípio, que a Constituição proteja a **coisa julgada** que traga consigo uma decisão contrária à própria Constituição.

³⁸ SORMANI, Alexandre. Coisa Julgada Inconstitucional. Revista da Ajufe, Ano 23 – Número 90. 2º semestre/2008. p. 33.

Mas não se pode generalizar a interpretação do que é contrário à constituição, porque isso relativizaria demasiadamente a garantia fundamental da coisa julgada mediante regra infraconstitucional. Como ensina LUIZ GUILHERME MARINONI³⁹:

Diante disso, a falta de critérios seguros e racionais para a ‘relativização’ da coisa julgada material pode, na verdade, conduzir à sua ‘desconsideração’, estabelecendo um estado de grande incerteza e injustiça. Essa ‘desconsideração’ geraria uma situação insustentável, como demonstra Radbruch citando a seguinte passagem de Sócrates: ‘crês, porventura, que um Estado possa subsistir e deixar de se afundar, se as sentenças proferidas nos seus tribunais não tiverem valor algum e puderem ser invalidadas e tornadas inúteis pelos indivíduos?’.

Na verdade, tanto a garantia fundamental da coisa julgada como o controle de constitucionalidade possuem base constitucional, que não admite antinomias, pois “Em face do princípio da unidade da Constituição, não existe hierarquia entre suas normas, tampouco Direito Constitucional absoluto”⁴⁰.

Então, para sopesar a aplicação desses comandos constitucionais, é utilizado princípio da separação dos poderes (ou funções estatais), que é refratária à atuação legislativo-positiva do Poder Judiciário. E ocorrerá atuação legislativo-positiva somente quando houver declaração de inconstitucionalidade no método concentrado (ou como se concentrado fosse) e de constitucionalidade no difuso, não ao contrário.

Ademais, supremacia constitucional é regra de hermenêutica, a coisa julgada é garantia fundamental, e o princípio da separação dos poderes ou funções estatais é fundamento constitucional. A intangibilidade da coisa julgada não configura um princípio absoluto, devendo ser conjugado com outros e podendo sofrer restrições.⁴¹

Ambos - coisa julgada e separação dos poderes - são também instrumentos informadores ou condutores da exegese constitucional, a fim de manter a higidez ou supremacia constitucional. Portanto, aqui, mediante conjugação, o princípio da separação dos poderes, ao mesmo tempo, permite a relativização da coisa

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. Material da 7ª aula da Disciplina Processo Civil: Grandes Transformações, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual de Direito Processual: Grandes Transformações – UNISUL - REDE LFG. p. 2.

⁴⁰ CARDOSO, Oscar Valente. Repercussão Geral, Questões Constitucionais Qualificadas e Coisa Julgada Inconstitucional. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), 72, março – 2009. p. 73.

⁴¹ NASCIMENTO, Oscar Valder do. Por Uma Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005. p. 9.

julgada e limita sua aplicação: relativiza-se a coisa julgada, mas com limite. Lembra-se outra vez GOUVÊA MEDINA⁴², quando refere:

De outro lado, o risco de a coisa julgada contrapor-se à Constituição não será maior do que o de admitir-se seja ela ampla e ilimitadamente questionada, a pretexto de evitar a consagração de inconstitucionalidades. Notadamente no contexto de uma Constituição analítica, como a nossa, em que as questões, quase sempre, comportam enfoque constitucional, a ponto de tornar o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal medida corriqueira (e, com isso, sobrecarregar de processos a nossa mais alta Corte), esse risco não é desprezível. Ao revés, por si só evidencia que, na medida em que se flexibiliza a coisa julgada, admitindo sua revisão ante toda e qualquer arguição de inconstitucionalidade, na verdade põe-se em xeque o princípio da segurança jurídica que ela tem em vista preservar.

Por oportuno, acrescenta-se que não será qualquer provimento jurisdicional que autorizará a desconstituição da garantia fundamental da coisa julgada. Deverá ser aquele externado via controle concentrado (ou como se concentrado fosse) que declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, porque nesse caso (e somente nesse) é que a regra vergastada (ou o título judicial) nunca deveria ter existido. Ainda na esteira de LUIZ GUILHERME MARINONI⁴³:

Não há dúvida que, no direito brasileiro, entende-se, sem grande controvérsia, que a decisão de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, e assim retroage até o momento da edição da lei. Afirma-se, nesse sentido, que tal decisão não possui caráter desconstitutivo, e por isso não apenas revoga a lei. A sua natureza é declaratória, pois reconhece a nulidade da lei, vale dizer, um estado já existente.

E em nota de rodapé do trabalho acima referido, MARINONI⁴⁴ citando Clèmerson Merlin Clève, acrescentou que:

⁴² MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Coisa Julgada: garantia constitucional. Revista de Processo, RePro 146, Ano 32, abril de 2007. Revista dos Tribunais. p. 26.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. Material da 7ª aula da Disciplina Processo Civil: Grandes Transformações, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual de Direito Processual: Grandes Transformações – UNISUL - REDE LFG. p. 5.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. Material da 7ª aula da Disciplina Processo Civil: Grandes Transformações, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual de Direito Processual: Grandes Transformações – UNISUL - REDE LFG. Nota de rodapé. p. 5.

‘Encontra-se, hoje, superada a discussão a respeito dos efeitos produzidos pela decisão que declara a inconstitucionalidade de ato normativo, se *ex tunc* ou *ex nunc*. Já foi afirmado, quando tratou-se da fiscalização incidental, que influenciado pela doutrina e jurisprudência americanas, o direito brasileiro acabou por definir que a inconstitucionalidade equivale à nulidade absoluta da lei ou ato normativo’ (Clèmerson Merlin Clève. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995, p. 163).

O Ministro ARNALDO SÜSSEKIND⁴⁵ já disse que “... o caminho pode ser a mera resistência à execução ou mesmo uma ação específica, porque o que importa é a prevalência da orientação da Corte Suprema em temas constitucionais”, no entanto, afirma-se aqui, se no caso sob exame o Supremo Tribunal Federal não declarou a inconstitucionalidade de nada, não há que se falar em coisa julgada inconstitucional, pois se assim for não existiu reconhecimento da nulidade de lei ou ato normativo com efeitos *ex tunc*. A coisa julgada é garantia fundamental, que somente seria afastada quando o Poder Judiciário atuar como legislador positivo.

Vale ainda, por fim, citar PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, ao dizer que “A denominada ‘coisa julgada inconstitucional’ necessita de uma correta e detalhada disciplina infra-constitucional, sob pena de as primeiras boas intenções de abertura a respeito do tema cumprirem o real intento do autoritarismo e do arbítrio”⁴⁶.

CONCLUSÃO

Pela análise das palavras contidas no texto do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, entende-se que a correta aplicação deve se limitar às situações de controle concentrado quando ocorrer declaração de inconstitucionalidade ou incompatibilidade decorrente de declaração de inconstitucionalidade, porque a possibilidade indicada de julgamento fundado em aplicação ou interpretação tidas como **in**compatíveis com a Constituição Federal devem também decorrer de eventual declaração de **in**constitucionalidade, especialmente por ser regra restritiva de garantia fundamental que, por isso, exige interpretação restritiva.

⁴⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. Da coisa julgada inconstitucional. *Consulex*, Ano XIII nº 294. 2009. p. 62.

⁴⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Nova Execução de Títulos Judiciais e sua impugnação. Material da 3ª aula da Disciplina Teoria Geral do Processo e Recentes Inovações Legislativas, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual: Grandes Transformações – UNISUL – REDE LFG. p. 14.

Na verdade se está a fazer uma compatibilidade da redação do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil – presumidamente constitucional – com a garantia fundamental da coisa julgada (pois protegida pela Constituição Federal de 1988), com o objetivo de impedir que regra infraconstitucional a esvazie por completo.

Ao mesmo tempo, está-se a justificar e preservar a necessária convivência entre os controles de constitucionalidade difuso e concentrado, para que aquele não seja aniquilado, sobretudo quando coberto pela garantia fundamental da coisa julgada, e impedir rediscussão indefinida da matéria e causando insegurança (incerteza) jurídica e perpetuidade da relação jurídica, sobretudo porque a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal/1988 - incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Vale dizer: não se poderá, portanto, em toda e qualquer situação de controle concentrado (ou como se concentrado fosse), após operada a coisa julgada, desconstituir o título judicial, em princípio, imutável e indiscutível, exceto se isso se deu mediante declaração de inconstitucionalidade.

Em suma, é a idéia de continente e conteúdo: quando no continente (controle concentrado) houve declaração de inconstitucionalidade de regra, por ter sido extirpada do sistema jurídico, ao conteúdo (difuso) se mostrará vedado declarar-la constitucional, sob pena de atuação legislativo-positiva. Todavia o contrário é cabível: quando o continente (controle concentrado) declara constitucional e o conteúdo (difuso) declara inconstitucional, pois aqui será atividade atípica de legislador negativo. Tudo isso faz com que os controles concentrado e difuso convivam harmonicamente e preserve-se a garantia da coisa julgada e a presunção de constitucionalidade do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, mediante limitação de sua aplicação com base no princípio da separação dos poderes ou funções estatais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BARROS, Evandro Silva. **Coisa Julgada Inconstitucional e Limitação Temporal para a Propositura da Ação Rescisória**. Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 47. Revista dos Tribunais. ano 12, abril-junho de 2004.
2. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acessado em 19-06-2009.

3. CANCELLA, Carina Belline. **Da relativização da coisa julgada inconstitucional**. Revista da AGU Ano VII nº 17, Brasília-DF. Jul./set. de 2008.
4. CARDOSO, Oscar Valente. **Repercussão Geral, Questões Constitucionais Qualificadas e Coisa Julgada Inconstitucional**. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), 72, março - 2009.
5. DANTAS, Ivo. **Da Coisa Julgada Inconstitucional (Novas e Breves Notas)**. Revista do TRT da 15ª Região, nº 25, 2004.
6. GOMES, Magno Federici; COHEN, Ricardo Moraes. **Relativização da Coisa Julgada: Teorias, Controvérsias, Dilemas e Solução**. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. Ano IX, nº 53, mai-jun 2008.
7. HORTA, Raul Machado da. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
8. JR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Refael. **Curso de Direito Processual Civil, Execução**. 5ª Vol. Salvador: Jus Podium, 2009.
9. JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
10. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Nova Execução de Títulos Judiciais e sua impugnação**. Material da 3ª aula da Disciplina Teoria Geral do Processo e Recentes Inovações Legislativas, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual: Grandes Transformações - UNISUL - REDE LFG.
11. MARINONI, Luiz Guilherme. **Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**. Material da 7ª aula da Disciplina Processo Civil: Grandes Transformações, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual de Direito Processual: Grandes Transformações - UNISUL - REDE LFG.
12. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Coisa Julgada: garantia constitucional**. Revista de Processo, RePro 146. Revista dos Tribunais. Ano 32, abril de 2007.
13. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002.
14. _____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
15. NASCIMENTO, Oscar Valder do. **Por Uma Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.
16. PORTO, Sergio Gilberto. **Coisa Julgada Civil**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Aide. 1996.
17. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol II, D-1. 1ª Ed. Rio - São Paulo: Forense, 1963.

18. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Sentença e Coisa Julgada**. 2ª Ed. Porto Alegre: Safe, 1988.
19. SORMANI, Alexandre. **Coisa Julgada Inconstitucional**. Revista da Ajufe, Ano 23 – Número 90. 2ª semestre/2008.
20. SÜSSEKIND, Arnaldo. **Da coisa julgada inconstitucional**. Consulex, Ano XIII n° 294. 2009.
21. ZAMPROGNO, Alexandre. **Meios Processuais para Descontituir a Coisa Julgada Inconstitucional**. Interesse Público – Ano 5, n° 22, novembro/ dezembro de 2003. Porto Alegre: Notadez. 2003.