

A EFICÁCIA DA COISA JULGADA CONTINUATIVA EM FACE DE MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Ex-Professor de Processo Civil da Faculdade de Direito da UFC. Mestre em Direito Público (UFC) e Livre Docente em Direito Processual (UVA).
Notório Saber Jurídico pela Universidade Federal do Ceará. Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

1. BREVE INTRODUÇÃO

O tema deste estudo endereça as atenções à magna questão da supremacia constitucional, diante da afluência de normas que não se harmonizam com os conteúdos da Carta Política; a ideia de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos (pelo Poder Judiciário), *entre os quais as decisões emanadas das instâncias julgadoras*, pressupõe a ideia antecedente de supremacia constitucional, que por sua vez se apoia no dogma da superioridade das normas e dos princípios expressos e implícitos da Constituição, *toda vez que confrontados com qualquer outra norma posterior, geral ou específica, produzida por fonte que lhe é necessariamente subalterna*.

Bem por isso, o controle judicial de constitucionalidade das leis e dos atos normativos tem sido associado, às vezes de forma expressa e noutras vezes de modo implícito, às chamadas *Constituições rígidas*, ou seja, àquelas Constituições cujas disposições somente podem ser alteradas mediante processo de emenda que requer o atendimento de requisitos e formalidades especiais ou típicas, como leciona o Professor

Paulo Bonavides (Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 83); não se deve esquecer, por sua correlação com o modelo rígido de Cartas Políticas, que certas matérias constitucionais *não são alteráveis nem mesmo pela via de emenda ao seu texto – são as chamadas cláusulas petrificadas da Constituição*, ainda na lição do referido Mestre (op. cit., p. 200).

Mas essa correlação entre o controle de constitucionalidade das leis e as Cartas Constitucionais rígidas – conforme advertência do jurista Lúcio Bittencourt (1911-1955) – *não encontra eco na realidade*, porque, em não poucos países de Constituições rígidas, *inexiste essa forma de controle* e, em outros países de Cartas flexíveis, esse controle está, no entanto, presente (O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis, Rio de Janeiro, Forense, 1948, reedição do Ministério da Justiça, Brasília, 1997, p. 9).

O certo é que a necessidade do controle da supremacia da Carta Magna encontra as suas justificativas ou fundamentos primários em duas circunstâncias historicamente objetivas e inegáveis: (a) o reconhecimento, desde o Mundo Antigo, da existência de formas normativas de hierarquia superior, cuja continuidade cumpria preservar, como assinala o Professor Nelson Saldanha (Formação da Teoria Constitucional, Rio de Janeiro Forense, 1983, p. 125), e (b) a *pluralidade de fontes jurídicas normativas e ordenadoras* que caracteriza as modernas sociedades complexas.

Como todas essas *fontes normativas* estão igualmente habilitadas, pela lógica intrassistêmica do ordenamento, a emitir, concomitante ou sucessivamente, regras jurídicas válidas e imperativas, destinadas ao disciplinamento orgânico e ao regular funcionamento da macroestrutura social, é inevitável que entre os disciplinamentos positivos ocorram confrontos, para cuja solução a Ciência do Direito elaborou, no passado, técnicas eficazes para superar o conflito internormativo, como (i) a prevalência da norma de maior hierarquia, (ii) a primazia da norma mais

recente, ou (iii) a prioridade da norma de natureza especial.

Com efeito, a atividade dessas múltiplas fontes normativas (produzindo normas positivas) se encaminha a todo o universo componente da sociedade, que se referencia obrigatoriamente pelos padrões constitucionais, entendidos estes como *as grandes linhas estruturantes*, não só dos aspectos jurídicos, mas, sobretudo, dos *aspectos políticos* da vida social, consoante o jurista Cândido Motta Filho (1897-1977) analisa e demonstra, em monografia que precisa ser lembrada (O Conteúdo Político das Constituições, Rio de Janeiro, Borsoi, 1950), por isso que a Carta Magna é o *paradigma de validade* de todos os atos que lhe são posteriores.

Curial, portanto, nesse contexto, que a organização produtora de normas envolva a ocorrência de *desníveis normativos*, admitindo-se que *umas normas são superiores a outras, e que há uma norma pressuposta que é o fundamento de todas as demais, não estando esta apoiada em nenhuma outra que lhe seja precedente ou superior – essa norma pressuposta é a chamada Norma Fundamental*.

A Norma Fundamental tem uma conotação *quase mágica*, por se admitir que é nela que o ordenamento jurídico se unifica, vale dizer, por se entender que é nela que o sistema se identifica e obtém coerência, sem a qual se esfacelaria inevitavelmente.

Contudo, nos estudos tradicionais do processo – sobretudo do Processo Civil, na verdade a grande matriz das disciplinas processuais – os autores sempre capricharam em teorizar sobre a prevalência da Norma Fundamental sobre todas as outras, mas o centro das suas preocupações era a produção de leis (pelo Poder Legislativo) e a atividade administrativa (do Poder Executivo); prestava-se pouquíssima atenção à coisa julgada inconstitucional, porquanto se assinalava que a coisa julgada era coisa sagrada, ou seja, uma vez consolidado o julgamento judiciário, somente mediante rescisão (em casos específicos), poderia ser revisitado; fora dessa hipótese, não haveria força jurídica capaz de

desfazer, de alterar ou de desconstituir aquela solução.

Na raiz dessa concepção está a convicção de que a decisão judicial que se consolidou em coisa julgada passou por um longo percurso de discussão e de debate, na sua formação, com plúrimas oportunidades de detecção de desvios ou teratologias, por isso que, vencidas essas etapas, teria mesmo de ficar imune a questionamentos.

Nesse sentido, não havia a preocupação – pelo menos de forma expressa – com a correção ou o erro, a justiça ou a injustiça da decisão, nem mesmo com a sua adequação ou inadequação aos ditames postos ou ao espírito da Constituição, pois todos esses aspectos se tinham por superados, precisamente no iter de sua formação; repita-se: não havia, então, maior atenção ao controle de constitucionalidade da decisão trântita em julgado, pois o controle de constitucionalidade se exercia quanto aos atos do Parlamento (leis) e aos atos do Poder Executivo (atos administrativos), sendo muito rara – raríssima mesmo – a discussão de eventual incompatibilidade de decisões judiciais consolidadas com a Carta Magna, a não ser, evidentemente, como argumento (poderoso) durante o trâmite das ações e, excepcionalmente, por meio da via rescisória.

Mas a existência de coisas julgadas inconstitucionais é na verdade bastante antiga, tanto que sobre essa desafiadora questão, o mestre português Professor Paulo Otero elaborou uma monografia de grande prestígio entre os estudiosos desse tema (Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional, Lisboa, Lex, 1993), lançando, nesse oportuno livro, cortantes questionamentos sobre a prevalência dos preceitos constitucionais diante das decisões judiciais transitadas em julgado, apesar de em aberto desacordo com as prescrições da Carta Política, propugnando pela prevalência dessas prescrições, e anotando que as questões de validade constitucional dos actos do poder judicial foram objecto de um esquecimento quase total (p. 23).

Não se pode mais desconhecer que o impacto de uma coisa

julgada com as prescrições da Constituição é uma questão que precisa ser enfrentada com a devida objetividade, inaceitando-se a recusa pura e simples de sua discussão, com a superficial alegação de que a coisa julgada faz do preto branco, e do círculo um quadrado; a supremacia da Constituição precisa ser afirmada, mesmo quando a infração a esse superior valor político decorre de um pronunciamento judicial consolidado.

Contudo, não se há de ocultar – nem de minimizar – que o re-exame, com maior verticalidade, do problema (tormentoso problema, aliás) que nesse fenômeno se inscreve, afronta certas ideias de grande aceitação e maior resistência, dado o permanente prestígio do instituto da coisa julgada entre os Juristas, que o proclamam voltado, em linha de princípio, ao alto propósito de assegurar ad futurum (e mesmo ilimitadamente, no tempo) a força vinculante de uma solução jurisdicional dada em determinada relação litigiosa concreta, desde que tornada definitiva (sem possibilidade de revisão na via recursal), consoante assentado em lições doutrinárias que merecem as maiores reverências.

Não haverá exagero em se dizer que o instituto da coisa julgada assumia, na doutrina jurídico-processual tradicional, as feições de um autêntico dogma, ou seja, uma verdade que não se põe em discussão, à maneira de um axioma de natureza teológica (toda Religião tem os seus dogmas), tal como diziam os juristas romanos: *res judicata sacra est*.

O fundamento desse axioma era, sobretudo, a necessidade de estabilização das relações sociais e de pacificação dos dissensos, pela via jurisdicional, assegurando-se ao vitorioso na demanda a certeza da imutabilidade da sua vitória, em todo o tempo do futuro, assim lhe proporcionando a almejada segurança; portanto, a segurança jurídica era (e ainda é) o grande pilar de ferro que sustém o instituto da coisa julgada.

A montagem do cenário moderno de discussão da coisa julgada (e dos seus significados) remonta aos eruditos estudos do jurista alemão Friedrich Carl Von Savigny (1779-1861), no meio do século 19, mos-

trando que a *exceptio rei judicatae* do Direito Romano – ao contrário do que até então se dizia – não possuía apenas o efeito negativo de impedir a repositura de ação idêntica a uma anterior já julgada, mas acrescia a ficção de verdade jurídica, inerente ao julgamento, por isso que tutelava (já nos tempos romanos) o próprio conteúdo do julgado – *res judicata pro veritate habetur* – isto é, valia eficazmente contra todos (*erga omnes*), embora se deixando suspensa a questão de ser a sentença uma proposição lógica ou um ato de vontade. Essa questão continua em aberto.

A evolução posterior, principalmente com as contribuições dos mestres italianos Francesco Carnelutti (1879-1965) e Enrico Tullio Liebman (1903-1986), sobretudo este, que teve e tem imensa influência na conformação do sistema processual civil brasileiro, fez surgirem doutrinas jurídicas reexplicativas da coisa julgada, algumas delas atuando poderosamente na elaboração de Códigos de Processo, tanto na Itália, como no Brasil, até o advento de propostas mais ousadas, *contra aquela aludida sacralidade da coisa julgada*, abalando a sua intangibilidade e agregando-lhe certas fragilidades que confluíam, com o passar do tempo, para a ideia de sua *relativização*, ideia essa que ganhou adeptos ilustres, até mesmo nos ambientes acadêmicos mais refinados.

No contraponto, entre os autores nacionais mais recentes, o acatado Professor Celso Neves (1913-2006) dedicou à *res judicata* um estudo monográfico que se tornou referência (Coisa Julgada Cível, São Paulo, RT, 1971), no qual explica os seus fundamentos históricos e sociológicos, os seus aspectos culturais e a sua necessidade na função estabilizadora do Direito; o douto Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão, de igual modo, estudou a fundo esse instituto, produzindo também obra jurídica da maior suposição (Sentença e Coisa Julgada, São Paulo, Aide, 1992).

De lembrar, também, o eminente Professor José Ignácio Botelho de Mesquita, *infatigável e intransigente defensor das virtudes do Processo Civil*, também editou trabalho fecundo sobre esse assunto (A Coisa Julgada, São Paulo, Forense, 2006), criticando (com palavras veementes)

a inauguração da *estação de caça à coisa julgada, derradeiro bastião em defesa das liberdades civis contra as arbitrariedades do Estado no exercício da função jurisdicional*.

Os ilustres Professores Teresa Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina se ocuparam do tema (O Dogma da Coisa Julgada, São Paulo, RT, 2003), registrando com pertinência que *em passado recente a intangibilidade da coisa julgada se revestia de uma mística auréola de santidade*.

2. O SIGNIFICADO TRADICIONAL MEIO MÍTICO E MEIO SAGRADO DA COISA JULGADA

Pode-se dizer, numa síntese apertadíssima do percurso histórico do instituto da coisa julgada, que a sua compreensão absolutista – ou a sua mitificação, como a alguns parece ser a denominação mais adequada à indiscutibilidade e à imutabilidade da res judicata – provém, em primeiro lugar, da sua respeitável tradição, pois, no Direito Romano, como já mencionado, a sua eficácia era celebrada em verso e prosa.

A concepção romanista de coisa julgada passou-se para os sistemas jurídicos que recepcionaram o jus romanorum, no lento, fragmentário e desuniforme processo de formação das ordens legais do Medievo Europeu continental, conforme o jus-historiador John Glissen explanou e interpretou de forma reconhecidamente completa (Introdução Histórica ao Direito, tradução de Antônio Manuel Espanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2003).

Nas considerações desse acatado estudioso, bem antes de as legiões romanas dominarem extensos territórios no espaço europeu, e neles implantarem as suas instituições militares, administrativas, linguísticas, religiosas e sociais, os povos nativos (que os romanos chamaram de bárbaros), que aí se encontravam, possuíam os seus costumes, cultivavam as suas tradições e tinham os seus modos de organização social e econômica, que foram mais ou menos amalgamados com os dos seus

dominadores, assim se iniciando a famosa primeira fase de recepção do romanismo, acidentada, é verdade, mas constante e duradoura, produzindo certas instituições que assimilavam as coisas romanas, mas também, ao mesmo tempo e em certa medida, conservavam os traços autênticos ou as raízes originais e nativas.

Observe-se, contudo, que essas influências vêm atuando desde os primeiros contactos dos Romanos com esses povos bárbaros, embora muitos destes não tivessem nem mesmo desenvolvido a escrita, ou seja, estivessem na pré-história da civilização, adotando-se que o uso da escrita seja o divisor desses macropérios (pré-história e história); é evidente que as experiências jurídicas dos povos que não tinham escrita e, portanto, não deixaram registros dessas mesmas experiências, constituem um tema do mais elevado fascínio, mas também um problema quase que sem solução.

Caberia aqui, contudo, uma referência, brevíssima que seja, à parca influência das instituições romanas em geral – e do Direito Romano em particular – na ilha britânica, onde os formalismos escritos e os solenismos de Roma não foram absorvidos, pelo menos na extensão com que o foram no continente, tanto que ali, na ilha, floresceu uma outra família jurídica, que veio a ser chamada de common law, consoante explana René David (*O Direito Inglês*, tradução de Eduardo Brandão, São Paulo, Martins Fontes, 1997).

Mas outras instituições inglesas também ficaram de certa forma imunes à influência dos invasores romanos, como reporta Winston Churchill (1874-1965), o premier britânico durante a 2ª. Grande Guerra (1939-1945), e também ilustre historiador (*História dos Povos de Língua Inglesa*, tradução de Aydano Arruda, São Paulo, Ibrasa, 2005), mostrando como o sistema de liberdades e direitos se afirmou contra a Coroa ou contra o Estado, e não por concessões ou benesses deste; parece mesmo que as ideias de liberdade nidaram, historicamente, nos altiplanaltos da ilha, onde madrugaram as estruturas que viriam a gerar,

nos séculos seguintes, noções utilíssimas ao projeto de controle das prepotências dos príncipes, e isso já nos albores do século 13.

De todo modo, deve-se anotar que o dogma da supremacia da coisa julgada, de origem sabidamente romana, representa possivelmente o último instituto herdado do Direito pré-moderno a ser tocado pelos ventos da modernidade jurídica, pois já não provoca mais tanto espanto a superação do consensualismo contratual e da autonomia da vontade, tidos e havidos, durante largos tempos, como concepções jurídicas, capazes de promover o bem de todos, ou mesmo realizar a melhor justiça nas relações negociais, por isso que consideradas a pedra de toque do sistema social que veio a ser conhecido como liberalismo.

Sabe-se, por outro lado, que a fragilização desses conceitos privatísticos – outrora conceitos intocáveis, convém repetir – veio da afirmação das teorias explicativas das obrigações quase-delituais, cujas nascentes se acham nas elaborações doutrinárias dos juristas mais impressionados com a submissão da pessoa do devedor à tirania do credor.

Essas teorias desmistificaram completamente a suposição do contrato perfeito, fazendo desfilar nua na passarela da verdade a ficção de equidade entre o benefício do contrato e o consentimento do obrigado. Pode-se dizer, assim, que evolução parecida há de ser vista na atual concepção de que a coisa julgada, quando formada em adversidade à Constituição, deve ceder-lhe o passo, sob a pena de se ter de afirmar que a Constituição teria deixado de ser a *Lex Suprema*; mas quem se abalançaria a essa ousadia?

Mas o que importa frisar é que, para os juristas romanos – e isso parece inegável, ao menos para a grande maioria dos doutores – a coisa julgada tinha efetivamente um significado essencialmente negativo, ou melhor, obstativo da possibilidade de reprodução de uma mesma ação, embora depois se tenha procurado inculcar nesse instituto uma função positiva, atribuindo-se-lhe (também) a força de proteger o direito que fora reconhecido e proclamado na decisão. Dizia-se que o *decisum* cria-

va o direito do caso concreto e tinha, nos limites da lide (nos limites da questão de mérito, portanto), a mesma força de uma lei, como veio a ser assentado e positivado posteriormente.

O art. 478 do CPC de 1973 é um bom exemplo dessa orientação que afirma a supremacia da coisa julgada; ademais, se for recordado o fetiche jurídico que a lei representava (e ainda representa), mostra-se fácil entender como esse instituto se mistificou até às maiores alturas, parecendo até mesmo uma heresia investir-se contra um dogma, ou mesmo a simples tentativa de pô-la sob algum questionamento.

Porém, o superficialismo dessa proposição fica bem à mostra, quando se examina uma situação concreta em que um contrato, uma lei ou uma decisão judicial transitada em julgado se evidenciam afrontosamente infringentes de certos valores superiores – como a justiça, a equidade ou a Constituição – segundo o Professor Michael J. Sandel revela (Justiça, tradução de Heloísa Martins e Maria Alice Máximo, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2011, pp. 14 e segs.), expondo que o sistema das liberdades não leva as prerrogativas (direitos) dos indivíduos a uma altitude olímpica e suprema, onde não podem ser alcançadas pela realidade da vida social, ou onde ficam a salvo de cotejos com outros valores do sistema social.

Conviria sublinhar que a descoberta – ou a ênfase – do sentido positivo da res judicata deve-se a Savigny, como já assinalado, mas não se deve perder de vista que essa função positiva era auxiliar daquel'outra negativa, e que essa positividade sempre foi tida em menor conta, porquanto o efeito impeditivo de repetição de demandas foi o que empolgou (e ainda empolga) os estudos sobre a coisa julgada; aliás, esse objeto é de tão destacada importância, que se desenvolveu, paralelamente àqueles estudos histórico-jurídicos, uma verdadeira teoria (também de fundamentos romanos), para se afirmar a identidade de ações, exigindo-se que tenham as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, sendo certo que a análise de cada um desses elementos tem as

suas próprias singularidades e, às vezes, os seus tremendos tormentos.

Nas legislações medievais – é ainda do referido John Glissen a certa observação – o enaltecimento da coisa julgada se fez de maneira superlativa e exaltada, procurando-se atribuir-lhe uma força definitiva contra quaisquer inovações posteriores, quaisquer que fossem, mas sobretudo a inovação normativa, vista, coerentemente, como a mais perigosa adversária da *res judicata*; as famosas Ordenações do Reino de Portugal – para citar apenas esses monumentos da retórica jurídica, que vigoraram por tanto tempo no Brasil – são o exemplo mais próximo e eloquente dessa exaltação; cumpre anotar que, hoje em dia, há previsão constitucional (art. 5o., XXXVI) dispondo que nem a lei poderá desconstituir a coisa julgada.

Finalmente, essa ideologia de enaltecimento à coisa julgada assumiu, no CPC de 1973, as notas de imutabilidade e indiscutibilidade que lhe são postas pelo art. 467, em harmonia, aliás, com as lições dos mais consagrados doutores, dando-lhe uma espécie de supremacia ou imunidade quanto ao tempo e aos seus eventos posteriores, ideia tão acalentada, quanto contrária à realidade da vida humana e social, e às coisas materiais e incorpóreas que nela se produzem.

Mas essa compreensão (absolutista) da coisa julgada somente seria aceitável, e ainda assim apenas em tese, naqueles casos tópicos e singulares em que a sua eficácia se esgotasse instantaneamente, mediante a prática de um só ato, pelo sujeito passivo da obrigação jurídica acertada sob o seu comando; na verdade, a busca da metatemporalidade da coisa julgada, ou a sua força e eficácia no tempo interminável do futuro, carrega-se ainda de maior controvérsia, quando a declaração de certeza jurídica produzida no julgamento em que se formou prolonga-se na sua posteridade, ou seja, quando a relação jurídica é do tipo continuativo, cujo cumprimento somente se exaure na sequência do tempo.

De fato, não se pode esconder que, quando a solução judicial incide sobre uma relação jurídica cujo cumprimento se prolonga no

tempo (obrigação continuativa ou de trato sucessivo), fatalmente cairão sobre a res judicata inumeráveis e imprevisíveis alterações, impactando duramente os seus fundamentos e as suas bases fáticas e jurídicas, pois o tempo não pára, embora nunca envelheça: infelizmente, o tempo zomba das astúcias humanas que buscam aprisioná-lo e das casamatas blindadas que os homens esperançosos constroem, na tentativa (vão esforço) de esconder-se dele; o tempo, diz-nos o mestre Jorge Luís Borges (1899-1986), é o único problema metafísico do homem (História da Eternidade, tradução de Heloísa Jahn, São Paulo, Cia. das Letras, 2010).

Pois é nesse contexto que surge em cena a questão se saber-se como, e em que medida, essas alterações históricas inevitáveis atuam sobre a coisa julgada anterior a elas – ou se a res judicata sobrepairará acima dos efeitos dessas mudanças, refratária à sua força e indiferente ao seu poder modificativo, sublime diante do império da voragem do tempo, excluindo-se de sofrer os desgastes que atingem todas as coisas criadas – mas somente o Incrriado, o Senhor do Tempo, está para sempre imune à erosão que consome todas as coisas.

3. O CHAMADO MÉTODO DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E ATOS NORMATIVOS

São conhecidos dois modelos clássicos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público, geralmente analisados com precisão e detalhes pelos doutrinadores desse tema:

- (a) o modelo político – aquele exercido por intermédio do Poder Legislativo, ou órgão específico escolhido pelo Parlamento em colaboração com o Poder Executivo, e
- (b) o modelo judicial (nos modos difuso e concentrado) – o exercido por órgãos do Poder Judiciário, ou por Cortes especiais, geralmente de composição mista, integradas por Magistrados de carreira e juristas notórios, quase sempre com investiduras limitadas no tempo.

No Brasil, adota-se o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração, que se exerce, tanto por via de exceção (controle difuso), diante de qualquer órgão do Poder Judiciário, como por via de ação (controle concentrado), exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal, através de ação especial, prevista diretamente na Carta Magna (art. 102, I), por isso que se diz que se trata de um sistema complexo, peculiar ou cumulativo, que consorcia esses dois métodos de procedimento.

O método do controle *difuso* é praticado em todas as instâncias do Poder Judiciário, munidas da aptidão de emitir decisões de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, fazendo a supremacia da Constituição prevalecer nos julgamentos dos casos concretos que apreciam; até se diz que essa função é *inerente à própria jurisdição comum*, podendo (e mesmo devendo) ser exercida por qualquer Juízo (singular ou coletivo), seja qual for o seu nível, embora com variações procedimentais realmente relevantes.

A alegação de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em que se funda a ação ou a defesa contra ela é certamente a mais severa e radical que se pode fazer no curso de um processo – qualquer processo – por isso que se aponta esse método como *excepcional*, valorizando-se (sobretudo) a sua utilização *pela chamada via de exceção intraprocessual*, correspondendo a um *fundamento constitucional da decisão judicial*, sem equivaler, porém, ao objeto imediato do pedido do autor ou ao argumento central da resposta (resistência) da parte promovida.

Assemelha-se esse método a um verdadeiro *incidente*, ocorrente durante o trâmite da ação judicial, embora não se demande que a sua solução deva ser obtida em feito separado: esse método se contrapõe ao chamado *controle concentrado de constitucionalidade*, que se exerce, como já mencionado, mediante *ação própria*, como atribuição de um órgão específico (o STF), por isso que se denomina de *controle pela via da ação*, enquanto aquel'outro se realiza *pela via da exceção*.

O *controle de constitucionalidade das decisões judiciais* tem a mesma natureza, a mesma lógica e a mesma finalidade do controle que se exerce sobre os demais atos estatais (legais ou administrativos), já consagradas como características do Estado de Direito, *quais sejam: assegurar a prevalência da Constituição, promover a sua supremacia diante de quaisquer outras normas e estabelecer a coerência interna do sistema jurídico.*

Pelo controle difuso, deve o órgão judicial, *no exame objetivo de cada caso concreto apresentado à sua decisão, desde que regularmente instaurado processo em que o direito da parte envolva a aplicação de dispositivo da Carta Magna, negar aplicação imediata à norma legal havida por inconstitucional.* A doutrina do Direito Constitucional seguida no Brasil, graças à influência de Rui Barbosa (1849-1923), acolheu em grande medida as diretrizes essenciais da respectiva doutrina, desenvolvida nos Estados Unidos, e, no que respeita diretamente ao controle da constitucionalidade da leis, a construção devida ao Juiz John Marshall (1755-1835), da Suprema Corte daquele País, que dizia, enfatizando o papel do Judiciário no exercício dessa atribuição:

Essa teoria (a de que o Judiciário pode negar aplicação a leis inconstitucionais) é essencialmente ínsita às Constituições escritas e é, conseqüentemente, para ser considerada por este Tribunal como um dos princípios da nossa comunidade (*Obras Completas de Rui Barbosa, Questão Minas x Werneck*, MEC, 1980, vol. XLV, tomo IV, p. 207)

Registre-se, entretanto, nesse particular, que as Constituições Brasileiras *nunca atribuíram, pelo menos em termos expressos, o exercício do controle difuso da compatibilidade constitucional das leis aos órgãos jurisdicionais de Primeiro Grau*, mas somente aos Tribunais, tendo-se alvitrado, na vigência da Carta de 1891, que somente às Cortes de Justiça se reconhecia esse poder; essa observação, porém, não deve ser aceita

sem algumas reflexões, tendo-se em vista o art. 60, III, *a* da Primeira Carta Republicana.

Aliás, na Constituição Republicana de 1891, não se exigia *quorum* especial para declaração, pelos Tribunais, de inconstitucionalidade de lei, entendendo-se que esse aspecto é apenas de *técnica de julgamento*, mas os doutrinadores, já naquela época, não aceitavam sem oposição que a decisão do Tribunal, para declarar a inconstitucionalidade de uma lei, pudesse ser adotada por maioria simples.

Tanto é assim que, pelo Decreto 958, de 1902, depois renovado pelo Decreto 1939, de 1909, se passou a exigir, para o pronunciamento de inconstitucionalidade, o *quorum* qualificado de 2/3 dos Juizes das Cortes, o que perdurou até a Carta Política de 1934 que, no seu art. 179, instituiu o *quorum* de maioria absoluta, como permanece até hoje (art. 97 da Carta de 1988).

No que tange ao controle difuso da constitucionalidade, o Ministro Célio Borja já observou que *as Constituições Brasileiras não contêm disposição outorgante de tal função aos órgãos inferiores da jurisdição* (O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade, *in* A Nova Ordem Constitucional, Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 183), mas essa observação, *como já dito*, deve ser tomada com alguma cautela, pois o art. 60, III, *a*, da Constituição de 1891 dispunha competir *aos Juizes e Tribunaes Federaes processar e julgar as causas em que alguma das partes fundar a acção, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal*.

Entretanto, desafia realmente explicação histórica o motivo por que na Carta de 1891, em grande parte inspirada diretamente na Constituição Americana, *não se tenha incluído expressamente um dispositivo que autorizasse a todos os órgãos da jurisdição a inaplicação da lei considerada incidentalmente inconstitucional*, reproduzindo a norma do art. VI, parág. 2º., da Constituição Americana, que lhe serviu de modelo e que assim enuncia:

Esta Constituição e as Leis dos Estados Unidos que, na sua conformidade, vierem a ser feitas, bem como os tratados feitos ou que se vierem a fazer; sob a autoridade dos Estados Unidos, serão a suprema lei territorial e os Juizes em todos os Estados lhes estarão submetidos, ainda que a Constituição e as Leis de qualquer Estado disponha em contrário.

Possivelmente terá sido por cautela, *quicá algum temor quanto aos Juizes de Primeiro Grau*, que os constituintes republicanos omitiram essa previsão, *porém os mais eminentes Juristas daquele tempo cedo vindicaram, mesmo na ausência de dispositivo constitucional, o exercício do controle difuso da constitucionalidade das leis pelos órgãos jurisdicionais de qualquer nível*, argumentando, precisamente, que essa função era uma inerência da própria jurisdição.

Nas raízes da controvérsia está a disposição do Decreto 848, de 11.10.1890 (anterior à Carta Política de 1891), que organizou a Justiça Federal e, no seu art. 9o., II, parág. único, *instituiu o recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos Tribunais e pelos Juizes Federais dos Estados quando contrárias à Constituição*, daí se entendendo que os Juizes Federais poderiam aplicar diretamente as normas magnas, fazendo-as preponderar sobre as leis ordinárias.

O tema, então sumamente relevante, chegou mesmo a ser examinado pela Suprema Corte do País que, em histórica decisão, em 10.02.1897, numa das primeiras questões constitucionais submetidas à sua apreciação, proclamou que *os Juizes Estaduais, como os Federais, têm faculdade para, no exercício de suas funções, deixarem de aplicar as leis inconstitucionais* (Direito, vol. LXXIII, p. 140).

Por conseguinte, entre nós, o controle difuso da constitucionalidade, exercido pelos órgãos jurisdicionais de todos os graus, não resulta de uma *norma jurídica constitucional positiva*, qual se dá com esse mesmo controle pela Cortes de Justiça, *mas sim do princípio lógico-jurídico que afirma a supremacia da Lei Fundamental*. Mas, além desse

fundamento essencialmente doutrinário e histórico, de si já bastante para justificar o controle difuso da constitucionalidade das leis, outros podem ser igualmente considerados, como o da amplitude da jurisdição e o de que a Carta Magna, do mesmo modo que as leis que lhe são inferiores e posteriores, editadas na conformidade dos seus ditames, reconhece direitos, assegura garantias e integra a ordem normativa positiva, daí a sua invocabilidade imediata para reger situações concretas de conflitos jurídicos.

Longe de significar qualquer subtração ou redução da sua conspiciência normativa, a aplicação dos princípios da Constituição, diretamente em qualquer lide, em caso de impacto com qualquer outra norma jurídica, reforça a nota de sua supremacia e faz os seus comandos cada vez mais efetivos, aumentando a sua quota de autoridade. A doutrina que assim apregoa se formou, entre nós, na vigência da Carta Magna de 1891, quando RUI BARBOSA, tratando da questão do controle difuso da constitucionalidade das leis, mostrou que a questão constitucional é também uma questão de direito comum, passível, portanto, de submeter-se normalmente à jurisdição ordinária dos Juízes.

Já naquele tempo, se exigia, para a aplicação desse controle, que a alegação de inconstitucionalidade da norma legal fosse arguida em processo regularmente instaurado e que a incidência imediata e direta da regra constitucional fosse de todo indispensável à solução do litígio; se assim não fosse, deveria prevalecer a presunção de constitucionalidade da norma legal questionada. Ademais, a arguição de inconstitucionalidade deveria atender as regras específicas de sua cognição, máxime a que exigia, incontornavelmente, a aplicação direta de uma norma da Constituição, para que pudesse o Juiz afastar a aplicação da previsão legal dispondo de modo diverso, assim arrematando o notável jurista baiano a sua pioneira lição:

Regras todas essas consubstanciáveis numa só que aqui deixarei lançada, como

elemento concorrente com as premissas anteriormente fixadas para a minha dedução final. A inaplicabilidade do ato inconstitucional do Poder Executivo ou Legislativo decide-se, em relação a cada caso particular, por sentença proferida em ação adequada e executável entre as partes (*Obras Completas de Rui Barbosa, Atos Inconstitucionais*, 1893, p. 23).

Essa orientação Rui Barbosa a disseminou em vários dos seus escritos, discursos e peças processuais, daí se originando a doutrina brasileira do controle difuso da constitucionalidade das leis, hoje definitivamente inserida na cultura jurídica do País. Entretanto, advertia o insigne autor, o controle difuso da constitucionalidade *não acarreta a eliminação da lei do ordenamento jurídico*, apenas faz prevalecer, na solução do caso concreto, a autoridade da Constituição:

Uma coisa é declarar a nulidade. Outra, anular. Declarar a nulidade, isso o fazem os Tribunais, legitimamente, a respeito das leis ordinárias, quando inconciliáveis com a lei fundamental. Em tais casos, declarar nula uma lei é simplesmente consignar a sua incompatibilidade com a Constituição, lei primária e suprema. Não de o fazer, porém, na exposição das razões do julgado, como consideração fundamental da sentença, e não, em hipótese alguma, como conclusão da sentença e objeto do julgado (*O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional*, 1910, vol. I, p. 103).

No mesmo sentido doutrinava, naquela mesma altura, o eminente Ministro Pedro Lessa (1859-1921), do Supremo Tribunal Federal:

Ao julgar as acções fundadas em preceitos constitucionaes, violados por leis ordinarias, não deve a Justiça Federal declarar nula a lei increpada. A jurisprudencia norte-americana a esse respeito é bem conhecida: a Suprema Côrte Federal, observa Willoughby, não julga jámais nulla uma lei, apenas julga o feito, sem attender á lei inconstitucional, desprezando-a (*Do Poder Judiciário*,

Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1915, p. 138).

Esse controle difuso é também exercido – obviamente – pelo Supremo Tribunal Federal, pela via recursal extraordinária, por isso que incluído no *tipo difuso*, daí porque a decisão que se profere ser restrita, em princípio, às partes litigantes na ação, embora o critério da extensão do julgado (*eficácia inter partes*) não seja mais suficiente para o discriminar do tipo *concentrado*, pois a aplicação da eficácia da decisão judicial *ultra partes* parece ser uma tendência do Direito Processual contemporâneo.

4. ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E ATOS NORMATIVOS

BREVÍSSIMA REFERÊNCIA HISTÓRICA – Conforme registram os mestres especialistas, o início da história da positivação do controle concentrado de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, coincide com a promulgação da Constituição da República Austro-alemã, de 1º de outubro de 1920, devendo-se ao jurista Hans Kelsen (1891-1973) a sua formulação primária, por solicitação do Governo, como informa o Professor Mauro Cappelletti (1927-2004), no seu livro *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado* (tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre, Fabris, 1999, p. 68), e orientada, naquela altura, para a justificação da criação de um Tribunal Constitucional.

Para esse notável autor, *se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos; devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico* (Teoria Pura do Direito, tradução de João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fon-

tes, 2000, p. 186), sendo esse, na opinião de muitos, o mais importante contributo que o jurista austríaco legou à Ciência do Direito em geral e, particularmente, ao Direito Constitucional contemporâneo.

Na concepção de Kelsen, a decisão que se profere na ação de controle *tem natureza constitutiva*, o que seria, em linha de princípio, incoincidente com as concepções vigorantes em outros sistemas jurídicos europeus, *mas, mesmo assim, terminou se estendendo a outros países da Europa, e também aos Estados Unidos, que não possui Corte Constitucional que se afine com aquele citado modelo austríaco.*

No Brasil, a adoção da forma concentrada de controle de constitucionalidade tem a sua gênese na EC 16, de 26.11.1965, à Constituição Federal de 1946, que instituiu a *representação* do Procurador Geral da República ao STF, *contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual* (art. 2º, k).

A obra jurídica pioneira sobre esse tema é de autoria do Professor Alfredo Buzaid (1914-1991) – *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro* – publicada pela primeira vez em 1958 (São Paulo, Saraiva), analisando didaticamente essa representação, que para ele se configurava como *uma autêntica ação*; a denominação de *ação direta de inconstitucionalidade* veio, aliás, veio a ser assimilada na Carta de 1988; a esse estudo do Professor Alfredo Buzaid seguiu-se o do Professor Themístocles Brandão Cavalcanti (1899-1980) – *Do Controle de Constitucionalidade* (São Paulo, Forense, 1966) e, depois, vieram muitas e douradas contribuições de eminentes autores nacionais ao estudo desse importantíssimo assunto.

O (hoje superado) método da *representação ao Procurador Geral da República*, que vigorou por décadas, inobstante o seu inegável valor intrínseco, trazia o inconveniente de dar a esse órgão o monopólio da iniciativa do controle de constitucionalidade em abstrato, sendo essa a crítica mais severa que se lhe fazia, eis que a propositura da medida *terminava sendo uma decisão de ordem eminentemente administrativa e*

unipessoalizada, com os conhecidos inconvenientes que cercam todas as formas de concentração de poder.

Mas essa evolução, com a adoção de modelo mais aberto, quanto à legitimação para sua iniciativa, não afetou, porém, *salvantes situações de relevância menor*, a sua forma difusa, cujo exercício, como já dito, continua pertencendo a qualquer órgão do Poder Judiciário, *que o desempenha incidentalmente, em cada caso de per si (topicamente), e sem repercussão ultra partes*.

O grande risco que corre a forma concentrada de controle de constitucionalidade é (talvez) o perigo da sua banalização, ou seja, a sua ordinarização, podendo vir a perder a sua característica de ação excepcionalíssima; outra ameaça que parece rondar a forma concentrada de controle de constitucionalidade é certamente a tendência ao alargamento dos efeitos das decisões do STF, *produzidas em sede de controle difuso*, de certa forma concorrendo com os efeitos do método concentrado, com a aceitação de que possa a forma difusa produzir – automaticamente – os mesmos efeitos da forma concentrada, criando uma grossa confusão, quanto às potencialidades de cada uma delas.

Já se observa, aqui e ali, ilustres doutrinadores defendendo a possibilidade de certos julgamentos plenários do STF, *ainda que adotados em sede recursal extraordinária (modo difuso de controle de constitucionalidade)*, produzirem os mesmos efeitos vinculantes das decisões adotadas em sede concentrada; apesar de tal orientação prestigiar os conteúdos das decisões supremas, há de se levar em conta as peculiaridades de cada procedimento e, sobretudo, as suas singularidades, como a legitimação subjetiva ativa para a propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade, seja na sua modalidade *afirmativa* (Ação Direta de Constitucionalidade-ADC), seja na sua modalidade *negativa* (Ação Direta de Inconstitucionalidade-ADIN); talvez acarrete uma certa (e indesejável) *perversão do sistema* imaginar que procedimentos judiciais tão distintos (como o RE e as Ações Diretas) possam, num passe de

mágica, igualar-se quanto à produção de efeitos jurídicos.

De todo modo, para que uma decisão do STF seja vinculante e dotada de efeitos *erga omnes*, se não adotada em sede concentrada, se haverá de exigir que (pelo menos) contenha expressamente uma declaração nesse sentido, pois do contrário se poderá extrair *de qualquer decisão recursal do STF essa extraordinária e magnífica força*.

LEGITIMAÇÃO ATIVA – Convém destacar, sobremaneira, que a legitimação subjetiva ativa para a promoção dessas ações diretas de controle de constitucionalidade (ADC e ADIN) é conferida *diretamente pela Carta Magna* (art. 103., I a IX), enquanto a legitimação para *fazer subir ao STF um pedido de controle difuso (por meio de Recurso Extraordinário) pertence, de ordinário, à parte processualmente habilitada*, bastando que sejam implementados os pressupostos legais ou subconstitucionais; essa distinção constitucional parece, a todas as luzes, *relevantíssima*, porquanto, se for negligenciada, se estará descumprindo, ou mesmo fraudando, de forma oblíqua ou transversa, o *espírito da Constituição*, no que se refere àquela preferalada legitimação ativa.

Na verdade, quando a Constituição confere legitimação ativa para as ações de controle de constitucionalidade, *limita a sua iniciativa àqueles legitimados* e, por extensão, exclui quem quer que não esteja listado no dispositivo magno, pois esses mesmos legitimados estão indicados em *numerus clausus*; de acordo com o art. 103 da Carta Magna, podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; e IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Pode-se observar que *foi eliminada a exclusividade do Procurador Geral da República para a promoção da iniciativa de declaração de inconstitucionalidade*, situação que não tinha o abono unânime da doutrina, inclusive porque, ao reservar a essa autoridade o juízo de conveniência da arguição de inconstitucionalidade, de certa maneira afastava o controle jurisdicional da espécie, máxime quando o PGR tomava a decisão de não-promover o pedido, porquanto, por óbvio, não se poderia cogitar de representação subsidiária.

Referentemente à legitimação da Mesa de Assembleias Legislativas (inciso IV) e de Governadores (inciso V), detecta-se a *tendência* de exigir-se a demonstração de interesse direto ou imediato na declaração de inconstitucionalidade, o que obstacula, por exemplo, que a Mesa de Assembleia ou o Governador de Estado promova uma ADIN contra uma norma editada por outra unidade federada, *sem que esteja patente a vulneração (ou a ameaça de vulneração) a interesse ou direito integrante de sua órbita jurídica*.

Essa orientação é deveras salutar, porque evita promoções de ações de inconstitucionalidade por legitimados que carecem de atuação em nível nacional; finalmente, anote-se, quanto ao objeto da ADIN, que essa ação abrange as leis e os atos normativos federais e estaduais, enquanto se ressalta que a ADC *não abrange as leis e os atos dos Estados-membros*, mas somente os de hierarquia federal.

Com mais razão ainda se faz essa exigência à *confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional* (inciso IX), porquanto, a demonstração da chamada *pertinência temática* entre a lei ou o ato normativo visado na ação e os objetivos sociais da entidade promotora estabelece uma *filtragem preambular da legitimação*; inobstante, conforme acentua o Professor Ministro Gilmar Ferreira Mendes (Controle Concentrado de Constitucionalidade, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 101), essa orientação restringe o alcance da norma constitucional.

Alvitra-se, em razão disso, que os legitimados constitucionais

para as ações diretas de controle de constitucionalidade poderiam ser classificados em duas categorias:

- (a) os legitimados institucionais ou incondicionais, que seriam o Presidente da República (inciso I); a Mesa do Senado Federal (inciso II); a Mesa da Câmara dos Deputados (inciso III); o Procurador-Geral da República (inciso VI); o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (inciso VII); e o partido político com representação no Congresso Nacional (inciso VIII), e
- (b) os legitimados temáticos ou condicionais, que seriam a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal (inciso IV); o Governador de Estado ou do Distrito Federal (inciso V) e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (inciso IX), que se submetem à demonstração de interesse de agir na correspondente iniciativa.

Essa orientação não importa, contudo, como à primeira vista poderia parecer, em encurtamento injustificável do alcance da prerrogativa magna, mas certamente serve à disciplina do seu uso – e não do seu abuso – em benefício da racionalidade do próprio controle de constitucionalidade e da mais segura atividade da jurisdição constitucional.

EFEITOS DA DECISÃO EM SEDE JURISDICCIONAL CONCENTRADA – Deve-se dizer que os efeitos da decisão oriunda do julgamento de uma ADIN *dependem, em larga medida, da natureza jurídica que se reconheça àquela ação*, se declaratória, ou se de outra espécie (constitutiva ou condenatória); lembre-se que é próprio da decisão judicial declaratória que produza *efeitos retroativos* à data do ato que foi objeto de declaração (efeitos *ex tunc*, como se tem denominado), havendo quem sustente que essa é a orientação que há de prevalecer quanto à ação de inconstitucionalidade.

Entretanto, essa orientação, apesar de calcada em lições doutrinárias valiosíssimas, não poderá ser seguida sem ressalvas, porquanto a

possibilidade de *modulação de efeitos da decisão*, autorizada no art. 27 da Lei 9.868/99, *por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social*, passa a noção de que se trata de ação constitutiva, deixando-se de declarar a nulidade da lei objetivada desde o seu surgimento no mundo jurídico; sendo assim, a técnica da modulação preservará, em certos casos, a plena eficácia da lei, *mesmo tida por inconstitucional*, até o advento de certo termo prefixado na decisão.

Dest'arte, o STF, ao declarar uma lei inconstitucional, poderá definir a partir de qual evento (momento ou data) essa decisão cobrará eficácia (isso é a modulação), entendendo-se que, antes desse termo, a dita eficácia *estará suspensa* e, conseqüentemente, a lei produzindo os seus efeitos normais; ensinam os doutos que essa singularidade advém do *modelo austríaco ou kelseniano*, que não considera a lei inconstitucional natimorta, assim quebrando a tradição da natureza declaratória da ação de inconstitucionalidade, como explica o eminente Professor Paulo Bonavides (Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 308).

Mas talvez não seja necessário, apenas em razão disso, rever-se a doutrina da ação declaratória, nem afastar tal natureza da ADIN, sendo possível afirmar que essa técnica da modulação *não importa em negar que a lei inconstitucional seja nula desde o seu nascedouro, mas em afirmar a prevalência de certos valores (como a segurança jurídica, por exemplo), diante da declaração de inconstitucionalidade, embora não seja de fácil absorção, na seara do controle concentrado, a eventual categoria de leis ou atos normativos que sejam apenas anuláveis*.

EFEITO VINCULANTE – A decisão que proclama a inconstitucionalidade de uma lei possui a chamada *força vinculante*, que é a eficácia de se impor, incontornavelmente, a todos os juízos do País, de todos os níveis de jurisdição, incidindo, inclusive, na solução dos processos em andamento; a inobservância da força vinculante do julgamento concentrado

oportuniza a *reclamação* ao STF, procedimento de rito sumariíssimo, destinado a assegurar a autoridade das decisões dos Tribunais.

A natureza jurídica do instituto da reclamação, hoje com assento constitucional, daí a denominação de *reclamação constitucional* que lhe dá o Professor Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro, Porto Alegre, Fabris, 2000), ainda é objeto de alguma controvérsia, entendendo alguns que se trata de um recurso (Moacir Amaral Santos), outros de uma verdadeira ação (Marcelo Ribeiro Dantas), e outros, ainda, de um incidente de competência (Moniz de Aragão); sem mergulhar no âmago dessa erudita discussão, pode-se afirmar que a reclamação é *medida mandamental de proteção do direito subjetivo de petição* (Ada Pellegrini Grinover), porquanto se destina a promover a guarda da eficácia das decisões dos Tribunais.

A reclamação cabe, com efeito, em todos os casos em que a decisão judicial seja menoscabada – e não apenas nas hipóteses em que essa decisão seja adotada em sede de controle concentrado de inconstitucionalidade – embora nessa modalidade de decisão a atuação da reclamação *volte-se mesmo para a defesa da própria ordem constitucional ou para assegurar a inteireza positiva da Constituição*, como diria o Professor Luís Pinto Ferreira (1918-2009), de lembradas lições.

EFICÁCIA *ERGA OMNES* – Parece a alguns estudiosos que a eficácia *erga omnes* estaria ínsita no efeito vinculante das decisões concentradas de inconstitucionalidade e essa opinião não será desprezível; contudo, essa qualidade se ajusta melhor ao entendimento segundo o qual se pode proclamar que *a plena aplicabilidade dessa decisão independe por completo da atuação de qualquer outro órgão do sistema de controle, particularmente de Resolução do Senado Federal, que seria exigível, apenas, nos casos de decisões definitivas de inconstitucionalidade, dadas pelo STF, em sede recursal extraordinária* (art. 52, X da Carta Magna).

Deve-se entender que *nem todas as declarações de inconstitucionalidade*

lidade são aparelhadas do efeito vinculante erga omnes, senão somente aquelas adotadas em sedes concentradas, ou – e aqui se cria uma exceção – aquelas adotadas em sede difusa (recursal ou originária) que contenham declaração expressa nesse sentido.

OBJETO – O objeto do pedido de ADIN é *absolutamente restrito*, não comportando ampliação ou extensão, sendo cabível somente para controlar leis e atos normativos federais ou estaduais, contestados em face da Constituição; por conseguinte, como é óbvio, as leis e atos normativos municipais *estão fora desse controle*; por igual, também estão fora desse controle os atos normativos de hierarquia inferior, como as portarias administrativas, os regulamentos, os pareceres normativos e outros, cujos eventuais vícios serão de natureza infraconstitucional, não se elevando ao nível de infrações à Carta Magna.

5. AS DECISÕES PRODUTORAS DE EFEITOS INSTANTÂNEOS E AS QUE CARREGAM EFICÁCIA QUE SE DISTENDE NO TEMPO

Analisando-se a aptidão de uma coisa julgada para produzir efeitos jurídicos consistentes (ou seja, a sua eficácia jurídica), vê-se que duas ordens de repercussão ela é capaz de ensejar:

- (a) a obrigação imposta pela decisão judicial se cumpre (ou pode ser executada) mediante um único ato do obrigado (ou devedor) nela identificado, isto é, o efeito da decisão é (ou pode ser) imediato ou instantâneo, esgotando-se prontamente, pela exaustão do objeto da decisão, ou
- (b) o cumprimento da obrigação, pela sua própria natureza, se distende necessariamente no tempo, por se tratar de dever jurídico (ou obrigação) de trato sucessivo, isto é, dotada de eficácia prospectiva, a ser implementada em atos ou comportamentos posteriores.

Esses dois efeitos são os efeitos comuns das coisas julgadas que, uma vez conformadas, de acordo com as regras do sistema jurídico, somente podem ser desfeitas com o emprego de uma ação específica (a ação rescisória), cuja admissibilidade deve superar o rigoroso filtro legal que lhe é aplicável, por isso que essa ação se reveste de excepcionalidade, não se classificando como uma ação ordinária. A ação rescisória é velha conhecida dos processualistas, de modo que a sua doutrina é deveras assentada e a sua compreensão ainda se faz seguindo-se as lições dos grandes mestres do passado, apesar de repontarem, aqui e ali, certas sugestões para a ampliação das suas possibilidades, pelo menos para incluir a hipótese de injustiça da decisão.

Aliás, abrindo um breve parênteses, remarque-se, sobre o tema da rescisão do julgado por injustiça, que não se trata de assunto pacífico, sendo a orientação dominante, porém, no sentido de não admiti-la; contudo, relembre-se que o CPC de 1939 continha dispositivo expresso proibindo a rescisão da decisão judicial com fundamento na sua injustiça, vedação essa que não se reproduziu no CPC de 1973, o que estimula, sem dúvida, a especulação teórica sobre a permanência – ou não – daquela impossibilidade processual, não obstante a jurisprudência dos Tribunais proclamá-la, sem discrepâncias notáveis.

Refletindo sobre o não esgotamento instantâneo ou imediato dos comandos sentenciais, oriundos da incidência da norma sobre os fatos da controvérsia concreta, o Professor TEORI ALBINO ZAVASCKI, ilustre Ministro do STJ, observa, com inteira pertinência, que *não raro, eles têm aptidão para se projetar no futuro, para além, inclusive, do momento da sentença que os apreciou, e, por isso mesmo, podem sofrer mutações ou extinguir-se com o passar do tempo* (Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional, São Paulo, RT, 2001, p. 81).

Essa observação do mestre catarinense flagra às completas a relevância do problema e põe em evidência a necessidade de uma teoria explicativa da permanência – ou da adaptação – da coisa julgada em

face das inevitáveis mudanças factuais e jurídicas que sobrevêm à sua formação, *máxime quando se trata de res judicata cuja execução (cumprimento) se prolonga no tempo (coisa julgada continuativa)*.

Mostra-se relevante anotar que uma coisa julgada pode ser posta em contraste, em primeiro lugar, com outra coisa julgada *de mesma hierarquia*, digamos: uma sentença ou um acórdão que transitou em julgado, mas que a matéria neles versada veio a ser objeto de *outra ação*, entre partes distintas, afirmando-se, nesse novo julgamento, a tese jurídica contrária àquela do *decisum* anterior.

Nesse caso, segundo a melhor doutrina, a *res judicata* dantes formada não sofre nenhum tipo de efeito, em razão da superveniência da nova decisão que lhe é adversa, ou seja, a coisa julgada permanecerá tal e qual era, produzindo normalmente os seus efeitos, *não importando que esses efeitos sejam de natureza instantânea ou de natureza continuativa*, mas com a ressalva da ação rescisória, como é evidente.

Pode-se extrair a conclusão de que *a coisa julgada não é afetada pela superveniência de outra coisa julgada de mesma hierarquia, não importando, de forma alguma, que seja adversa ao seu conteúdo objetivo*; evidentemente – convém repetir – não se está cogitando de ação rescisória, mas de efeitos derivados direta e imediatamente da própria coisa julgada que se formou *a posteriori* e em adversidade àquela outra anterior.

Contudo, pode-se formar uma coisa julgada *cujas eficácia se distende no tempo*, ou seja, os seus efeitos se cumprem em momentos sucessivos e posteriores à sua formação, vale dizer, a sua eficácia vai além do tempo em que se forma; nesse caso, diz-se que a coisa julgada é *continuativa* e, embora não possa ser atingido o próprio ato que a exterioriza (sentença ou acórdão), por passado o lapso rescisório, por exemplo, os seus efeitos, porém, *podem ser afetados*, ou a sua execução, ou o seu cumprimento, podem ser atingidos *por outra coisa julgada posterior*, firmada em tese jurídica oposta.

Ocorrendo esse evento, qual será o destino da eficácia da coisa julgada precedente? Será que sobrepairá incólume, diante da (nova) coisa julgada afluyente, ou de qual efeito ou qualidade dessa (nova) coisa julgada dependerá a continuidade da eficácia da *res judicata* pretérita? Haveria, por ventura, alguma diferença a ser anotada, quando ao nível da coisa julgada nova, para que a sua influência sobre a coisa julgada precedente fosse essa ou aquela?

6. A COISA JULGADA DE NATUREZA CONTINUATIVA DIANTE DE DECISÃO CONCENTRADA ULTERIOR ADVERSA

Na sua citada obra ressalta o preclaro doutrinador Teori Albino Zavascki que um notável elemento complicador pode entrar no cenário das cogitações da eficácia da coisa julgada, observando pertinentemente que, *no que se refere especificamente às demandas que envolvem matéria constitucional, há um ingrediente suplementar nessa discussão: o do possível conflito entre o comando vinculante da sentença dada no caso concreto e o superveniente comando, igualmente vinculante, proferido em ação de controle abstrato de constitucionalidade dos preceitos normativos* (op. cit., p. 81).

Esse ingrediente suplementar é, na verdade, um elemento complicador de grande densidade e um dado doutrinário de elevadíssima importância na análise dessa temática, pois coloca no cenário da discussão da eficácia da coisa julgada a própria supremacia da Carta Magna, em face do contraste que se veio a revelar, pela força da *res judicata superveniente, formada em sede concentrada*.

Nesse quadro, talvez somente por inexplicável apego a uma abstração (grata abstração, sem dúvida), se poderia afirmar que *a realidade dos fatos e das relações jurídicas se curvaria aos comandos das sentenças, sobretudo daqueles que se prolongam na sua posteridade, pois isso equivaleria a dizer que seria possível ao homem criar uma entidade refratária*

ou imune aos efeitos do tempo, esse insaciável roedor das coisas – *tempus edax rerum*, como dizia o poeta Ovídio – mas é forçoso reconhecer que os seres humanos (infelizmente) não possuem essa inimaginável potestade.

Na verdade – é ainda do Professor Teori Albino Zavascki a precisa anotação – *podemos identificar algumas notas distintivas entre (a) a função jurisdicional comumente exercida pelo Poder Judiciário na solução de conflitos de interesses concretizados e (b) a que se desenvolve nos processos de controle abstrato de constitucionalidade* (op. cit., p. 42); essas notas distintivas a que alude o mestre projetam inevitavelmente diferenças de vulto, a serem observadas nas futuras forças vinculantes ou eficácias respectivas, conforme sejam oriundas de julgamentos concentrados, ou de julgamentos sujeitos ao controle difuso.

Deve-se reconhecer, por conseguinte, que não ocorre *igualdade eficaz* entre a coisa julgada concentrada, produzida em sedes próprias, e a coisa julgada difusa, produzida em sedes jurisdicionais comuns, pelo que não se pode atribuir a ambas a mesma força vinculante, como se de decisões idênticas se tratasse; de outro lado, o dissenso jurídico entre uma decisão judicial *tomada em controle difuso de constitucionalidade*, e uma outra pós-adotada *em sede de controle concentrado*, dada a coexistência dos dois sistemas, leva o Jurista a uma inevitável *escolha de Sofia*:

- (a) deverá afirmar a prevalência da coisa julgada precedente, prestigiando a segurança jurídica, valor inegável do Direito, desprezando a decisão vinculante emergente, ou
- (b) afirmar a prevalência da decisão obrigatória posterior, prestigiando a força da decisão afluente e abalando a estabilidade das decisões judiciais trânsitas em julgado?

7. A NECESSÁRIA CONCILIAÇÃO DOS DOIS MÉTODOS DE CONTROLE

A conciliação entre os dois métodos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é uma necessidade, porque é igualmente evidente que os dois sistemas são indispensáveis, nas complexas sociedades atuais; é inegável, por outro lado, que a coexistência dos dois métodos – delicada convivência, deve-se dizer a bem da verdade – acarreta muitas vezes situações de conflito que cumpre equacionar e resolver.

Importa frisar, com apoio em lição do Professor Mauro Cappelletti, que ambos os sistemas (o difuso e o concentrado) demonstram idêntica vitalidade e se expandem constantemente (op. cit., pp. 68 e 74); mas se deve reconhecer que o modelo difuso mostra-se o que mais consentâneo, linear e coerente com as funções do Judiciário, qualquer que seja o nível do órgão que é convocado para aplicar o Direito ao caso concreto. Na verdade, convém recordar que é da própria essência da jurisdição escolher uma interpretação normativa entre várias teoricamente possíveis, e que essa escolha frequentemente enfrenta uma situação de confronto entre normas, não sendo raro que tal confronto se estabeleça com dispositivos constitucionais.

Esse conflito (ou a sua possibilidade) pode ser assim esquematizada, bem como apontada a técnica de sua solução:

- (a) o conflito ocorre entre normas de desigual hierarquia, caso em que a solução dará precedência à aplicação da norma de nível superior;
- (b) o conflito ocorre entre uma norma mais antiga e outra mais recente, quando terá prevalência, em regra, a norma mais moderna, salvantes a hipótese de ultratividade, em matéria penal, e o respeito às situações ditas consolidadas; e
- (c) o conflito entre uma norma geral e uma especial, devendo esta ter prioridade de aplicação ao caso concreto.

Por outro lado, deve-se considerar que a multiplicidade de órgãos da jurisdição (Juízos e Tribunais de todos os níveis) e, sobretudo, a liberdade de julgar de cada um deles, aliadas à eventualidade de um mesmo órgão, em fases diferentes de sua atuação, variar de entendimento sobre a prioridade de aplicação de certa norma, provoca uma verdadeira explosão de decisões divergentes, impondo a necessidade de sua sistematização, em benefício da integridade do ordenamento jurídico, sendo esse o fundamento do método concentrado de controle.

Nesse contexto, uma solução radical e menos refletida poderia indicar que o surgimento da coisa julgada posterior cortasse imediata e prontamente a eficácia de todas as decisões anteriores que fossem com ela incompatíveis, tendo em vista a conservação das pautas do ordenamento; essa sugestão, sem dúvida, é deveras atraente, e já teve oportunidade de ser afirmada em decisão judicial monocrática que mereceu confirmação em Tribunal Federal, mas não se poderá negar que enfrenta a oposição – consistente oposição – dos que defendem o primado da segurança jurídica, corporificada na coisa julgada, como um valor dos mais prezáveis do sistema, quando diante de uma decisão adversa posterior.

É preciso pontuar que a convivência dos dois modelos deve ser harmônica, por isso que um não pode significar a redução da utilidade do outro: assim, urge deixar claro que não é qualquer decisão posterior que tem a força de afetar a coisa julgada precedente, senão somente a que se forma em sede concentrada: se uma decisão posterior do STF, dada em sede difusa, apenas por ser adversa à coisa julgada precedente, zerasse imediatamente a produção de efeitos por esta última (cortasse a sua eficácia), haveria um duro golpe no controle difuso de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, pois todas as decisões com esse conteúdo ficariam automaticamente suspensas, porque sujeitas aos efeitos do controle concentrado futuro.

Cabe encontrar um meio caminho entre o modelo difuso e o

concentrado, pois que senão, toda vez que um Juiz de Primeiro Grau ou Tribunal de Segundo Grau deparar uma alegação ou uma arguição de inconstitucionalidade, haveria de decidir aguarde-se a jurisprudência do STF, o que seria a morte da jurisdição dos órgãos primários e secundários do Poder Judiciário. Seria um rematado absurdo.

Por conseguinte, se uma coisa julgada se formou – bem ou mal, certa ou errada, justa ou injustamente – a sua eficácia há de produzir os efeitos próprios da sua natureza, e os deverá produzir até que essa aptidão seja estancada por outra coisa julgada, mas desde que formada em sede concentrada, cortando o fluxo daquela prefalada aptidão, ou por meio da sua rescisão; contudo, os efeitos já produzidos, por óbvio, serão integralmente preservados, cessando a eficácia da res judicata somente para o tempo futuro, tratando-se de relação jurídica continuativa.

Assim, pode-se dizer que a coisa julgada (anterior) não sofre nenhum desgaste por força da nova coisa julgada (emergente), ainda que em sede concentrada, mas poderá deixar de produzir efeitos, se o seu conteúdo for incompatível com o conteúdo da coisa julgada posterior (afluente), obviamente se tratando de coisa julgada continuativa ou com efeitos que se prolongam no tempo. Outra situação, como é, evidente, decorre da procedência de pedido de rescisão do julgado precedente.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*, São Paulo, Aide, 1992.

BARBOSA, Rui. *O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional, 1910, vol. I.*

_____. *Obras Completas de Rui Barbosa, Atos Inconstitucionais*, 1893.

_____. *Obras Completas de Rui Barbosa, Questão Minas x Werneck*, MEC, 1980, vol. XLV, tomo IV.

BITTENCOURT, Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Rio de Janeiro, Forense, 1948, reedição do Ministério da Justiça, Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2008.

BORGES, Jorge Luís. *História da Eternidade*, tradução de Heloísa Jahn, São Paulo, Cia. das Letras, 2010.

BORJA, Célio. *O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, in *A Nova Ordem Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 1990.

BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro* – publicada pela primeira vez em 1958, São Paulo, Saraiva,

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre, Fabris, 1999.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do Controle de Constitucionalidade*, São Paulo, Forense, 1966.

CHURCHILL, Winston. *História dos Povos de Língua Inglesa*, tradução de Aydano Arruda, São Paulo, Ibrasa, 2005.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*, Porto Alegre, Fabris, 2000.

DAVID, René. *O Direito Inglês*, tradução de Eduardo Brandão, São Paulo, Martins Fontes, 1997.

GLISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, tradução de Antônio Manuel Espanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 2000.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1915.

MEDINA, Teresa Alvim Wambier e José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada*, São Paulo, RT, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*, São Paulo, Saraiva, 2001.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A Coisa Julgada*, São Paulo, Forense, 2006.

MOTTA FILHO, Cândido. *O Conteúdo Político das Constituições*, Rio de Janeiro, Borsoi.

NEVES, Celso. *Coisa Julgada Cível*, São Paulo, RT, 1971.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*, Lisboa, Lex, 1993.

SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*, Rio de Janeiro Forense, 1983.

SANDEL, Michael J. *Justiça*, tradução de Heloísa Martins e Maria Alice Máximo, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*, São Paulo, RT, 2001.