

## ENTRE O MAGISTÉRIO DA CONSTITUIÇÃO E A MAJESTADE DA COISA JULGADA – A DIMENSÃO JURÍDICA DA SEGURANÇA

Eliane Cristina Miranda Fernandes Barbosa \*

*"Ninguém cumpre a Constituição  
Mas todos acreditam no futuro da nação.  
Que país é este?"*

*Renato Russo*

### 1. Considerações iniciais

A questão da imutabilidade e da definitividade conferidas, após o trânsito em julgado, às sentenças que violem normas (as regras e os princípios) constitucionais, que a doutrina vem estudando sobre a rubrica de coisa julgada inconstitucional, é o objeto de nosso artigo.

Primeiramente, cumpre ressaltar que nossa abordagem acerca desse problema não será encaminhada no sentido de um estudo de caso. Será uma abordagem teórica, a qual buscará refletir acerca de como o pensamento doutrinário vem buscando equacionar a questão da inconstitucionalidade da sentença com status de coisa julgada, após a preclusão dos prazos para a sua desconstituição.

Entendemos que a relevância do problema da inconstitucionalidade da sentença com a formação da coisa julgada - a sentença estabilizada após os prazos rescisórios assinalados em lei para a sua desconstituição - cresce muito de importância pelos desdobramentos que acarreta. Tais desdobramentos se verificam não só na esfera processual, com a ausência de um mecanismo apto à desconstituição da coisa julgada após os prazos rescisórios, mas também na vida daqueles que estarão submetidos a essas decisões. Cria-se uma tensão em torno daquilo que se denomina por segurança jurídica, haja vista ser ela referenciada tanto à autoridade da Constituição, como à autoridade da coisa julgada, instrumento político-jurídico destinado à finalização de litígios.

Dentro da opção teórica para o encaminhamento de nossa reflexão, é necessário que preliminarmente definamos o sentido e o alcance dos três marcos

referenciais segundo os quais se discutirá a condição de possibilidade da estabilização, ou não, do julgado inconstitucional: a segurança jurídica, a Constituição e a coisa julgada.

## 2- A segurança jurídica

O percurso histórico do homem indica que a necessidade de associação foi fator preponderante para a formação dos primeiros agrupamentos humanos. Com o tempo, a complexificação da vida humana, bem como o aumento do contingente populacional, fez com que os grupos humanos se organizassem na divisão de tarefas, surgindo os agrupamentos politicamente organizados. Nestes, apareceram as primeiras instituições cuja função bélica possuía destaque, podendo-se dizer que visaram atender não somente às necessidades relacionadas à subsistência, mas ao imperativo da defesa e manutenção das comunidades, através da instituição de um poder hierarquicamente superior aos demais componentes do grupo, e que lhes conferia segurança.

Essa busca pela segurança se apresenta como um dos principais eixos não só do surgimento e desenvolvimento da sociedade, mas também do surgimento do próprio fenômeno normativo. Ainda que aquilo a se normatizar e a maneira de se normatizar possam variar e, efetivamente, variem em diferentes lugares, em diferentes épocas e até em diferentes épocas nos mesmos lugares, sempre houve algo que se queria assegurar. Nessa ordem de idéias, a partir do momento em que o Estado assume o monopólio das atividades normativas e jurisdicionais, atribuiu-se qualidade de “jurídica” à segurança, ou seja, uma particular maneira de se fazer e compreender as normas. Por isso, a expressão segurança jurídica, dentro dessa variabilidade de contextos sociais e políticos aos quais está associada, não pode ser definida como um conceito, ou seja, de maneira precisa e exaustiva, porque o seu conteúdo é indissociável dos valores que pretende assegurar e esses valores acompanham as marchas e mudanças que se verificam ao longo da história das diferentes sociedades. Assim, a segurança jurídica acaba por encontrar uma definição no campo das noções, porque, embora estas tenham consistência e abrangência naquilo que definem, tem uma elasticidade maior que permite, no caso específico da segurança jurídica, a sua inserção na própria dialética em que está envolto o processo histórico, político e econômico da sociedade. Dessa forma, é válido dizer que a expressão segurança jurídica aponta para uma segurança normativa - o que importa dizer, também,

assegurar juridicamente diferentes conteúdos, com diferentes finalidades e em diferentes épocas, desde que, tanto no que tange ao conteúdo, quanto à finalidade, essa segurança esteja referenciada a algum marco previamente escolhido.

As abundantes referências que vemos na prática e no pensamento do Direito à expressão “segurança jurídica”, não se têm feito preceder dos necessários debates em torno dos seus reais significado e alcance. Cria-se desse modo, um hiato hermenêutico, o qual, duplamente reforçado pela combinação entre a cogência inerente ao direito e o discurso retórico de seus operadores, transforma essa expressão em uma moldura que sobrepõe sua importância à do quadro que enfeixa. Assim, repete-se “segurança jurídica” à exaustão, mas, quanto ao que ela de fato é, repete-se apenas o silêncio.

A par do que dissemos, a expressão “segurança jurídica” não pode repousar tão somente na coerência interna do próprio sistema jurídico. Ao contrário, deve ela ser coerente com os valores sociais, políticos e econômicos que pretende assegurar, os quais não surgem dentro do direito, mas sim fora dele. Tais valores determinam os bens que receberão o status de “jurídicos”, a serem resguardados por meio do instrumental respectivo, e com isso os objetivos a serem alcançados pela aplicação do direito, seja diretamente, seja por meio de processos judiciais. Tudo isso de acordo com um documento formal que é o elo entre o político e o jurídico, ao qual denominamos Constituição. Dessa forma, entendemos que “segurança jurídica” é uma expressão que deve exprimir, no limite, um grau de coerência intrínseco às sentenças proferidas, qual seja, a coerência constitucional.

Ao entendemos segurança jurídica como uma noção, pretendemos situar esse entendimento dentro do viés que Gaston Bachelard<sup>[1]</sup> deu à epistemologia, ao tratar do conhecimento como um processo criativo de superação de obstáculos à evolução do pensamento. Assim o fazemos porque, se tratada como noção, a segurança jurídica não se erigirá à condição de obstáculo epistemológico, incrustado “no conhecimento não questionado”<sup>[2]</sup>, ou seja, na persistência daquilo que confirma um saber institucionalizado. Este está sempre sob o risco de se tornar conservativo, na medida em que se utiliza repetidamente das mesmas práticas, porque, como observa Bachelard, “chega o momento em que o espírito prefere o que confirma seu saber àquilo que o contradiz, em que gosta mais de respostas do que de perguntas”<sup>[3]</sup>.

Para nós, segurança jurídica é uma noção<sup>[4]</sup>, a ser assim entendida sempre que referendar aquele conjunto de compromissos fundamentais que encontram na Constituição brasileira sua expressão escrita e sistematizada, e que se traduzem nos princípios fundacionais da estrutura jurídico-normativa de nosso Estado.

## 2. Constituição

Nossos primeiros passos nas salas de aula do curso de graduação em direito nos apresentam a uma gama de noções e informações que, a partir de sua apreensão e compreensão, produzem, como um caleidoscópio, infinitas combinações que nortearão o futuro operador do direito no cotidiano de seu mister.

Dentre essas noções e informações que se vão acumulando na mente do graduando, uma em particular se destaca, situando-se no próprio marco inaugural dos cursos de Direito: a Constituição é a norma jurídica primordial. Essa lição, solenemente proclamada aos acadêmicos da Ciência Jurídica ainda no alvorecer de seus cursos, e repetida à exaustão, dentro e fora da academia, reclama, porém, apesar dessa repetição – ou até mesmo por causa dela - que não descuremos de um aspecto fundamental: situar sua abrangência, alcance e sentido, enquanto alicerce da construção do ordenamento jurídico e vetor de sua aplicação. Enfraquecida em uma ou em ambas essas dimensões intrínsecas, a Constituição pode até mesmo ser uma palavra de forte impacto em discursos vários, mas, coberta por um véu de significações difusas, periga de, afinal, muito pouco ou nada significar de efetivo, além de um álibi político-jurídico utilizado casuisticamente. Dizendo em outras palavras, dá-se à Constituição, de modo consciente ou inconsciente, uma utilização ideológica. Nunca é demais repisar que uma das funções primordiais da ideologia - numa acepção clássica, mas às vezes esquecida desse termo - é criar uma falsa representação da realidade, mediante um discurso cuja coerência lógica interna oculta sua inconsistência com a realidade a que se refere, assim nos fazendo raciocinar a partir dele e não sobre ele. Esse deslocamento de perspectiva pode agir sobre ambas as faces do fenômeno constitucional: o discurso que se faz sobre a realidade da Constituição, e o discurso que a Constituição faz sobre as realidades sociais cuja modificação é a razão de sua elaboração e o destino para o qual foi promulgada.

Primeiramente é preciso, ainda que em brevíssima síntese, que busquemos o como e o porque da legitimidade da supremacia das normas constitucionais sobre as demais normas do ordenamento jurídico. Em sendo assim, podemos inicialmente observar que ao conjunto de convicções políticas que forneceram, em horizontes temporais e espaciais distintos, as bases para o estabelecimento dos diversos modelos societais, J. J. Canotilho designa por “movimentos constitucionais”<sup>[5]</sup>. Segundo Norberto Bobbio, foi na tradição do pensamento político inglês que se cunhou a expressão constitucionalismo: “dá-se o nome específico de constitucionalismo ao conjunto de movimentos que lutam contra o abuso do poder estatal”.<sup>[6]</sup>

Historicamente, podemos observar que a emergência do constitucionalismo moderno<sup>[7]</sup> esteve indissociavelmente ligada à idéia de limitação de poder<sup>[8]</sup>, estruturando, graças a essa limitação, as relações de direitos e liberdades entre governantes e governados por sobre uma base de direitos e de liberdades garantidas a estes últimos. Afirma Canotilho que não há que se falar em um constitucionalismo único que possa enfeixar todas as teorias dos diversos movimentos constitucionais: em “termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês)”<sup>[9]</sup>.

As Revoluções americana e francesa podem ser consideradas os marcos inaugurais do constitucionalismo moderno, na medida em que produziram os primeiros documentos escritos formais, aos quais se deu o nome de Constituição<sup>[10]</sup>, onde foi desenhada a arquitetura institucional do poder político, definindo-lhe os respectivos limites. E, particularmente, procurando-se fixar, além desse limites, os grandes princípios de direitos e liberdades dos indivíduos, surgindo como algo novo e diverso da organização da sociedade política anterior.

Ao longo da história do constitucionalismo contemporâneo, diferentes arranjos daquelas conjunturas, que principiam no século XVIII e, consoante às transformações da “engenharia” político-social, se estendem até o nosso século, demonstraram que nem sempre a história começa quando entramos nela. O caso da estrutura político-jurídica brasileira é um exemplo disso. Herdamos dos colonizadores lusitanos um modelo que não acompanhou as transições que ocorreram na Europa ocidental entre os séculos XV a XVIII, ou seja, do regime feudal para o capitalista e o liberal. Embora tenha tido um papel importante quando das conquistas ibéricas, por temer a reforma protestante Portugal distanciou-se do

ideário renascentista e das transformações materiais advindas do capitalismo liberal, ficando em posição coadjuvante relativamente ao desenvolvimento europeu.

Sob o ponto de vista econômico, o liberalismo era a proposta que se apresentava como modelo de superação do colonialismo. Entretanto, cabe aqui uma importante ressalva: o liberalismo, implantado a partir da Independência como modelo do Estado Brasileiro, não adveio de um amadurecimento histórico-político que desaguou em processo revolucionário como aconteceu na Europa, onde o Estado Liberal teve sua gênese<sup>[11]</sup>. Consoante Antonio Carlos Wolkmer, o liberalismo brasileiro atendeu a uma paradoxal conciliação entre “formas liberais e conteúdo oligárquico”<sup>[12]</sup>. Assinala Décio Saes que, nesse peculiar regime, as oligarquias “definiam a democracia como uma espécie de clube aristocrático do qual as massas rurais e urbanas deveriam ser descartadas em virtude de sua ignorância, incapacidade e imaturidade”<sup>[13]</sup>.

As peculiaridades do liberalismo brasileiro podem ser também aplicadas ao nosso constitucionalismo. Este não teve como premissa a luta contra o absolutismo monárquico por uma classe emergente – a burguesia. O constitucionalismo brasileiro foi um exemplo emblemático de uma união entre liberalismo e patrimonialismo que moldaria a cultura jurídica nacional no século XIX, sendo que, no final deste, em oposição às doutrinas jusnaturalistas até então dominantes, surgem expressões do positivismo que encontraram na Escola de Recife um núcleo de bastante relevo.

Portanto, o modelo constitucional brasileiro não teve um ponto de partida dissociado da velha metrópole. Ainda que formalmente independentes, parecíamos ter interiorizado a servidão, e nosso constitucionalismo refletia isso de alguma forma. Não só as Constituições de 1824 e 1891, como também a Constituição de 1934 – esta última uma consequência da revolução de 1930 e precursora dos postulados do constitucionalismo social - refletiram muito mais os interesses das elites do que a vitória de reivindicações oriundas de movimentos sociais, que pudessem ser relacionadas ao incremento de direitos voltados para aquilo que é hoje comumente chamado de “cidadania”.

Essas considerações acerca do constitucionalismo brasileiro têm por objetivo evidenciar os motivos pelos quais nossa Constituição, malgrado seu *status* de sede principiológica, ainda se encontra distante de desempenhar o papel de traçar o desenho fundamental do que seria nossa comunidade republicana. Tal exílio deita raízes na manutenção de todo um arsenal político-institucional e cultural

que (ainda) continua proporcionando supremacia à legalidade dos códigos, em detrimento da legitimidade constitucional. Essa inversão - a legitimidade sendo suplantada pela legalidade - é materializada por decisões judiciais inconstitucionais, algumas perpetuadas pela formação daquilo que se convencionou chamar de "coisa soberanamente julgada"<sup>[14]</sup>.

Não se podem dissociar da hermenêutica constitucional as diversas influências, políticas, ideológicas e de formação jurídica, que cercam os operadores do direito, juízes inclusive, no seu mister. Não nos cabe, nesta quadra, enumerar de forma pormenorizada essas vicissitudes. Pretendemos, então, fazer uma pequena digressão entre duas correntes que balizam o cenário hodierno da hermenêutica constitucional: o procedimentalismo e o substancialismo, bem como sobre as diferentes nuances que uma e outra dão à questão da segurança jurídica.

Está nas bases da discussão entre procedimentalistas e substancialistas, com reflexos sobre jurisdição e legislação, o debate constitucional sustentado pelos que consideram a Constituição um instrumento apto apenas a definir competências e regular procedimentos<sup>[15]</sup>, e os que defendem a idéia do uso substancial do texto constitucional. Estes últimos colimam fazer dos princípios democráticos mais do que simples disposições normativas erigidas à galeria dos dogmas com pretensão de definitividade, facilmente desmentidos pela confrontação da realidade a cuja aplicação se destinam.

Para os defensores da corrente procedimentalista, a Constituição é um instrumento de garantia de competências e procedimentos bem aos moldes do Estado mínimo de ideologia liberal. A segurança jurídica assume um viés formal, tolerando que os direitos e garantias preconizados no texto constitucional possam vir a ser, de fato, um elenco esvaziado de conteúdo. Alias, ressalte-se, subjacente à corrente procedimentalista está todo um ideário liberal cujo Estado pelo qual propugna estará, por assim dizer, separado da sociedade e, por isso mesmo, distante das questões de concretização dos postulados constitucionais.

A postura substancialista, afinada com uma idéia de democracia<sup>[16]</sup> no Estado de Direito, não vê a Constituição como uma pauta de procedimentos e direitos formais. Correlacionando a expansão dos direitos fundamentais com os deveres do Estado de implementá-los, a postura substancialista não erige os direitos fundamentais em uma mera declaração solene de postulados genéricos e

ideais. Muito além disso, reclama a criação de condições de possibilidade desses direitos e, em conseqüência, das transformações preconizadas pela própria Constituição. A segurança jurídica é aqui entendida como uma prerrogativa não formal, mas material, como garantia de que a análise do caso concreto será calcada na ponderação dos princípios e regras constitucionais, irradiando destas um dever genérico de segurança, que é o de observância de sua força normativa. Esta depende, no dizer de Konrad Hesse, "não apenas de seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur verfassung*)"<sup>[17]</sup>.

A instituição do Estado de Direito esteve condicionada a influências históricas e políticas bem demarcadas, enfeixando mais do que um conceito jurídico puro e simplesmente. Foi também um dos instrumentos da luta política da burguesia contra o Estado absolutista centralizador, patrocinando uma idéia de subsunção da legitimidade à legalidade, traçando uma linha divisória entre o Estado e a sociedade, ou seja, a igualdade política e a desigualdade social<sup>[18]</sup>.

O Estado de Direito, com algum nível de preocupações sociais, mais tarde denominado *welfare state*, tem sua gênese em uma contradição. A burguesia revolucionária, que empreendera uma luta para a derrubada do absolutismo sob a promessa de uma sociedade igualitária, empreendeu o que só pode ser considerado como um modelo jurídico de pura ficção, deitando suas bases, como já dissemos, em uma igualdade formal, na garantia da liberdade, propriedade privada e segurança individual, com uma visão de cidadania individualista. Todas essas contradições, quais sejam, a instituição de um estado de direito que acabava por legitimar apenas as aspirações e desejos de uma classe, a burguesia, deixando uma massa trabalhadora em segundo plano e, por isso, afastada da emancipação social e econômica, criando desse modo as condições institucionais de uma verdadeira dissensão social, levam ao surgimento, no plano fático, de imensos descontentamentos. Esses embates encontram arrimo, no plano teórico, no pensamento de Karl Marx, dentre outros autores que o precederam e o sucederam. De fato, como sublinha Canotilho, essas lutas não se subsumiram apenas ao interior das diversas correntes do pensamento marxista, ainda que tenham sido irreversivelmente influenciadas por este último:

*"Independente da adesão aos postulados marxistas, a radicação da idéia da necessidade de garantir o*



*homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade”.*<sup>[19]</sup>

No cenário que se desenvolveu sob a dupla pressão das imensas contradições geradas com o crescimento do capitalismo sob os regimes liberais, de um lado, e do avanço socialista, de outro, surgem os assim chamados direitos sociais, constitucionalmente consagrados, como uma forma de não verem os liberais, temerosos das conseqüências decorrentes das desigualdades agudas que foram criadas, o feneçimento total de suas aspirações individualistas. Não sendo possível resistir, transigir foi a saída liberal para não sucumbir.

Referindo-se a essa transformação de Estado puramente liberal em Estado liberal com algum nível de preocupações sociais, Paulo Bonavides observa:

*“O Estado Social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo no Ocidente o distingue, desde as suas bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva à sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia”.*<sup>[20]</sup>

Nesse contexto, a segurança jurídica, em substituição à segurança individual, tão cara aos modelos liberais, com base na legalidade estrita, pressupõe a legitimidade como centro da superação ideológica do liberalismo, consagrando novos tipos ou versões de direitos fundamentais, que, a falta de terminologia mais precisa, são denominados como difusos e coletivos. Por conseguinte, não apenas alça a Constituição ao vértice do ordenamento jurídico, constituindo-a como a referência da própria noção de segurança jurídica, mas atribui-lhe, por igual, um conjunto complexo de aspectos diferenciados, porém interligados. Como estatuto político-jurídico, define a estrutura do Estado e as funções governativas, o modo de exercício do poder e os limites respectivos, e as relações entre o estado e a sociedade civil, bem como a moldura jurídica das relações internas a esta última.

Mas, ao fazer tudo isso, vai além da pura norma em sentido formal: seu conteúdo está voltado à viabilização do conjunto de compromissos sociais fundamentais que nela encontram sua expressão escrita e sistematizada, e que se traduzem nos princípios fundacionais da estrutura jurídico-normativa.

Entendemos, pois, que o instituto processual da coisa julgada, quando formada a partir de sentença inconstitucional, deve ser situado dentro dessa visão da Constituição como uma construção político-social que surgiu no longínquo século XVIII, atravessou os séculos e chegou até nós como possibilidade real de constituir, com sua força normativa, o ainda hipotético Estado Democrático de Direito, e não “uma espécie de latifúndio improdutivo”<sup>[21]</sup>, como diz Lenio Luiz Streck. Esse é o viés em que pretendemos situar o instituto processual da coisa julgada, quando inconstitucional.

### 3. Coisa julgada

A partir do momento em que o Estado assume o poder de decidir os litígios, a solução desses últimos deixa de atender a fins exclusivamente privados e pontuais, transformando-se em instrumento de ação estatal dirigido à preservação de determinados parâmetros societais. A integração entre aquilo que a norma prescreve abstratamente e seu atuar materialmente é o que denominamos processo, ou seja, a atividade que faz atuar o prescrito pelo ordenamento jurídico nos casos levados ao Estado para a sua apreciação, por meio do Poder Judiciário.

O processo, fenômeno dinâmico, caminha forçosamente para uma decisão do conflito, tornando imutável a solução ditada pelo órgão judicial depois de exaurida a atividade jurisdicional. Como é consabido, a característica fundamental da jurisdição, e uma das suas principais diferenças em relação às outras funções estatais, a legislativa e a administrativa (ou executiva), é a imutabilidade dos atos praticados pela primeira, em face da mutabilidade típica dos atos praticados pelas outras duas. Isso ocorre porque, estando a função jurisdicional dotada do poder-dever de dirimir os conflitos surgidos no corpo social, precisa imprimir definitividade à resolução desses conflitos, por imperativo de manutenção daquilo que se convencionou chamar de “segurança jurídica”. No direito processual brasileiro, isso se dá pela imutabilidade conferida ao pronunciamento estatal denominado “sentença”, estabilizado pelo instituto da coisa julgada.

A tensão criada entre a autoridade da Constituição e a autoridade da coisa julgada, que está na base das discussões doutrinárias acerca da manutenção ou não desta última quanto oriunda de sentença inconstitucional, não prescinde que delimitemos o sentido e o alcance da proteção conferida pelo artigo art 5º, XXXVI de nossa Constituição, o qual estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A simples leitura desse dispositivo não deixa dúvidas quanto à garantia constitucional conferida ao instituto da coisa julgada. Entretanto, cumpre ressaltar que o lineamento do instituto é de índole jurídico-processual.

Entendemos que, tendo sido a coisa julgada disciplinada na Constituição brasileira em dispositivo único, cumulativamente com o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, logrou o legislador constituinte conferir proteção à coisa julgada em face de lei nova que viesse a disciplinar de modo diverso o assunto de que tratou a sentença, de forma a não alterar o conteúdo de relação jurídica já decidida e não mais sujeita a recurso. Um dos escopos da proteção constitucional é, assim, claramente, resguardar de inovações legislativas infraconstitucionais o conteúdo da sentença de mérito irrecorrível, o que não significa dotar de intangibilidade absoluta o instituto da coisa julgada. Este, sendo de índole jurídico-processual, não é disciplinado na Constituição, mas no Código de Processo Civil.

Buscando luzes no direito comparado para alicerçar nosso entendimento, trazemos à colação o lineamento do instituto no direito português. A Constituição brasileira, ao conferir proteção à coisa julgada, não faz qualquer ressalva à hipótese desta se operar a partir de sentença inconstitucional, como o faz, por exemplo, a Constituição Portuguesa<sup>[22]</sup>. E nem seria necessário, não havendo falar-se que a omissão, aqui, significa admissão. Já a Carta lusitana, na medida em que cria uma exceção ao mais básico dentre todos os princípios constitucionais e a mais geral de todas as regras, ou seja, de que somente é juridicamente válido aquilo que for conforme a Constituição, não pode deixar de ser absoluta e indubitavelmente explícita, já que tal exceção como somente poderia conter-se na própria Constituição - sob pena de inconstitucionalidade! Por essa diferença, em Portugal, mesmo as sentenças transitadas em julgado, ainda que fundadas em normas inconstitucionais - exceção feita à lei penal mais favorável ao réu - não podem ser desconstituídas. Como salienta o próprio Otero, o Direito

português “é processualmente incompleto quanto aos meios de garantia da Constituição perante decisões judiciais violadoras das suas regras e princípios”<sup>[23]</sup>.

Entretanto, entendemos que mesmo o ordenamento processual português não pode, por expressa menção constitucional, conter a previsão de tais mecanismos, porque tal previsão, por si só, já veicularia uma inconstitucionalidade. Em Portugal, e aí está a grande diferença entre as extensões dadas à coisa julgada pelas Constituições portuguesa e brasileira, ela é tida como um absoluto; acima, inclusive, do princípio da constitucionalidade, por expressa ressalva constitucional! A nossa Constituição, que não faz qualquer menção à situação da estabilização do julgado inconstitucional, deixa inquestionável a opção por garantir a coisa julgada constitucional e não inconstitucional. Nem há que se falar em um poder absoluto da coisa julgada como baluarte da certeza e segurança jurídica, porque a ação rescisória e o próprio lineamento do instituto na seara penal, não permitem que se possa emprestar toda essa magnitude à coisa julgada. Teríamos que pensamento diverso, dentro do ordenamento brasileiro, é inconstitucional. Por isso, afirma Eduardo Talamini que “*uma parte* das soluções que Otero busca construir o ordenamento brasileiro *já fornece*”<sup>[24]</sup> (grifos originais).

Como já antes aludimos, entendemos que a coisa julgada é um princípio constitucional, cujo escopo é o resguardo das situações constituídas, diante de lei nova que discipline de forma diversa a situação constituída. Entretanto, como também já deixamos consignado, a disciplina do instituto é de índole infra-constitucional. Não tendo a Constituição brasileira feito nenhuma ressalva ao julgado inconstitucional, como faz, no exemplo que demos no direito comparado, a Constituição portuguesa, fica evidente que ao abrigo da coisa julgada estão apenas as sentenças conformadas ao princípio da constitucionalidade. Entendida dessa forma, a coisa julgada é um aspecto daquela noção de segurança jurídica por nós desenvolvida ainda no primeiro capítulo, só podendo ser validamente entendida no contexto da submissão dos pronunciamentos jurisdicionais ao princípio da constitucionalidade. Pensar que a Constituição poderia proteger, sob o manto da imutabilidade, a coisa julgada que se operou ao arrepio de seus mandamentos e princípios, é o mesmo que pretender-se a convalidação, pela própria Constituição, da sua sentença de morte.

Segurança jurídica, Constituição e coisa julgada. Da conexão desses três temas nasceu a reflexão que foi o objeto da presente dissertação, na contingência de um elemento estranho a essa interseção: a sentença

inconstitucional com *status* de coisa julgada. Esta, pela definitividade com que reveste a sentença, expressa, ou deveria expressar, concretamente, o princípio da segurança jurídica. Não obstante, pode resultar o oposto: ao imprimir perenidade a um pronunciamento jurisdicional eivado de inconstitucionalidade, em verdade fragiliza o ordenamento jurídico, ao comprometer o seu principal pilar, que é a Constituição.

#### 4. Considerações finais

A Constituição de um Estado é um poder de comando que não pode ser desrespeitado, haja visto sintetizar um fenômeno maior de poder: o poder constituinte do povo, exercido por intermédio dos seus representantes, eleitos por ele para esse fim. Ainda que saibamos - e lamentemos - todas as dificuldades, deficiências e insuficiências inerentes a essa representação, não consubstanciando a democracia que desejamos, é ela a democracia que se tornou historicamente realizável, é ela a *Agora*<sup>[25]</sup> possível em nossa sociedade. Por essa razão, cabe-nos acatar e respeitar o produto dessa democracia que se fez factível, sendo preferível, à colher as oportunidades de destruí-la<sup>[26]</sup>, buscar as ocasiões de aprimorá-la. Acreditamos que uma ocasião excepcional seja precisamente essa: a de o poder judiciário, articulado pela própria Constituição como guardião da ordem que esta última institucionaliza, cumprir de fato, integralmente, a missão que tem de direito. Ou seja: decidir os litígios que lhe são propostos sempre a partir dos princípios constitucionais, e nunca contra eles ou fora deles. Isso de forma alguma diminui ou amesquinha a importância do trabalho hermenêutico do julgador, pelo contrário: quer na interpretação, quer na integração das normas e princípios de cuja aplicação está incumbido, compete-lhe promover a atualização de ambos à materialidade do caso concreto cuja solução lhe compete. Aqui repousa, de fato e de direito, a segurança jurídica da sociedade.

Por isso, defendemos que o relevante prestígio da coisa julgada não pode sobrepujar o prestígio ainda maior ínsito a Constituição. As sentenças de mérito com trânsito em julgado que veiculam uma inconstitucionalidade não podem atingir estabilidade. Não podemos falar em segurança jurídica quando a admissão da convivência com a inconstitucionalidade relega a efetividade constitucional a segundo plano, em prol de uma pretensa estabilidade. Ao assim fazer, cria-se um paradoxo e se esvazia o próprio conteúdo da segurança jurídica no Estado constitucional. Afinal, a Constituição é ou não a norma diretiva que preside todos os atos dos Poderes republicanos? Dentro dessa perspectiva, tendo a Constituição no

vértice de todo o ordenamento jurídico, não porque ela é uma norma transcendental, mas porque resume um conjunto de compromissos que vincula e distingue todo um modelo de sociedade, reiteramos, não se pode fechar os olhos às sentenças inconstitucionais. Ainda que estas possam se constituir em uma excepcionalidade, corre-se o grande risco de haver uma inversão de papéis, muito perigosa, representada pelo maior apego à positividade dos códigos do que à principiologia contida na Constituição.

Mesmo sabendo que o desfile de Constituições outorgadas e promulgadas ao longo de nossa tumultuada história político-jurídica, não tenha contribuído para sedimentar entre nós uma tradição forte de constitucionalismo, acreditamos que a discussão doutrinária acerca das sentenças inconstitucionais - e nessa direção encaminhamos estas nossas breves reflexões - não deve ser perspectivada no sentido da possibilidade ou não da quebra da coisa julgada, mas sim na impossibilidade de qualquer quebra do seu fundamento primeiro: a constitucionalidade. Coisa diversa, como já anteriormente referido, inverte a relação entre a criação e a criatura, definindo o alcance da criação pelo alcance daquilo que ela cria. Ou seja, invertendo a relação entre a Constituição e a coisa julgada.

Chegamos ao final deste modesto artigo sem a pretensão de ter esgotado tema tão complexo, mas buscando contribuir para aclarar o que consideramos um equívoco de perspectiva relativamente à discussão que propomos.

A lei diretiva de nosso Estado Constitucional é a Constituição e não a disciplina infraconstitucional da coisa julgada. São as normas constitucionais, que se constituem como vetores do ordenamento jurídico, que conferem a qualidade de jurídica à segurança e que devem estar subjacentes a todos os atos dos poderes da República. Vedar-se a reapreciação de um caso julgado inconstitucional apenas por uma questão de obediência a autoridade de uma regra infraconstitucional, que fixa um prazo para o exercício dessa desconstituição é assumir como possível deslegitimar os limites que a própria Constituição coloca ao exercício dessa autoridade. Reiteremos que a segurança jurídica é a segurança da Constituição e, portanto, não há que se falar em preservar a coisa julgada, mesmo inconstitucional, a título de preservar uma segurança que já foi prejudicada com a prolação da sentença inconstitucional. Isso seria conferir ao instituto uma qualidade absoluta que ele não ostenta no direito brasileiro.

Entendemos ser a maior contribuição que nosso artigo possa dar para a reflexão do problema, a de trazer para a seara constitucional a questão, porque a discussão em sede de doutrina tem resvalado para aferição da justiça ou injustiça da decisão como pressuposto da desconstituição da sentença. A definição de um conteúdo uniforme de justiça abrange um espectro enorme de teorias que ao longo da história procuram uma uniformidade para essa definição. Ora, as partes de uma demanda tendem a achar que fazer justiça é decidir conforme a pretensão por elas postas. Portanto, o vencido sempre achará que foi injustiçado. Acreditamos que as normas constitucionais, que são o paradigma que orienta e organiza política e juridicamente a nossa sociedade, é o parâmetro possível e coerente para a discussão e equacionamento do problema dentro do nosso Estado constitucional, e foi nesse sentido que o nosso artigo buscou contribuir para a discussão.

Entendemos, finalmente, que a despeito do casuísmo de algumas das suas disposições, ao afastar o autoritarismo militar de algumas décadas, a Constituição firmou um compromisso já em seu preâmbulo, instituindo um Estado Democrático, declarando expressamente o objetivo de “construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”<sup>[27]</sup>. É justamente na conversão dessas declarações em compromissos factíveis, que se encontra o *locus* do campo jurídico: traduzir, praticamente, aquilo que ainda paira, formalmente, como um vir a ser.

Guardemos esta antiga lição, que pode nos dizer muito da importância da força normativa da nossa Lei Fundamental: “*Pro captu lectoris habent sua fata libelli*” (“a sorte de um livro depende da capacidade dos seus leitores”) <sup>[28]</sup>.

---

#### NOTAS

[1] BACHELARD, 1996.

[2] BACHELARD, op. cit., p. 19.

[3] Ibidem.

[4] “Admitir uma definição de uma noção é, longe de praticar um ato indiferente, dizer o que estimamos e o que desprezamos, determinar o sentido de nossa ação, prender-se a uma escala de valores que nos permitirá guiar-nos em nossa existência”. Cf. PERELMAN, 1996, p.5.

- [5] CANOTILHO, 2003, p.51.
- [6] BOBBIO, 1992, p.15.
- [7] O constitucionalismo moderno teve influências mais vetustas, notadamente inglesas, podendo ser mencionados, como exemplos, a Magna Carta de 1215, a *Petition of Right*, de 1628, o *Instrument of Government*, de 1654 e o *Bill of Rights*, de 1689. Mais direta e proximamente, no caso dos Estados Unidos da América, podem ser citados os Contratos de Colonização de 1620 e as *Fundamental Orders of Connecticut* de 1639, e ainda a *Declaration of Right*, do Estado de Virgínia, de 1776, considerada um marco do constitucionalismo. Na França, ocupa lugar de destaque a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, documento que, sem ser uma Constituição propriamente dita, tem, no entanto, caráter pré-formativo da própria constituição, ao estabelecer um conjunto de valores básicos da sociedade francesa que a Constituição deveria refletir ao estruturar o Estado e ao definir as relações entre este último e a sociedade civil.
- [8] O Estado Moderno estabelece, paulatinamente, o fim da fragmentação medieval e a consolidação do absolutismo. O constitucionalismo é justamente o mecanismo que se opõe a esse poder absoluto ilimitado.
- [9] CANOTILHO, op. cit., p.51.
- [10] Conforme ressalta MIRANDA, 1996, p.32: “A constituição, que porventura tenha existido antes do século XVIII, era uma simples Constituição em sentido institucional, ou seja, aquilo que dava a configuração essencial da sociedade, distinguindo cada uma das restantes”.
- [11] A burguesia revolucionária que empreendera uma luta para a derrubada do absolutismo sob a promessa de uma sociedade igualitária, empreende um modelo jurídico de pura ficção, deita suas bases em uma igualdade formal, na garantia da liberdade, propriedade privada e segurança individual com uma visão de cidadania extremamente individualista.
- [12] WOLKMER, 2003, p.76.
- [13] SAES, 1984, p.48.
- [14] Após esgotado o prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação rescisória, conforme o disposto no art 495 do CPC, teríamos a coisa soberanamente julgada. Cf. MARQUES, 1986, V.3., p. 94.
- [15] A Constituição como documento formal de organização do Estado e de procedimentos de tomadas de decisão é a ideologia do liberalismo político.
- [16] Democracia tem aqui um sentido de integração dos cidadãos, diretamente interessados, às práticas, decisões, e até mesmo às indecisões, do poder político, as quais influenciam inexoravelmente em suas vidas.
- [17] HESSE, op.cit., p.21.



[18] CANOTILHO, op. cit., p. 109-110.

[19] CANOTILHO. op.cit., p.384.

[20] BONAVIDES, 1980, p. 184.

[21] STRECK, 2004, p.18.

[22] A Constituição portuguesa, no art 282, n.3, 1<sup>a</sup>. parte, expressamente ressalva da declaração de inconstitucionalidade, os casos julgados anteriormente, salvo a lei penal, em sentido amplo, mais favorável ao réu. Otero faz uma dura crítica a essa disposição, aludindo que: “com efeito, a referida disposição constitucional vem derrogar o princípio de que a validade de todos os actos do poder público depende de sua conformidade com a Constituição (=princípio da constitucionalidade), permitindo que passem a ser válidos casos julgados inconstitucionais, desde que à data da respectiva decisão judicial a norma aplicada não tivesse sido objeto de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral”. Cf . OTERO, op.cit., p.89.

[23] OTERO, op. cit., p. 32.

[24] TALAMINI, op. cit., p. 386.

[25] Praça central das antigas cidades gregas, onde se situava o local de reunião da *Ekklesia*, a Assembléia Geral de todos os cidadãos, os quais, no auge da democracia ateniense, consoante assinala Penteado, desiguais do ponto de vista sócio-econômico, mas iguais politicamente, discutiam de modo isonômico os assuntos mais importantes, dispondo do poder de decisão definitiva nos negócios públicos (2005, p.40). Mas, como observa esse autor, nem mesmo aí, entre os inventores da democracia e onde esta foi praticada do modo mais direto, houve democracia completa, já que dela estavam excluídos as mulheres, os escravos e os metecos (comerciantes estrangeiros residentes em Atenas).

[26] Se o fizermos, o que deixaremos em seu lugar, como fundamento de legitimação do exercício da autoridade?

[27] Cf art 3º da Constituição brasileira.

[28] Terentianus Maurus. De litteris, syllabis et metris, v. 1286, *apud* CASSIRER, 2003, p.145.

## BIBLIOGRAFIA

BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito Científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento*. Rio de Janeiro: Contra-Ponto, 1996. ok

BOBBIO. Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2<sup>a</sup>. Ed. Brasília: Editora da UnB, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASSIRER, Ernest. *O Mito do Estado*. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Códex, 2003, p.145.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. (*die normative kraft der verfassung*). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 8ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 1996.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

PENTEADO, Luiz Carlos de Barros. *Democracia em cinco tempos – a luta contra o Agora*. Rio de Janeiro: UFRJ/IFCS, 2005.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SAES, Décio. *Classe média e sistema político no Brasil*. São Paulo, T.A. Queiroz, 1984.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.76.

RESUMO: O propósito do artigo é o de refletir sobre como o pensamento doutrinário vem buscando equacionar a questão da inconstitucionalidade da sentença com status de coisa julgada, no que tange a problemas referentes a relação entre o Poder Legislativo, como Agora possível em nossos dias, e o Poder Judiciário, como guardião da ordem.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada, segurança jurídica, Constituição, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

\* *A autora é Advogada e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá.*

E-mail: [elianemb@bol.com.br](mailto:elianemb@bol.com.br)