



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Programa de Graduação em Direito

Efetividade da Constituição e coisa julgada inconstitucional

Leonardo Muhammad Luzente Paulo

Brasília

2024

Leonardo Muhammad Luzente Paulo

Efetividade da Constituição e coisa julgada inconstitucional

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pelo Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB).

Orientadora: Professora Doutora Paula Pessoa Pereira

Brasília

2024

FOLHA DE APROVAÇÃO

Leonardo Muhammad Luzente Paulo

Efetividade da Constituição e coisa julgada inconstitucional

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB).

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a. Dr.^a Paula Pessoa Pereira (Orientadora – Presidente)

Universidade de Brasília

Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão (Membro)

Universidade de Brasília

Prof. Dr. Paulo Mendes de Oliveira (Membro)

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Pe Paulo, Leonardo Muhammad Luzente.
Efetividade da Constituição e coisa julgada
inconstitucional / Leonardo Muhammad Luzente Paulo;
orientador Paula Pessoa Pereira. -- Brasília, 2024.
118 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de
Brasília, 2024.

1. Direito constitucional. 2. Direito processual civil.
3. Coisa julgada inconstitucional. 4. Efetividade da
Constituição. I. Pereira, Paula Pessoa, orient. II. Título.

À minha família.

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos são a parte mais ingrata da monografia. Com um singelo trabalho de conclusão de curso, é impossível se desincumbir do ônus de demonstrar a gratidão por aqueles que contribuíram à formação do graduando. Uma verdadeira prova diabólica. No entanto, seria pior se, com essa desculpa, eu deixasse de registrar a importância das pessoas que participaram da minha graduação e da minha vida, de um modo geral.

Assim, antes de tudo, agradeço a Deus pelo presente da vida e pelas inúmeras bênçãos, sem me esquecer da responsabilidade pelos privilégios imerecidos: a quem muito é dado, muito se lhe requererá (Lucas 12:48).

À minha mãe Amne, a mulher que me criou, exemplo de humildade e de persistência frente às adversidades. Não menos importante é a figura do meu pai Walter – meu primeiro e eterno professor –, que me ensinou o valor do estudo.

À minha avó materna Maria Auxiliadora, que nunca me deixou faltar coisa alguma, seja o café da manhã antes da aula, seja os conselhos sobre a vida. À minha avó paterna Natalina – a quem admiro pelo espírito competitivo e obstinado –, e que foi a primeira pessoa a me incentivar a estudar Direito.

Aos meus irmãos Samir e Isabella. Um me ensinou a lealdade e a coragem. A outra é quem sempre me acompanhou, como meu principal porto seguro.

Ao meu tio Amin, que foi um segundo pai para mim e para a minha irmã.

À minha querida Isabel, que me apoiou durante todo o processo de escrita deste trabalho, em especial pela paciência de escutar as minhas ideias sobre a monografia.

A todos os meus professores da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, na pessoa da minha brilhante orientadora Paula Pessoa Pereira e das professoras e professores Daniela Marques de Moraes, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, Carlos Frederico de Oliveira Pereira, Jorge Octávio Lavocat Galvão e Rodrigo Nery pelo destacado papel que tiveram em minha formação.

Aos meus chefes que me deram a oportunidade de aprender tanto sob a sua supervisão, na pessoa de Jorge Octávio Lavocat Galvão, David Laerte Vieira, Leila Mascarenhas, Lucas Orsi Rossi, João Carlos Murta Pereira e Felipe de Brito Belluco. Agradeço também aos Ministros Luiz Fux, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso por terem me recebido como estagiário em seus gabinetes.

Aos companheiros da equipe de processo civil da UnB, campeões nacionais em 2022, Rafaella Bacellar, Rodrigo Buzzi, Sara Assis, Lucas Cordeiro, Bruno Marra, Fabiana Dantas, Carlos Eduardo, Giovana Almeida, Victor Reis, e outros tantos.

Consciente de que esta homenagem não consegue exprimir toda a minha gratidão, faço aqui o registro do meu agradecimento sincero pela presença de vocês em minha vida. Muito obrigado!

“Devo dizer, a V. Exa., com humildade e sem sentir vergonha, o que disse ao eminente Ministro Amaral Santos: não sou processualista. A liturgia jurídica, a maneira de abrir os evangelhos e o livro de missa, a fumaça do incenso para cima ou para a direita... Celebro, aqui, a minha missa, de frente para o público e em português. Não me levo muito por essas considerações formais. Acho que a forma corresponde a um estágio muito rudimentar do Direito”.

Voto vencido do Ministro Aliomar Baleeiro no julgamento do Recurso Extraordinário nº 75.972/SP, Tribunal Pleno, 10 de outubro de 1973.

Resumo: este trabalho se propõe a investigar o fenômeno da coisa julgada inconstitucional pelo marco teórico da força normativa da Constituição, paradigma vigente do direito constitucional brasileiro contemporâneo. O objetivo é descobrir se a coisa julgada pode tornar imutável e indiscutível a decisão judicial que ofende diretamente norma constitucional – especialmente quando há contrariedade a precedente do Supremo Tribunal Federal. Foi utilizado o método indutivo, com o fim de fazer uma conclusão crítica do entendimento jurisprudencial dominante. O trabalho fez uso da revisão bibliográfica, com análise de fontes primárias, como a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Civil, e de fontes secundárias, como artigos científicos, obras doutrinárias e decisões judiciais. Partindo da premissa de que a coisa julgada inconstitucional é o produto do conflito entre a Constituição e a jurisdição constitucional, o trabalho é dividido em três partes. A primeira e a segunda abordam as implicações do paradigma da efetividade, respectivamente, nas noções de Constituição e de jurisdição constitucional. No terceiro capítulo, as conclusões dos capítulos anteriores são conjugadas na solução do problema da coisa julgada inconstitucional. Conclui-se que a coisa julgada não chega a existir juridicamente nos casos em que há violação direta à Constituição, subsistindo a querela de nulidade contra a sentença inconstitucional transitada em julgado, se, na ação original, a parte prejudicada tiver exaurido a instância extraordinária.

Palavras-chave: efetividade da Constituição, coisa julgada, garantia fundamental.

Abstract: this study aims to investigate the phenomenon of unconstitutional *res judicata* within the scope of the normative force of the Constitution, the prevailing paradigm of contemporary brazilian constitutional law. The objective is to determine whether the judiciary has constitutional legitimacy to render immutable and indisputable a judicial decision that directly violates a constitutional norm – especially when contrary to a precedent set by the Brazilian Supreme Court – in light of the paradigm of the effectiveness of the Constitution. An inductive method was employed to critically analyze the prevailing jurisprudential understanding. The study conducted a literature review, analyzing primary sources such as the Federal Constitution and the Civil Procedure Code, and secondary sources such as scientific articles, doctrinal works, and judicial decisions. Conceptualizing unconstitutional *res judicata* as a product of conflict between the Constitution and constitutional jurisdiction, the study is structured in three parts. The first and second parts address the implications of the effectiveness paradigm, respectively, on the notions of Constitution and constitutional jurisdiction. In the third chapter, the conclusions drawn from the preceding chapters are integrated to resolve the issue of unconstitutional *res judicata*. It is concluded that *res judicata* cannot be formed in cases of constitutional violation of the Constitution, leaving room for *querela nullitatis* against the judicial decision deemed unconstitutional, if the aggrieved party exhausted the extraordinary appeal in the original suit.

Key-words: effectiveness of the Constitution, *res iudicata*, fundamental right.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1: A CONSTITUIÇÃO E A SUA FORÇA NORMATIVA	16
1.1 Premissas do paradigma da efetividade da Constituição.....	16
1.2 Efetividade da Constituição e inconstitucionalidade: nulidade e anulabilidade.....	21
1.3 Efetividade da Constituição e hipóteses de exceção	34
CAPÍTULO 2: A JURISDIÇÃO E A EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO	39
2.1 Jurisdição, acesso à Justiça e efetividade da Constituição: o processo como forma de (re)construção de normas jurídicas individuais na busca da (única) interpretação correta..	40
2.2 Legitimidade da jurisdição constitucional e interpretação correta: entre facticidade e validade.....	49
2.3 A natureza constitutiva da jurisdição constitucional	67
CAPÍTULO 3: COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO	76
3.1 Conceito jurídico-positivo de coisa julgada	77
3.2 A coisa julgada no paradigma da efetividade da Constituição	80
3.3 A inexistência da coisa julgada inconstitucional	88
3.4 A subsistência da <i>querela nullitatis</i> para atacar a sentença inconstitucional	98
CONCLUSÕES.....	108
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	110

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgInt – Agravo Interno
ampl. – Ampliada
atual. – atualizada
art. – Artigo
CC – Código Civil, Lei nº 10.406, de 2002
CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988
CPC/73 – Código de Processo Civil de 1973, Lei nº 5.869
CPC/15 – Código de Processo Civil de 2015, Lei nº 13.105
coord. – Coordenação
DJe – Diário da Justiça eletrônico
EC – Emenda à Constituição
ed. – Edição
LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
Min. – Ministro(a)
org. – Organização
p. – Página
Rel. – Relator(a)
rev. – Revisada
REsp – Recurso Especial
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
t. – Tomo
v. – Volume

INTRODUÇÃO

Paradigmas são parte da realidade científica. Em qualquer campo da ciência, as pesquisas acadêmicas são conduzidas com base em regras e padrões predominantes na comunidade à época do estudo, seja para corroborá-los ou para refutá-los. Esse conjunto compartilhado de realizações científicas que servem de premissa para determinada área da ciência é o que Thomas Kuhn denomina de paradigmas¹.

Sobretudo no campo das ciências humanas – em que o observador se confunde com o próprio objeto de observação através da linguagem –, é forçoso reconhecer que a neutralidade científica encontra seus limites nos postulados do paradigma vigente. Não há fenômeno que possa ser estudado sem ter como referência o conhecimento científico já consolidado. A linguagem e a terminologia da ciência são construídas a partir do paradigma, que contém a prática científica majoritária², de sorte que a mera descrição de um acontecimento já importa em alguma parcialidade.

Isso implica que a atividade científica comum não tem por missão a constante procura por grandes descobertas e rupturas, como entende o senso comum³. Pelo contrário, a “ciência normal”⁴ tem como objetivo a constante atualização do paradigma, por meio do estudo direcionado à solução dos problemas existentes, por menores que sejam. Os cientistas normais articulam o modelo do paradigma vigente, como se fossem peças de um quebra-cabeça, formado pelos pressupostos e métodos paradigmáticos, com o intuito de resolver um conjunto específico de questões, destinados ao refinamento do paradigma dominante.

É somente quando se descobrem anomalias – em relação às quais o paradigma falha na formulação de racionalizações – que se começa o processo de ajuste ou de criação de novas teorias, se persistir a crise paradigmática⁵. O cientista, portanto, tem a incumbência de operar dentro desse ciclo de retroalimentação até que os conhecimentos predominantes se tornem incapazes de compreender a realidade e demandem a inauguração de um outro paradigma parcial ou integralmente novo.

O presente trabalho serve justamente a esse propósito. Não rompe com o paradigma da efetividade da Constituição, hoje majoritário no Direito Constitucional, mas o articula para

¹ KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 30.

² KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 36.

³ KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 77.

⁴ Aqui o conceito é novamente trazido de Thomas Kuhn e consiste na “pesquisa científica firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas” (KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 29).

⁵ KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 126.

solucionar a anomalia da coisa julgada inconstitucional. A nossa resposta para esse problema, que desde logo fique claro, serve para o direito brasileiro e é construída a partir dele. Não há pretensão metapositiva aqui, muito embora se recorra ocasionalmente à teoria do Direito e à filosofia do Direito, como sói ocorrer na interpretação constitucional⁶.

Dito isso, a coisa julgada, como bem se sabe, é a autoridade (leia-se, efeito jurídico⁷) que torna imutável e indiscutível a decisão judicial irrecorrível. Trata-se do instrumento de que se vale o Estado para pacificar definitivamente os conflitos na sociedade, com assento em cláusula pétrea da Constituição Federal, no art. 5º, XXXVI⁸.

A coisa julgada, nos dizeres de Luiz Fux, não teria compromisso com a verdade ou com a justiça⁹, como entende tradicionalmente a doutrina processualista. Sua missão seria a estabilização da relação jurídica em disputa, por meio da garantia de que a demanda não voltará a ser questionada, depois de exaurida a discussão judicial. Estaria, assim, a serviço da segurança jurídica.

Sem prejuízo da visão clássica da coisa julgada – até porque a segurança jurídica é, sem dúvida, valor constitucional –, entendemos que já não é mais adequada a sua redução tão somente à manutenção da estabilidade jurídica, considerando o atual paradigma da efetividade da Constituição. Com efeito, a pretensão maior do Direito deixou de ser a previsibilidade jurídica, como assinalava Max Weber¹⁰, para se voltar, sobretudo, à Constituição para garantir a sua força normativa.

Na contramão, a noção mais garantista da coisa julgada tende a privilegiar os interesses dos grupos sociais dominantes e marginalizar a sociedade do acesso à Justiça, por meio de discurso de manutenção do *status quo*¹¹ – por vezes, incompatível com a pretensão de validade das decisões judiciais, intrínseca à doutrina da efetividade da Constituição. Afinal, são as

⁶ Conforme diz Jürgen Habermas, “princípios morais originados no direito racional são hoje parte do direito positivo. Por isso, a interpretação constitucional assume mais ou menos a forma da filosofia do direito” (HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Unesp, 2020, p. 578).

⁷ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 527. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 824. E-book. ISBN 978-65-5065-103-9.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 188-193.

⁹ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 457.

¹⁰ TRUBEK, David. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo (1972, orig.). *Revista Direito GV*, v. 3, n. 1., p. 151-186. jan./jun. 2007. Disponível: http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_05_pp151-186.pdf

¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, n. 21, nov. 1986, p. 18.

decisões judiciais corretas que, ao fim e ao cabo, garantem a aplicação das normas constitucionais.

Isso sugere que a coisa julgada deve ser entendida em prol primeiro da efetividade da Constituição e, em segundo plano, da segurança jurídica – que continua sendo valor constitucional, embora não se possa dizer que ocupa necessariamente posição hierárquica superior ao restante da Constituição.

Não por outro motivo, o Código de Processo Civil de 2015 traz logo em seus arts. 1º, 3º e 6º que a norma processual – incluindo a que regulamenta a coisa julgada – será interpretada conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição, para garantir a tutela jurisdicional justa, efetiva e em tempo razoável contra a lesão ou ameaça a direito.

Em verdade, o vínculo entre a coisa julgada e a Constituição forma um ciclo virtuoso entre direito processual e material. A Constituição serve de fundamento de validade do processo jurisdicional, que, por sua vez, atinge seu ápice na coisa julgada para tutelar o direito material e, conseqüentemente, assegurar a efetividade das normas previstas na Constituição, sobretudo das normas que garantem o acesso à Justiça¹².

O problema surge quando a decisão transitada em julgado, protegida pelo efeito da coisa julgada, é contrária à Constituição. O que deveria servir à efetividade do texto constitucional passa a vulnerá-lo. Sem dúvida é uma questão elegante. De um lado, a supremacia da norma constitucional violada. Do outro, uma cláusula constitucional pétrea destinada a proteger a confiança do jurisdicionado no acesso à justiça definitiva, ainda que equivocada.

Afinal, não se pode perder de vista que a coisa julgada é regra para existência do discurso jurídico, na medida em que representa o próprio fim desse discurso¹³. É com a coisa julgada que se cristaliza a norma jurídica individual produzida pela jurisdição¹⁴, como elemento indispensável à afirmação da soberania do poder estatal e da tutela jurisdicional dos direitos. Apenas a decisão judicial dotada de imutabilidade é capaz de pôr fim ao litígio e fazer a pacificação social dos conflitos, conforme nos alerta Luiz Guilherme Marinoni¹⁵.

¹² É o que Hermes Zaneti Jr. denomina de teoria circular dos planos. Cf. ZANETI JUNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). In: MACHADO, F. C.; AMARAL, G. R.; OLIVEIRA, C. A. A. de et al. *Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 192.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 56.

¹⁴ DIDIER JR, Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 79.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 60.

Contudo, ao tornar imutável a sentença que viola a Constituição, a coisa julgada inconstitucional faz colidir o principal instrumento da jurisdição¹⁶ com a própria Constituição e, assim, coloca em xeque a força normativa da Constituição.

Daí o problema deste trabalho: se a coisa julgada, como elemento da jurisdição (constitucional), pode tornar imutável e indiscutível a decisão judicial que ofende diretamente norma constitucional – especialmente quando há contrariedade a precedente do Supremo Tribunal Federal –, à luz do paradigma da efetividade da Constituição.

Estruturamos este trabalho em três capítulos. Os dois primeiros abordam as implicações do paradigma da efetividade nas noções de Constituição enquanto norma jurídica e de jurisdição constitucional. Afinal, se a coisa julgada inconstitucional implica o confronto entre jurisdição constitucional e Constituição, nada mais adequado do que abordá-los individualmente, para, a partir da definição de seus pressupostos, conjugá-los na solução da anomalia que é a sentença transitada em julgado que infringe norma constitucional¹⁷.

¹⁶ Seguindo Luís Roberto Barroso, entendemos que a jurisdição constitucional compreende a atuação judicial que interpreta e aplica a Constituição, o que se dá de duas formas diferentes. A primeira é mediante a subsunção direta da norma constitucional ao caso concreto. A segunda é por meio da aplicação indireta da Constituição, a fim de fazer o controle de constitucionalidade da norma infraconstitucional ou para atribuí-la a melhor interpretação conforme a Constituição. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 430.

¹⁷ Importante o registro, logo na introdução deste trabalho, que não ignoramos a atecnia na expressão “coisa julgada inconstitucional” e na equiparação entre coisa julgada e sentença transitada em julgado, conforme nos ensina o professor José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *In*: DIDIER JR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 226). Conforme abordamos no capítulo 3, a coisa julgada é efeito jurídico que torna imutável a decisão passada em julgada, e não se confunde com a própria decisão, em razão da revogação tácita do art. 6º, § 3º, da LINDB pelo art. 467 do CPC/73. E, como todo efeito jurídico, a coisa julgada não se sujeita ao plano da validade, por ser mera consequência da incidência de norma jurídica, e, por isso, não pode ser taxada de inconstitucional. Quer dizer, a coisa julgada está restrita ao plano da existência jurídica: existe ou não existe, a depender da incidência do art. 502 do CPC/15 e do art. 5º, XXXVI, da CF/88, não podendo ser inválida ou inconstitucional, seguindo a lição de Pontes de Miranda (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 104). Efeito jurídico “inválido” é efeito inexistente.

CAPÍTULO 1: A CONSTITUIÇÃO E A SUA FORÇA NORMATIVA

1.1 Premissas do paradigma da efetividade da Constituição

A efetividade das normas constitucionais é pressuposto do Estado Democrático de Direito¹⁸. Sem força normativa e eficácia no plano concreto, a Constituição torna-se letra morta e fica sujeita ao alvedrio da ideologia dominante. A capacidade do Poder Constituinte de estabelecer *de facto* a organização do Estado, os limites do Poder Público e as garantias fundamentais depende da eficácia social das normas constitucionais, sob pena de se violar a soberania popular¹⁹.

Historicamente, a doutrina da efetividade da Constituição remonta ao pós-positivismo ocidental da segunda metade do século XX. A indiferença do legalismo com os horrores da Segunda Guerra Mundial gerou poucas consequências positivas. Uma delas foi fazer nascer a preocupação dos Estados de criar novos meios para garantir a dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais, por meio das Constituições, cuja rigidez e superioridade trariam maior segurança a minorias, mais vulneráveis ao abuso do poder estatal²⁰. A Lei Fundamental de Bonn de 1949, da Alemanha Ocidental, é o melhor exemplo desse processo histórico²¹.

Na contramão disso, é conhecida historicamente no Direito brasileiro a insinceridade e a falta de compromisso com a carta política²². Desde a independência em 1822, o Brasil passou por oito constituições diferentes, cada uma delas com seus exemplos de falta de efetividade. A Carta outorgada de 1824, por exemplo, garantia no art. 179, XXI, que “as cadeias serão seguras, limpas, bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réus, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes” – coisa que não se concretizou até os dias atuais, 200 anos depois. Já a Constituição de 1937 – apelidada de Polaca em razão de sua inspiração no fascismo polonês – assegurava a todos o “direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens”, apenas para se tornar letra morta com a censura do Departamento de Imprensa e Censura do Estado Novo.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 75.

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 43.

²¹ ACKERMAN, Bruce. Ascensão do Constitucionalismo Mundial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Carlos Pereira de (Orgs.). *Constitucionalização do Direito Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. [s.l.]: Lumen Juris, 2006, p. 89–111.

²² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 217.

Somente a partir da década de 80, sobretudo com a Assembleia Constituinte de 1987-88, é que ganha força a doutrina da efetividade das normas constitucionais como novo paradigma do Direito Brasileiro. Tanto no mundo político quanto nos meios jurídicos, é difundida a ideia de que a Constituição deve ter normatividade plena²³. Hoje, é seguro considerar a doutrina da força normativa da Constituição como um dos paradigmas dominantes do Direito Constitucional brasileiro²⁴.

O paradigma da efetividade nasce da premissa da imperatividade da Constituição. A afirmação parece tautológica, mas dela derivam importantes consequências.

A Constituição é, antes de tudo, norma jurídica, que não pode ser reduzida a mera recomendação ou programação vazia²⁵. Essa lição é encontrada nos escritos de Hans Kelsen, quando afirma que o Direito se distingue de outros regramentos – moral, ético, religioso e social – pela sanção jurídica, aplicada coercitivamente pelo monopólio legal da força estatal²⁶. Portanto, a Constituição há de ser imperativa – por conter mandamentos, direitos e deveres, como qualquer norma jurídica – e sua inobservância deve ensejar a respectiva sanção coercitiva, mediante o correspondente instrumento de tutela estatal. Do contrário, deixa de existir sua razão de ser enquanto norma positiva.

Para além da eficácia jurídica, está na concepção de Constituição também a sua eficácia social. Enquanto a primeira diz respeito à aptidão abstrata da norma para produzir efeitos no mundo jurídico – isto é, a possibilidade de sua incidência –, a segunda se refere à aplicação efetiva da norma, gerando repercussões concretas²⁷. No campo do direito constitucional moderno, o grande avanço da doutrina da efetividade está justamente no postulado de

²³ GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 197, p. 30-60, 1994.

²⁵ Como adverte Rudolf von Jhering, “uma regra de Direito desprovida de coação jurídica é um contrassenso: é um fogo que não queima, um facho que não alumia” (JHERING, Rudolf von. *A evolução do Direito*. Lisboa: José Bastos & Cia. Editores, 1963, p. 222).

²⁶ É valiosa a lição clássica de Hans Kelsen, no sentido de que “como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento da coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência e uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego de força física, é o critério decisivo” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 37).

²⁷ Até os romanos já de longa data reconheciam que de nada serve o Direito in abstracto se a coação prometida não se tornar efetiva e concreta. No Corpus Iuris Civilis, registraram o brocardo *iurisdictio sine modica coercitione nulla est* – jurisdição sem coerção é inócua (ALVES, Antônio Augusto Catão Alves et al; CUNHA, Edilson Alkmin (org.). *Corpus iuris civilis: digesto*. livro I. Brasília: ESMAF, 2010, p. 121).

aproximação dos extremos do *ser* da realidade do social e do *dever ser* da norma jurídica abstrata²⁸.

Konrad Hesse, em importante seminário sobre o assunto, demonstra que a mera eficácia *in abstracto* não é suficiente para explicar a força normativa da Constituição, cuja capacidade de determinar a realidade de fato decorre da própria noção científica de Direito Constitucional²⁹. Com razão, lembra o autor que a ciência jurídica tem natureza deontológica e visa extrair do texto normativo o comando aplicável às situações fáticas descritas pela norma. Logo, se o Direito Constitucional tem a pretensão de estar no topo da pirâmide do ordenamento jurídico, não se pode admitir que fatores metajurídicos se imponham sobre a Constituição quanto àquilo que se propõe a dispor com supremacia.

A sobrevivência da ciência do Direito Constitucional depende da rejeição do sentido sociológico da Constituição, entendida como a soma dos fatores efetivos de poder numa sociedade³⁰. A determinação da realidade social unicamente pelas relações de poder político, econômico ou militar importa reduziria a Constituição ao nominalismo³¹. Levaria à extinção da diferença entre Direito Constitucional e Ciência Política – esta sim dedicada à análise das forças políticas que *de facto* controlam o Poder Público.

Com efeito, a força normativa da Constituição é melhor explicada por Luís Roberto Barroso ao afirmar concisamente que “o direito existe para realizar-se. O direito constitucional não foge a este desígnio”³². De fato, seria cínico afirmar que o Direito Constitucional opera normas jurídicas no vácuo, dependentes das contingências políticas do momento, sem a premissa de que sua aplicação é obrigatória sobre qualquer outra coisa.

Portanto, a efetividade da Constituição decorre necessariamente da sua imperatividade, o que se reflete no modo de interpretação da Constituição e das leis. O jurista deve lançar mão de novas ferramentas hermenêuticas, para além dos métodos tradicionais, como a interpretação gramatical, sistemática e teleológica. Antes, deve fazer uso do seguinte instrumental de

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 83.

²⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

³⁰ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Tradução de Walter Stöner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

³¹ Aqui o conceito é importado de Karl Loewenstein, de Constituição nominal como aquela desprovida de efetividade material e fenomenológica, quando o processo político ocorre à margem do texto constitucional, mesmo quando a Constituição detém legitimidade. Cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1986, p. 205-231.

³² BARROSO, Luís Roberto. *A efetividade das normas constitucionais revisitada*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 197, p. 36, 1994.

princípios³³: **(i)** da supremacia da Constituição³⁴, que permite o emprego do critério hierárquico para afastar normas infraconstitucionais incompatíveis com a norma constitucional; **(ii)** da interpretação conforme a Constituição, para garantir, dentre os possíveis caminhos interpretativos, aquele mais alinhado com o texto constitucional – militando pela sua máxima efetividade, sobretudo pela presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público³⁵ –; **(iii)** da unidade da Constituição, para que os conflitos entre normas jurídicas sejam harmonizados por meio da Constituição; **(iv)** da razoabilidade, que exige do intérprete uma postura realista diante da norma constitucional, vedando-se as interpretações inexequíveis e ilógicas, sob pena de esvaziar o sentido e a força normativa da Constituição; **(v)** da efetividade, sendo a interpretação correta aquela que melhor garante a supremacia e a eficácia concreta da Constituição – preferindo-se extrair do texto constitucional, sempre que possível e razoável, normas imediatamente aplicáveis em vez de recomendações e sugestões não judicializáveis.

Esse panorama de novos princípios interpretativos demonstra que efetividade da Constituição não significa que a norma constitucional é completa e estanque, sem deixar espaço para discricionariedade na sua interpretação e regulamentação pelo legislador ordinário. Pelo contrário, de acordo com Konrad Hesse, a Constituição não é uma ordem de totalidade³⁶. Ao mesmo tempo em que a norma constitucional é rígida – no sentido de que o seu processo de modificação exige processo legislativo mais rigoroso –, é também norma de interpretação flexível. Isto é, há lacunas criadas propositadamente pelo constituinte para permitir que o procedimento democrático deliberativo tenha liberdade para dar cumprimento às normas constitucionais. Em certas matérias, a abertura da Constituição é maior – caso das normas sobre a ordem econômica e social, por exemplo –; em outras partes, o fechamento da Constituição é preponderante, sobretudo quanto às normas de procedimento, de organização do Estado e de repartição de competências.

Por isso, concordamos com Luís Roberto Barroso no sentido de que o princípio da interpretação conforme a Constituição é importante mecanismo de preservação da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público. O Poder Judiciário não é o intérprete

³³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

³⁴ É importante deixar claro desde logo que, em nossa visão, não há diferença significativa entre a supremacia e a efetividade da Constituição, sendo empregadas como termos sinônimos em muitas ocasiões. Embora se diga normalmente que a eficácia social (efetividade) da Constituição é consequência da sua eficácia normativa (supremacia), entendemos que os conceitos são interdependentes. Sozinhos, não contemplam suficientemente a imperatividade da Constituição, que precisa valer em abstrato e em concreto.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 290.

³⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 38.

exclusivo da Constituição – poder-dever que também é atribuído ao Legislativo e ao Executivo. Em deferência à independência dos Poderes, é preciso partir da premissa de que essas interpretações são constitucionais até que se demonstre taxativamente o contrário. Disso decorrem duas consequências importantes: **(i)** a inconstitucionalidade dos atos do Poder Público só será declarada se inexistir tese jurídica razoável e **(ii)** se for possível preservar o ato alegadamente inconstitucional por fundamento diverso, não se deve decretar sua nulidade.

Aqui, chamamos a atenção para a crítica do professor Virgílio Afonso da Silva³⁷, para quem a interpretação conforme a Constituição pode se tornar problemática quando, apesar de haver caminho interpretativo para preservar a validade do ato do Poder Público, preponderam os argumentos pela inconstitucionalidade, o que forçaria o intérprete a recorrer a técnicas de ponderação. Virgílio Afonso da Silva dá o exemplo do caso da lei que restringe a liberdade de ir e vir dos cidadãos. Nessa hipótese, seguindo a premissa da interpretação conforme a Constituição, a lei deverá ser preservada caso haja alguma interpretação que a torne constitucional; no entanto, isso não afastaria o argumento de que o princípio constitucional da liberdade de ir e vir seria mais efetivo se a lei fosse declarada inconstitucional, razão pela qual preponderariam os argumentos pela inconstitucionalidade da lei.

A despeito do brilhantismo com o que o professor expõe sua crítica ao princípio da interpretação conforme – que conclui ser excessivamente simplista –, entendemos diversamente. Ao nosso ver, o sopesamento interpretativo não é o método mais adequado para a decisão jurídica. Conforme será abordado no capítulo 2.3, a ponderação implica em juízo teleológico de valores, em vez do juízo deontológico de normas e princípios de Direito³⁸. Nisso, os Tribunais acabam por se substituir ao legislador na eleição de quais são as melhores formas de alcançar os programas e objetivos estabelecidos pela Constituição.

Voltemos ao exemplo dado pelo professor Virgílio, adicionando estes detalhes: o caso de uma lei que restrinja a liberdade de ir e vir, por meio da criação da possibilidade de prisão preventiva de réu reincidente, acusado de causar lesão corporal grave em acidente de trânsito, a pretexto de mitigar o risco de novos acidentes. Como bem ressalta Virgílio Afonso da Silva, o princípio do *in dubio pro libertate* seria mais efetivo se a lei fosse invalidada, de sorte que seria mais proporcional apenas suspender a carteira de habilitação ou apreender o carro, ou outra medida adequada, porém menos onerosa. A despeito disso, permanece uma interpretação

³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista DireitoGV*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan.-jun. 2006. Semestral.

³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Unesp, 2020, p. 325-327.

que preserva a constitucionalidade da lei: seria possível argumentar, por exemplo, que a mera apreensão da habilitação ou do carro não necessariamente evitaria que o motorista voltasse a dirigir a depender das circunstâncias do caso concreto, de modo que a lei preservaria a vida das pessoas no trânsito e, portanto, estaria de acordo com o art. 5º, caput, da CF.

Ou seja, estamos diante de ponderação entre liberdade e segurança, que, no entanto, deve ser feita pelo legislador e não pelo juiz, garantido que não haja violação taxativa a normas constitucionais. Se ambas as decisões são possíveis – pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade – incidem os princípios da presunção de constitucionalidade e da interpretação conforme a Constituição, para prestigiar a legitimidade democrática do legislador.

1.2 Efetividade da Constituição e inconstitucionalidade: nulidade e anulabilidade

Do fato de a Constituição ser a norma jurídica suprema e efetiva emergem imediatamente outras duas consequências importantes. A primeira é a de que a Carta Política é o fundamento de validade de todos os atos jurídicos infraconstitucionais³⁹. A segunda, é a de que, se certo ato é incompatível com a Constituição, impõe-se reconhecer sua invalidade.

A primeira constatação decorre de dedução simples. Se a Constituição é norma fundamental⁴⁰, então as demais normas devem ser com ela compatíveis, sob pena de o texto constitucional deixar de ser hierarquicamente superior. Logicamente, os atos jurídicos de agentes públicos ou privados – que têm fundamento nas leis ou diretamente da Constituição – também devem estrita obediência à norma constitucional. A supremacia da Constituição não se justifica apenas pelo fato de ser superior – o que consistiria num argumento circular –, mas também por causa de sua rigidez, como demonstra Georg Jellinek⁴¹. O procedimento de criação

³⁹ Prefere-se a expressão “ato jurídico”, porque a Constituição é o fundamento de validade das normas jurídicas infraconstitucionais emanadas do Poder Legislativo, mas também dos atos dos demais Poderes Executivo e Judiciário e também dos atos jurídicos dos particulares. A ideia de supremacia da Constituição impõe que todos os agentes, públicos ou privados, estão sujeitos ao texto promulgado pelo constituinte. Evidentemente, a via do remédio jurídico adequado para a inconstitucionalidade será diferente a depender quem violou a Constituição. Nesse sentido: MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 10.

⁴⁰ Nos dizeres de Edvaldo Brito, a Constituição é o fundamento de validade do ordenamento jurídico, pois decorre do poder constituinte que, “por ser potência, é fundacional e, por isso originário uma vez que ele inaugura uma ordem constitucional ou instaura outra ordem, completamente, nova ao acionar sua eficácia atual” (BRITO, Edvaldo. 30 anos da Constituição Federal: avanços e retrocessos em interpretação. Tendências para o futuro. *Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia*, Salvador, ano 21, n. 2, p. 190, 2018).

⁴¹ “La nota jurídica esencial de las leyes constitucionales radica exclusivamente en la superioridad de su fuerza como leyes, desde el punto de vista formal. En aquellos Estados en que las constituciones ni por su fijación ni por su modificación se distinguen de una manera especial, carecen éstas de toda significación práctica en la vida del derecho. Por esto, aquellos Estados que no establecen distinción formal alguna dentro de las leyes, son más consecuentes cuando rechazan el nombre de documento constitucional para una colección de leyes” (JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. México: FCE, 2000, p. 480-481).

do texto constitucional é singular e só ocorre durante a Assembleia Constituinte, e sua modificação formal exige quórum qualificado – diferentemente dos quóruns de maioria simples ou absoluta para projetos de lei. Se, por qualquer motivo, alguma norma infraconstitucional ou ato jurídico dispusesse de forma contrária à norma constitucional sem qualquer consequência, então estar-se-ia efetivamente alterando a Constituição por via transversa, sem observar o rito de emenda constitucional.

Já a segunda derivação do princípio da supremacia da Constituição – de que é inválido o ato inconstitucional – é atribuída tradicionalmente ao célebre caso *Marbury v. Madison*⁴². O julgado é extensivamente conhecido e estudado, razão pela qual não cabe aqui aprofundar nos detalhes do processo, mas apenas citá-lo para ilustrar o princípio da supremacia da Constituição. Na ocasião, a Suprema Corte dos Estados Unidos deixou de conhecer o *writ of mandamus* impetrado por William Marbury diretamente no Tribunal, porque julgou inconstitucional a lei que lhe atribuía competência originária, em extrapolação da previsão constitucional de competência meramente recursal da Corte. No voto que representou a decisão da Suprema Corte, o *Chief Justice* Marshall afirma, em tradução livre, que “todos os que aprovam Constituições escritas as consideram como a lei fundamental da nação e, conseqüentemente, a teoria desse tipo de governo deve ser que um ato legislativo contrário à Constituição é nulo”⁴³. Isto é, mesmo as leis aprovadas pelo Congresso Nacional, que consubstanciam a vontade popular majoritária, devem ser compatíveis com a Constituição rígida e suprema, sob pena de invalidade, e não de inexistência ou ineficácia.

Retomando a ideia da escada ponteana, o ato jurídico, antes de produzir efeitos, é válido e, antes disso, existe⁴⁴. A existência do ato jurídico depende da presença dos seus elementos fáticos constitutivos⁴⁵. José Carlos Moreira Alves, com base nas lições do direito romano,

⁴² Embora a tradição jurídica consagre à *Marbury v. Madison* o advento do judicial review, à época do julgamento do caso já havia precedentes de Sir Edward Coke na Inglaterra e das cortes estaduais e federais inferiores dos Estados Unidos em que o Judiciário reconheceu a invalidade de normas incompatíveis com a Constituição. Cf. HALL, Kermit L. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. Oxford: Oxford University Press, 1999. No mesmo sentido, Miguel Gualano de Godoy e Vera Karam de Chueri nos demonstram que a judicial review não foi inventada pelos americanos, cuja concepção original de constitucionalismo atribuía ao povo concretamente, e não exclusivamente aos tribunais o poder-dever de interpretar a Constituição. Cf. GODOY, Miguel Gualano de; CHUERI, Vera Karam de. *Marbury versus Madison: uma leitura crítica*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 87. E-book. ISBN 978-85-362-6899-6

⁴³ Tradução livre de *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁴⁴ “Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou em invalidade” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 66).

⁴⁵ “Assente que todo fato jurídico provém da incidência da regra jurídica em suporte fático suficiente, ser é resultar dessa incidência” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 69).

constata que são elementos essenciais à existência do ato jurídico *lato sensu*⁴⁶: agente, objeto e manifestação da vontade por meio de determinada forma – ainda que não escrita⁴⁷. Por outro lado, a validade obedece a raciocínio estritamente silogístico. A depender se o ato jurídico preenche os requisitos estabelecidos na norma jurídica superior, terá como consequência a validade ou invalidade, e, neste último caso, comina-se a sanção de nulidade ou de anulabilidade. São elementos essenciais à validade de qualquer ato jurídico: a capacidade e legitimidade das partes, a manifestação de vontade isenta de vícios por meio de forma adequada ou não defesa em lei e objeto lícito, possível, determinado ou determinável⁴⁸. Por último, a eficácia, conforme já assentado, diz respeito à aptidão de produzir efeitos, consequências no mundo jurídico. É plenamente possível que o ato jurídico exista, seja válido, mas ineficaz, vide o negócio jurídico sob condição suspensiva; até que se implemente a condição, não produz efeitos, embora seja desprovido de vícios. Ou mesmo pode ser que o ato seja existente, mas inválido. É o exemplo do contrato de compra e venda de imóvel sem escritura pública, porque ausente o elemento essencial à validade do ato – a forma determinada por lei. O que não pode acontecer é ser o ato inexistente, mas válido e eficaz; ou ser existente e eficaz, mas inválido, salvo expressa previsão legal, como é o caso do casamento putativo.

Assim, rejeita-se a posição doutrinária de alguns civilistas, como Flávio Tartuce⁴⁹, que têm aversão à separação dos planos da existência e da validade. Alegam que a inexistência jurídica é conceito inexato, não tem previsão legal ou poderia ser explicada como se fosse nulidade absoluta.

Esse posicionamento merece uma reflexão crítica.

A categoria da existência decorre da teoria do Direito, enquanto sistema lógico, e não do direito positivo. Como bem explica Pontes de Miranda, “a categoria do inexistente é ineliminável, porque o mundo jurídico não abrange todo o mundo fático, nem se identifica com êle. [...] Não se pode dizer que o conceito do inexistente seja inútil ao jurista: é de interesse do nadador saber onde acaba a piscina”⁵⁰.

⁴⁶ Moreira Alves, em verdade, refere-se aos negócios jurídicos. Porém, conforme diz o próprio autor, os negócios são apenas espécie do gênero ato jurídico em sentido amplo, de modo que não há prejuízo em estender o entendimento de uma categoria para a outra, ressaltando-se os atos-fatos e os atos jurídicos ilícitos.

⁴⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 186-187.

⁴⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 188-189.

⁴⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 443. E-book. ISBN 9786559649709. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649709/>. Acesso em: 06 mai. 2024.

⁵⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 81-82.

Aí está o motivo pelo qual é preciso distinguir aquilo que tem ou não existência no universo jurídico – sem o que se estaria obrigado a admitir que tudo que existe no mundo fático também está no mundo jurídico em total equivalência, o que evidentemente é incoerente.

A inexistência também não pode ser e tratada com os mesmos instrumentos jurídicos utilizados para sanar a nulidade absoluta. A inexistência do ato importa em sua absoluta insignificância para o mundo do Direito, coisa que independe de sanção jurídica, bastando apenas que haja sentença declaratória a respeito. Já o ato inválido pode excepcionalmente produzir efeitos válidos nas hipóteses autorizadas por lei – caso do funcionário público de fato e outras situações que se aplica a teoria da aparência –, sendo certo que a sanção de nulidade ou de anulabilidade depende de decisão constitutiva para efetivamente retirar o ato inválido do ordenamento jurídico. Sem a separação entre inexistência e invalidade também não há como justificar, por exemplo, a *querela nullitatis insanabilis*, destinada a declarar a inexistência, e não a invalidade, dos processos com vícios transrescisórios.

Dito isso, o panorama ilustrativo da escada ponteana permite visualizar que o ato jurídico contrário à Constituição não possui deficiência no plano do existir, pois um dado ato jurídico pode ser inconstitucional mesmo se agregar todos os elementos de suporte fático para ingressar no mundo jurídico⁵¹. A inconstitucionalidade está no plano do valer, pois o ato jurídico viciado rompe com o seu fundamento de validade – a Constituição.

A lei inconstitucional, por exemplo, pode sê-la seja porque emanada de agente legislativo incompetente, seja porque tem forma de lei ordinária em vez de complementar, ou porque seu objeto contraria norma substancial da Constituição. Sem dúvida, é lei existente, mas lei inválida. Como bem coloca Jorge Miranda, o juízo de constitucionalidade está na “relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”, isto é, “cumprimento ou não de certa norma jurídica”⁵². Portanto, quando se diz que a inconstitucionalidade é a incompatibilidade com a Constituição, quer se dizer que não houve a observância dos requisitos estabelecidos pela norma superior e que, dessa forma, é inválido.

⁵¹ Ressalva precisa ser feita a Francisco Campos, quem defendia a inexistência da lei inconstitucional. “Um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei aparente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o Direito como se nunca houvesse existido”. CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 430-431. A posição de Francisco Campos, embora bem colocada, não é a mais acertada. A lei inconstitucional tem existência no mundo jurídico, pois contém os elementos essenciais para tanto: foi aprovada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente da República, tem objeto e possui forma de lei. Não se pode considerá-la inexistente, mas sim com existência defeituosa, viciada, porque deixa de cumprir com seu fundamento de validade, a Constituição.

⁵² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 273-274.

Embora seja indubitoso que a inconstitucionalidade atua no plano de validade do ato jurídico, ainda não é absolutamente certo qual o regime jurídico da invalidade do vício de inconstitucionalidade – se se trata de sanção de nulidade ou de anulabilidade. Alguns países, como a Áustria, ainda mantêm fidelidade ao regime da anulabilidade, como defendia Hans Kelsen, embora minoritários⁵³.

A bem da verdade, a repartição da invalidade em duas sanções diferentes é invenção recente. Os romanos não faziam essa distinção⁵⁴, assim como não separavam a invalidade da inexistência⁵⁵. O *nullus* era o inexistente, e não o inválido. Todavia, modernamente, diz Moreira Alves que, enquanto a nulidade refere-se à ausência absoluta de um dos elementos essenciais à validade do ato, a anulabilidade consiste apenas na sua presença viciada, defeituosa. De modo geral, prevalece a regra de que haverá nulidade sempre que a lei vede determinada conduta expressamente referindo-se à pena de nulidade ou sem cominar sanção específica, denominada de nulidade tácita. A anulabilidade, por outro lado, depende de expressa previsão legal.

O ato jurídico nulo tem seus efeitos retroativamente desconstituídos; enquanto o ato anulável produz seus efeitos normalmente até que haja decisão desconstitutiva com efeitos prospectivos – protegendo as situações jurídicas anteriores à anulação, embora possa ter excepcionalmente força retroativa, se houver previsão normativa. A nulidade é matéria de ordem pública, pode ser alegada por qualquer interessado ou decretada de ofício pelo magistrado – diz-se nulo *ipso iure*, pois a própria lei impõe o dever de decretar-se a nulidade –, enquanto a anulação precisa ser requerida pela parte legitimada, na forma do direito objetivo. As nulidades são insanáveis – por isso, aliás, a redundância em se falar “nulidade absoluta” –; ao contrário disso, o ato anulável é sanável. Por último, a pretensão de nulidade é imprescritível – eis que o ato nulo é insanável e não se convalida com o tempo –, diferentemente da pretensão de anulabilidade, que prescreve⁵⁶.

Como se vê, a anulabilidade é forma mais branda de invalidade, coisa que se deve à subjetividade que a separa da nulidade. O ato se diz anulável, principalmente porque depende da exteriorização da pretensão de invalidade da parte legitimada; diferentemente, o ato é nulo *ipso iure* não porque a nulidade sempre existiu, mas sim porque a própria lei determina que o

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo, Saraiva, 1990, p. 15.

⁵⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 204; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 92; BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: Red, 2001, p. 342.

⁵⁵ Segundo José Carlos Moreira Alves (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 203), a primeira distinção entre nulidade e anulabilidade foi feita pelo jurista alemão K. S. Zachariae von Lingenthal na obra *Handbuch des Frazoesischen Zivilrechts*, de 1808.

⁵⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 203.

juiz, deparando-se com o vício insanável, tem o dever decretá-la. Todas as diferenças do regime jurídico da anulabilidade em relação à nulidade decorrem dessa concessão do ordenamento, que, por motivos de política jurídica, flexibiliza a sanção pela violação da norma jurídica, sujeitando-a à ação do titular da pretensão. Na dicção de Pontes de Miranda,

“A essencialidade do pressuposto, de cuja falta resulta a nulidade do ato jurídico, depende de regra jurídica. Por isso, algumas infrações que causam, em determinados sistemas jurídicos, nulidade, apenas tornam, noutros sistemas jurídicos, anulável o ato jurídico. (...) Há problema de técnica legislativa. O legislador primeiro cogita da invalidade. Depois, aponta, dentre as causas de invalidade, o que se há de considerar causa de nulidade e o que se há de ter como causa de anulabilidade”⁵⁷.

Em vez de simplesmente atribuir a nulidade a todos os atos que descumprem o direito objetivo – o que seria a consequência lógica da violação de qualquer norma jurídica –, o direito positivo abre uma exceção, mitigando a sanção de invalidade para que somente seja aplicada quando houver o pedido de anulação, feita pela a pessoa legitimada para tanto. É em função disso que a sanção de anulabilidade depende de expressa previsão legal que a comine, enquanto a nulidade pode ser tácita; o ato viciado é nulo, a não ser que a lei diga que é anulável. Também, pela mesma razão, a anulabilidade não é questão que possa se conhecer de ofício, mas apenas a pedido da pessoa legitimada.

Trazendo a discussão da invalidade ao campo do direito constitucional, atribui-se à tradição jurídica anglosaxônica a afirmação de que o ato inconstitucional é nulo. Por outro lado, Mauro Cappelletti demonstra que, mesmo antes do célebre caso norteamericano, já havia prática rudimentar de *judicial review* da lavra Sir Edward Coke, na Inglaterra no *Dr. Bonham's Case*, de 1610⁵⁸, embora não haja ligação histórica direta entre ambos os casos estadunidense e inglês, de acordo com Godoy e Chueri⁵⁹. Na ocasião, Sir Edward Coke entendeu que eram nulas as leis que conferiam ao *College of Physicians* – espécie de conselho profissional de medicina – o poder de ao mesmo tempo acusar e julgar os médicos sob sua jurisdição, porque tal poder era tirânico e violava as normas superiores de *common law*⁶⁰.

⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações: ações constitutivas*. t. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 79-80.

⁵⁸ Em trecho de sua decisão, diz Sir Edward Coke “*It appears in our books that in many cases, the common law will control acts of parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such act to be void*” (CAPPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 59).

⁵⁹ GODOY, Miguel Gualano de; CHUERI, Vera Karam de. *Marbury versus Madison: uma leitura crítica*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 94. E-book. ISBN 978-85-362-6899-6.

⁶⁰ Sobre os aspectos históricos e políticos da decisão de Sir Edward Coke, ver PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Editora UnB, 2011, p. 62-75.

Nos escritos federalistas de Alexander Hamilton e James Madison, também se encontra a defesa da nulidade do ato inconstitucional. No Federalista nº 78, Hamilton estabelece a premissa de que é nulo todo ato de autoridade delegada contrário às diretrizes do mandato. Por isso, os atos do Legislativo, delegatário que é da autoridade da Constituição, não lhe pode ser contrária, sob pena de ser nulo⁶¹.

Historicamente, o direito constitucional brasileiro sempre foi adepto do que se convencionou chamar de dogma da nulidade. Foi Rui Barbosa que, inspirado no modelo estadunidense⁶², importou a ideia de inconstitucionalidade como nulidade absoluta. Dizia o jurista brasileiro que, se a inconstitucionalidade causa a invalidade, então deve ser aplicada a sanção mais grave de nulidade⁶³. Tinha razão Rui Barbosa: sem dúvida, o princípio da supremacia da Constituição importa no reconhecimento da invalidade jurídica mais grave possível do ato inconstitucional. A nulidade do ato retroage desde o início, é insanável, não convalida com o tempo e deve ser pronunciada de ofício. Qualquer atenuação ou mitigação desse regime sancionatório conduz à negativa de vigência da Constituição, em maior ou menor grau.

⁶¹ “*There is no position which depends on clearer principles than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution can be valid. To deny this would be to affirm that the deputy is greater than his principal; (...) that the representatives of the people are superior to the people themselves*”. HAMILTON, Alexander. The federalist number 78. In: HUTCHINS, Robert Maynard. *Great books of the western world*. v. 43. London: Encyclopaedia Britannica, 1952, p. 231.

⁶² Como dizia Willoughby, “*unconstitutional statute is not law at all*”. WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The Constitutional law of the United States*. v. 1. Nova Iorque: Baker, Voorhis and Company, 1910, p. 9-10.

⁶³ “Este o princípio estabelecido pelo regímen americano e invariavelmente observado pelos seus executores. ‘Todo ato do Congresso (diz Kent, o grande comentador), todos atos das assembleias dos Estados, toda cláusula das constituições destes, que contrariarem a Constituição dos Estados Unidos, são necessariamente nulos. É uma verdade óbvia e definitiva em nossa jurisprudência constitucional’. Esta consequência resulta evidentemente da própria essência do sistema. Onde se estabelece uma Constituição, com delimitação da autoridade para cada um dos grandes poderes do Estado, claro é que estes não podem ultrapassar essa autoridade, sem incorrer em incompetência, o que em direito equivale a cair em nulidade. *Nullus est major defectus quam defectus potestatis*”. BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 46-47.

Baseados na doutrina construída por Rui Barbosa, foram incontáveis os juristas que aderiram ao dogma da nulidade – Pedro Lessa⁶⁴, Alfredo Buzaid⁶⁵, Castro Nunes⁶⁶, Gilmar Mendes⁶⁷, Luís Roberto Barroso⁶⁸ e Pontes de Miranda⁶⁹.

No outro lado do espectro, há o grupo daqueles que defendem a anulabilidade do ato inconstitucional – aí se pode encontrar Hans Kelsen⁷⁰, Piero Calamandrei⁷¹, Leitão de Abreu⁷², José Afonso da Silva⁷³ e Regina Macedo Nery Ferrari⁷⁴.

Para Hans Kelsen – principal teórico da corrente da anulabilidade –, a norma jurídica – abstrata, como a lei, ou concreta, como aquela produzida pela decisão judicial – sempre é válida. Não pode ser nula, mas apenas anulável. Isso porque a norma é o comando do que vale ou não vale, de modo que a norma sempre pressupõe sua própria validade como condição de

⁶⁴ “Entende-se por validade de uma lei federal, ou de um tratado da União (que é aprovado pelo Congresso Nacional), a sua conformidade à Constituição. (...) A teoria geralmente aceita, doutrina Ruy Barbosa, dá por nullas as leis, na gestação das quais não se observarem as formas impostas pela Constituição ao processo legislativo.” LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, p. 104-105.

⁶⁵ “Sempre se entendeu entre nós, de conformidade com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, que toda lei, adversa à Constituição, é absolutamente nula, não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade.” BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 128-129.

⁶⁶ Dizia Castro Nunes que a decisão de inconstitucionalidade implicava o afastamento da aplicação da lei contraventora e a sujeição do caso concreto à Constituição ou à outra norma legal que subsista. Na prática, ao esvaziar a eficácia normativa da lei inconstitucional, estar-se-ia pronunciando sua nulidade. NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 588-589.

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo, Saraiva, 1990, p. 275.

⁶⁸ “Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. E a falta de validade traz como consequência a nulidade ou a anulabilidade. No caso da lei inconstitucional, aplica-se a sanção mais grave, que é a de nulidade”. BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

⁶⁹ Pedro Lenza atribui a Pontes de Miranda a defesa do dogma da anulabilidade, o que se afigura equivocado. Pontes, na verdade, nunca negou a nulidade da norma inconstitucional. No entanto, sustentava que a decisão de inconstitucionalidade jamais poderia ter caráter preponderantemente declaratório, e sim constitutivo – posição com a qual concordamos. “Os três artigos, o de 1934, o de 1946 e o de 1967, mostram que se tem por lei a lei contrária à Constituição: ela é, posto que nulamente seja. A decisão que negasse a inconstitucionalidade arguida seria declarativa; a que afirmasse, não: desconstituir; é como qualquer decisão que, a respeito de negócio jurídico nulo para A, ou B, decreta a nulidade. A atribuição da força declarativa à decisão sobre nulidade foi um dos grandes erros de parte da ciência alemã; porque os juristas não haviam prestado atenção a que a decretação da nulidade poderia ser em ação declaratória não porque nulidade se declare, e sim porque, se a nulidade é decretável, incidenter, em qualquer ação, assim, na ação declaratória, decretável é.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. t. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 621.

⁷⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 306.

⁷¹ CALAMANDREI, Piero. La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile. In: CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche: Diritto e processo costituzionale*. v. 3. Roma: Roma Tre-Press, 2019, p. 395.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 79.343. Relator: Ministro Leitão de Abreu. *Diário da Justiça*. Brasília, 02 set. 1977.

⁷³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 54-58.

⁷⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 275.

existência⁷⁵. Isto é, a essência da norma está na sua capacidade de impor certa conduta. Se a regra jurídica for inválida *ab initio*, a conduta, que deveria ser obrigatória, nunca o foi, e – não subsistindo a ameaça de sanção – inexistente a norma jurídica. Por isso, a impossibilidade de a norma jurídica – incluindo a inconstitucional – ser nula, eis que se trata de um oxímoro: “a expressão usual de que a ‘lei inconstitucional’ é nula é uma expressão sem significado, pois a lei inválida sequer é lei. A norma inválida é uma norma juridicamente inexistente”⁷⁶. Para sanar a inconstitucionalidade, diz Kelsen que o ordenamento jurídico autoriza que o órgão judicial aplique a sanção invalidade, o que, em verdade, seria a decretação da anulação com força retroativa da norma⁷⁷, que produz efeitos até que sejam extirpados do mundo jurídico pela Corte Constitucional. Portanto, para Hans Kelsen, a decisão que afirma a invalidade da norma inconstitucional não tem caráter declaratório, mas constitutivo negativo⁷⁸.

Piero Calamandrei defendia tese semelhante, mas restrita à compreensão do ordenamento jurídico positivo da Itália. Para o processualista italiano, a lei inconstitucional seria anulada *ex nunc*, com uma decisão que tem eficácia constitutiva e inovadora, idêntica a uma lei nova, que modifica ou ab-roga outra lei com efeitos temporais prospectivos. Invocando o art. 136 da Constituição Italiana⁷⁹, que professa expressamente a eficácia *ex nunc* da decisão da *Corte Costituzionale*, enfatiza que a lei inconstitucional não parece de inexistência ou de invalidade absoluta *ab ovo*, mas é lei existente e válida até que sobrevenha pronunciamento judicial anulatório⁸⁰.

⁷⁵ “Quando se diz ‘validade’, quer-se dizer a existência específica das normas. Dizer que a norma é válida é dizer que assumimos sua existência ou – noutras palavras – assumimos que a norma tem ‘força vinculativa’ para aqueles que ela pretende regular. As regras jurídicas, se válidas, são normas. Elas, para ser preciso, são normas sancionatórias.” KELSEN, Hans. *General theory of law and state*. 3. ed. Harvard University Press: Cambridge, 1949, p. 30.

⁷⁶ KELSEN, Hans. *General theory of law and state*. 3. ed. Harvard University Press: Cambridge, 1949, p. 155.

⁷⁷ Hans Kelsen não tinha como mandatório o efeito prospectivo ou retroativo da anulação da norma constitucional, opção que deveria ser feita pelo ordenamento jurídico positivo. “Uma norma jurídica em regra somente é anulada com efeitos para futuro, por forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados. Mas também pode ser anulada com efeito retroativo, por forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou atrás de si sejam destruídos.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 306.

⁷⁸ “A ordem legal pode autorizar que um órgão especial declare a norma nula, isto é, anular a norma com força retroativa, de modo que os efeitos legais, anteriormente produzidos pela norma, sejam abolidos. Isso usualmente – mas equivocadamente – é caracterizado pela afirmação de que a norma era nula *ab initio* ou foi declarada ‘nula’. A ‘declaração’ em questão, todavia, não tem caráter declaratório, mas constitutivo.” KELSEN, Hans. *General theory of law and state*. 3. ed. Harvard University Press: Cambridge, 1949, p. 159.

⁷⁹ “Articolo 136. Quando la Corte dichiara l' illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. La decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali”.

⁸⁰ “Se la decisione della Corte costituzionale avesse veramente valore dichiarativo, essa dovrebbe semplicemente accertare la invalidità originaria della legge illegittima, e l' effetto di questo accertamento sarebbe necessariamente retroattivo (*ex tunc*): vice-versa la legge illegittima è annullata *ex nunc*, com uma pronuncia che há la stessa eficácia constitutiva e inovativa che avrebbe una legge nuova che la modificasse o la abrogasse da oggi in avanti. La legge costituzionalmente illegittima non è dunque, secondo l' art. 136 della Cost., uma legge inexistente o assolutamente

Houve no Brasil a tentativa de adotar a teoria da anulabilidade de Hans Kelsen. No julgamento do RE 79.343, o relator Ministro Leitão de Abreu sustentou que a lei inconstitucional não poderia ser nula, porque é editada regularmente e gozaria de presunção de constitucionalidade⁸¹. Citando o *Corpus Iuris Secundum*, Leitão de Abreu defendeu que mesmo a lei inconstitucional “é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da constitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar”. Disso decorreria que o ato inconstitucional, em vez de nulo *ipso iure*, seria anulável, com efeitos retroativos – desde que protegidos os interesses de quem agiu de boa-fé, confiando na legitimidade do ato impugnado –, tendo a decisão de inconstitucionalidade natureza constitutiva negativa.

Regina Macedo Nery Ferrari também defendeu doutrinariamente a tese da anulabilidade do ato inconstitucional. A norma seria meramente anulável, porque sua validade seria imposta pelo órgão público competente, na forma do ordenamento jurídico. Seria eficaz até a decretação de sua inconstitucionalidade, razão pela qual a sentença de inconstitucionalidade seria de natureza constitutiva⁸².

José Afonso da Silva, por sua vez, critica a importação da doutrina de direito privado para explicar o fenômeno da inconstitucionalidade. É dizer, seria impróprio classificar o ato inconstitucional como nulo, anulável ou inexistente. José Afonso da Silva então, em vez de investigar a inconstitucionalidade na perspectiva do direito material, prefere analisar a eficácia material da decisão de inconstitucionalidade, distinguindo os efeitos da “declaração” na via direta, incidental, na ação interventiva e na ação de inconstitucionalidade por omissão. No controle indireto, a decisão judicial tem como objeto a solução do litígio concreto, de modo que a arguição de inconstitucionalidade seria prejudicial de aplicabilidade da norma. Portanto, no controle concreto, a decisão teria natureza meramente declaratória sem anular ou revogar a lei, fazendo coisa julgada somente *inter partes*. Por outro lado, na ação interventiva, haveria a declaração de inconstitucionalidade além de um elemento condenatório, consistente na edição de decreto de intervenção, que se “transmuda” em efeito constitutivo. Já a ação de inconstitucionalidade por omissão teria natureza declaratória, no que se refere à situação in concreto contrária à Constituição, e também natureza mandamental, porque determina ao Poder

nulla fin da principio; è una legge esistente e valida fino al momento in cui non intervenga la decisione della Corte costituzionale ad annullarla. Il sindacato di legittimità costituzionale è costruito dunque, nel nostro ordenamento, come sindacato di annullamento, non come sindacato di nullità”. CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. In: CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche: Diritto e processo costituzionale*. v. 3. Roma: Roma Tre-Press, 2019, p. 395.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 79.343. Relator: Ministro Leitão de Abreu. *Diário da Justiça*. Brasília, 02 set. 1977.

⁸² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 275.

competente a adoção das providências necessárias ao saneamento da omissão inconstitucional. Por último, José Afonso da Silva revela sua inclinação doutrinária pela natureza constitutiva negativa da ação direta de inconstitucionalidade. Afirma que, no controle abstrato de normas, o objeto do processo é desfazer os efeitos normativos (efeitos gerais) da lei ou ato, com eficácia *erga omnes e ex tunc*⁸³.

Feito esse quadro geral de posições sobre a natureza da inconstitucionalidade, é difícil escapar da conclusão que o regime da nulidade dos atos inconstitucionais é o mais compatível com o paradigma da efetividade da Constituição. Embora seja plenamente possível que o texto constitucional adote a anulabilidade, é forçoso reconhecer que a sanção de nulidade é mais grave e rigorosa, de sorte que melhor se adequa ao princípio da supremacia da Constituição. Veja-se o exemplo da lei inconstitucional anulada prospectivamente pelo Tribunal Constitucional. A norma continuará ultra-ativa, regendo as situações jurídicas firmadas enquanto vigorava, mesmo depois do reconhecimento da inconstitucionalidade, o que é negar vigência à Constituição. Não se pode admitir que a Constituição tenha sua efetividade suspensa, nem que por pouco tempo. É imprescindível, pois, que a decisão desconstitutiva tenha efeitos retroativos. Além disso, porque a anulabilidade não pode ser pronunciada de ofício pelo juízo, estar-se-ia sujeitando a eficácia da Constituição à disposição e ao desfastio de quem fosse legitimado para, provocando o Judiciário inerte, pedir a anulação do ato inconstitucional. Como se não bastasse, a pretensão de anulabilidade é, como visto, prescritível, pois o vício se convalida e é sanado pela passagem do tempo. Ou seja, caso a Corte não seja provocada tempestivamente, a violação à Constituição é eternizada, o que seria efetivamente a modificação do texto constitucional, por via transversa, sem se observar o rito de emenda.

No caso específico do direito brasileiro, não se duvida que adotamos o regime da nulidade de maneira sistemática. O art. 97 da CF/88 fala em “declarar a inconstitucionalidade”, assim como o art. 102, III, alínea “b”. Apesar do equívoco técnico no emprego da expressão “declarar” para descrever o conteúdo de sentença que aplica sanção de invalidade (o que é abordado em profundidade no capítulo 2.3), seria ainda mais inadequado utilizar a declaração para se referir à anulabilidade. Por isso, é seguro assumir que o constituinte de 1988 quis adotar o regime da nulidade, como é da tradição constitucional brasileira desde Ruy Barbosa, conforme já adiantamos.

Nesse sentido – à margem do contexto particular do direito positivo brasileiro –, fato é que os postulados da efetividade da Constituição levam à rejeição parcial da posição da

⁸³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 54-58.

anulabilidade, defendida principalmente por Hans Kelsen, a partir de quem se desenvolveram os entendimentos de Leitão de Abreu, Regina Nery e Piero Calamandrei⁸⁴.

Embora concordemos com a eficácia constitutiva da decisão no controle de constitucionalidade, a posição quanto à natureza de anulabilidade do ato inconstitucional merece alguns comentários críticos.

Primeiro, peca por confundir os planos da existência e da validade da norma jurídica, incidindo no mesmo erro que já denunciava Moreira Alves e Pontes de Miranda sobre a confusão dos pandectistas sobre o significado do *nullus* no direito romano – isto é, a mistura entre invalidade e inexistência. Afirmava Hans Kelsen que “quando se diz ‘validade’, quer-se dizer a existência específica das normas”⁸⁵, para concluir que toda norma jurídica nasce válida, sob pena de sequer poder existir como norma. Como se vê, o jurista austríaco afirma que norma existente é norma válida, e norma inválida é norma inexistente, o que evidentemente revela uma mistura indevida dos planos do ato jurídico. O que é pressuposto de existência das normas jurídicas é a pretensão de validade, e não a validade em si. Se determinada lei confessasse logo no seu primeiro artigo que ela viola a Constituição – abrindo mão de querer ser válida –, aí sim se poderia dizer que a norma seria inexistente. Porém, se a lei é produzida pelo Parlamento, tem todos os seus elementos fáticos que lhe dão suporte constitutivo no mundo jurídico, então a norma terá a pretensão de ser válida, que poderá ser desfeita com a decisão do agente competente. Por isso, as normas jurídicas vêm ao mundo jurídico com presunção relativa de validade, em vez de presunção absoluta.

Além disso, também se mostra equivocada a conclusão de Kelsen de que o ato inconstitucional seria anulável, porque toda norma nasce válida e precisaria de decisão desconstitutiva para deixar de valer. Quer dizer, se a respectiva sentença de inconstitucionalidade não vier a existir, então isso seria prova de que a norma viciada não seria nula *ipso iure e ab initio*, mas tão somente anulável. Aí está o segundo equívoco de Hans Kelsen e dos demais doutrinadores que o acompanham: de achar que a anulabilidade se reduz à mera possibilidade de anular, já que a sanção de invalidade seria dependente da contingência de haver ou não a decisão judicial anulatória. Na verdade, o fato de a sanção de invalidade estar em função sentença desconstitutiva não significa necessariamente que se adota o regime jurídico da anulabilidade. Isso porque ambas as sanções de invalidade – nulidade e anulabilidade – precisam ser decretadas constitutivamente para que possam surtir efeito. Ao contrário do que

⁸⁴ A posição doutrinária de Piero Calamandrei, a despeito de com ela não se concordar, é fundada no direito positivo italiano, de modo que a crítica ao seu entendimento precisa ser compreendida *cum granu salis*.

⁸⁵ KELSEN, Hans. *General theory of law and state*. 3. ed. Harvard University Press: Cambridge, 1949, p. 30.

se infere do raciocínio de Hans Kelsen, a diferença entre anulabilidade e nulidade está na sujeição da sanção ao exercício da pretensão de invalidade – o ato anulável só se torna inválido se assim pedir a parte legitimada pelo direito objetivo, enquanto o ato nulo tem sua nulidade decretada porque a lei obriga o juiz a fazê-lo, mesmo que de ofício. Mas, nos dois casos, é preciso haver decisão judicial que aplique a sanção.

Dessa forma, quando Kelsen diz que a norma inconstitucional é anulável, porque a anulação depende da decisão desconstitutiva, seria mais correto dizer: a norma inconstitucional é anulável, porque sua desconstituição depende do exercício da pretensão da parte prejudicada e legitimada para tanto, de acordo com o direito objetivo, não podendo o juiz agir de ofício.

Todavia, parece-nos que Hans Kelsen e os demais defensores da anulabilidade não querem dizer isso, tampouco aceitam as demais diferenças entre os dois regimes de invalidade. A observação que nos resta é de que, quando os alguns constitucionalistas defendem o dogma da anulabilidade, estão analisando o fenômeno da inconstitucionalidade pela perspectiva processual, em vez do direito material, como faz José Afonso da Silva em relação aos efeitos da decisão proferida em ADI; dizem que o ato inconstitucional é anulável, quando apenas querem se referir ao caráter constitutivo da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade.

Ainda sobre as modalidades de invalidade do ato inconstitucional, Gilmar Mendes afirma que a nulidade não é uma consequência lógica da inconstitucionalidade, tendo em vista a experiência de diversos países que adotam a solução da anulabilidade⁸⁶.

Com essa posição, concorda-se parcialmente.

De início, Gilmar Mendes tem razão ao defender que a anulabilidade e outras soluções intermediárias podem, sim, ser soluções viáveis para a proteção da Constituição. Contudo, uma ressalva precisa ser feita: a adoção desse regime jurídico sancionatório depende de previsão expressa no texto constitucional – como sói ocorrer em todos os casos em que se atribui a sanção de anulabilidade. Como já exposto anteriormente, a anulabilidade é uma mitigação do rigor da nulidade, de sorte que, sendo exceção, precisa ter previsão normativa clara na Constituição e não pode ser extraída via interpretação extensiva. Também não pode a lei infraconstitucional estabelecer a anulabilidade, em vez de nulidade, por ser sanção menos grave de invalidade, pela qual se pode criar situações de negativa de vigência da Constituição. Sem dúvida, é formalmente inconstitucional a lei que disponha que o ato inconstitucional é anulável, por afronta à efetividade e soberania da Constituição.

⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo, Saraiva, 1990, p. 15.

A Constituição da Áustria, por exemplo, no art. 140 emprega a expressão *aufhebung* para indicar a adoção do dogma da anulabilidade – a mesma utilizada por Hans Kelsen para explicar a anulação das leis inconstitucionais pela Corte Constitucional, que atuaria como legislador negativo, revogador das normas viciadas. Não caberia ao intérprete deduzir a solução da anulabilidade, se a Constituição austríaca não fizesse uso dessa terminologia, nem indicasse de outro modo que a Corte apenas anula os atos inconstitucionais.

Se é silente a Constituição, então a solução tecnicamente mais adequada – do ponto de vista da efetividade e da supremacia da Constituição – é o regime da nulidade, porque protege com mais rigor a força normativa da Carta Política. Com efeito, a necessidade de previsão expressa da sanção de anulabilidade decorre da própria teoria do direito, de modo que é inadequado inferir sanção menos grave e, portanto, excepcional, quando o ordenamento jurídico não a prevê.

Portanto, a supremacia da Constituição implica na adoção do dogma da nulidade – a não ser que a Constituição adote expressamente outro regime sancionatório menos rigoroso. Trata-se de consequência lógica de outras duas conclusões já afirmadas: a Constituição é o fundamento de validade de todos os atos jurídicos, de sorte que são inválidos todos os atos que a violam, atraindo-se a sanção mais grave da nulidade, a não ser que a própria Constituição disponha que o regime jurídico sancionatório é o da anulabilidade.

1.3 Efetividade da Constituição e hipóteses de exceção

Há, também, uma terceira repercussão relacionada à supremacia e efetividade da Constituição: apenas a norma constitucional pode definir suas hipóteses de exceção, que devem ser interpretadas restritivamente. Se a Constituição ocupa lugar privilegiado na pirâmide normativa, então só ela própria pode estabelecer os casos em que não se aplica, sem possibilidade de ampliação pela via interpretativa. Se admitíssemos que a norma inferior pudesse dispor livremente de maneira contrária à norma superior, então estaríamos negando a hierarquia e a obrigatoriedade da Constituição⁸⁷. É por isso que é imprescindível a existência

⁸⁷ Mesmo Schmitt, que não era um defensor da ideia de Constituição jurídico-formal, afirmava que os Estados que permitem que a sua Constituição seja alterada normalmente por outras leis, sem seguir um rito legislativo qualificado, na verdade sequer tem uma Constituição formalmente fundamental, rígida e soberana. “*There are states where all legal provisions regardless of their content can be changed by a simple statute. Absent is any special protection against changes, and there is also no longer any difference between constitutional laws and simple statutes, so that one may not speak ‘formally’ at all of constitutional laws*”. SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Londres: Duke University Press, 2008, p. 71.

de um órgão guardião da Constituição, sem o qual não se pode conceber um sistema de proteção das normas constitucionais.

Deve-se a Carl Schmitt os escritos mais aprofundados sobre a relação intrínseca entre a guarda da Constituição e suas hipóteses de exceção. Schmitt defendia que o Judiciário não poderia ser precisamente conceituado como um protetor da Constituição, porque os Tribunais seriam tão somente instâncias sentenciadoras, dedicadas estritamente à solução de litígios com base na lei posta. Os juízes aplicam as normas ao caso concreto e se recusam a se engajar em atividades políticas ou legislativas. Ocorre que, para Schmitt, a Constituição não é simples norma; não tem o mesmo sentido jurídico-formal que atribui a tradição positivista de Hans Kelsen⁸⁸. Se a Constituição fosse apenas norma jurídica, ela jamais poderia ser soberana, como pretende ser. Dizia Schmitt, em tradução livre, que “apenas algo que existe em termos concretos pode ser propriamente soberano. A mera norma válida não pode ser soberana”⁸⁹. A efetividade da Constituição implicaria a rejeição do seu sentido normativo puro – ao contrário do argumento de Konrad Hesse –, de sorte que a sua validade dependeria do poder *de facto* da decisão política fundamental do povo⁹⁰.

Então, partindo da premissa de que a Constituição é decisão política fundamental da totalidade homogênea do povo, os Tribunais jamais poderiam ser seus guardiões, avessos que são à atividade partidária e legislativa⁹¹. Se a Constituição, ainda assim, insistisse em atribuir aos juízes o “direito de exame judicial”, isso levaria à formação de um “Estado judicial que subordina a totalidade da vida pública ao controle dos tribunais ordinários”⁹². Ou seja, o juiz se colocaria numa posição em que ele tem autoridade sobre a Constituição, sobre as decisões políticas fundamentais tomadas pelo povo.

Nisso, haveria um problema de legitimidade democrática do Judiciário. Os juízes não são eleitos e não têm o poder para negar as decisões políticas do povo. Mais adequado seria,

⁸⁸ Por sinal, é nisso que se baseia a crítica de Carl Schmitt sobre a positivação no texto constitucional de normas tipicamente legais. Ao seu ver, a Constituição deve ser apenas o conjunto de regras que constituem a organização política do Estado e dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Todo o resto que não diga respeito às questões políticas essenciais da nação não deveria estar presente no texto constitucional, sob pena de relativizar o sentido da Constituição como lei fundamental.

⁸⁹ SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Londres: Duke University Press, 2008, p. 63.

⁹⁰ Concisamente, Schmitt dizia que a Constituição de Weimar era válida porque o povo alemão “deu a si próprio aquela constituição.” SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Londres: Duke University Press, 2008, p. 65.

⁹¹ Schmitt aceita que os Tribunais apenas sejam os guardiões da parte da Constituição sobre a “autoproteção dos tribunais contra intervenções não-autorizadas dos outros poderes públicos (...), ou seja, daquela que diz respeito à sua própria base e posição, das determinações sobre a independência da justiça.” SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 26.

⁹² SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 22.

para Schmitt, que o Presidente do *reich* protegesse as decisões políticas fundamentais, por ser o único agente público que mantém a identidade governante-governado na sua integralidade⁹³.

Além da legitimidade, o chefe do Executivo seria o único com poderes suficientes para manter a integridade da Constituição. É que a guarda das normas constitucionais só poderia ser atribuição de quem exerce o poder sobre as situações-limite, em que é necessário excepcionar a própria Constituição – isto é, de quem tem o poder de instaurar Estado de Exceção. O verdadeiro Guardião do texto constitucional é quem tem o poder de aboli-lo, suspendê-lo, de dizer quando não se aplica.

À época, Schmitt referia-se principalmente ao artigo 48 da Constituição de Weimar, que dava poderes ao Presidente do *reich* para usar as forças armadas e as demais medidas necessárias para restaurar a ordem constitucional, caso algum Estado deixasse de cumprir a Constituição.

Aí reside a contribuição de Schmitt para nós. Em que pese sua inclinação autoritária e as criticáveis ideias sobre democracia homogênea, o jurista alemão tem razão quanto à natureza do controle de constitucionalidade. A guarda da Constituição, em última análise, é o controle sobre o estado de exceção constitucional. A decisão de inconstitucionalidade de uma lei nada mais é do que a afirmação de que o ato impugnado criou uma exceção constitucional que não era autorizada.

Quando um Tribunal deixa de aplicar uma norma que entende ser incompatível com a Constituição, está dando origem a uma espécie de estado de emergência constitucional, *mutatis mutandis*⁹⁴. Com a finalidade de restaurar a vigência da Constituição, suspende-se o princípio da legalidade e, conseqüentemente, a própria norma constitucional que vincula os juízes às leis promulgadas pelo Parlamento. Isso nos revela que não há uma diferença estrutural entre o controle jurisdicional de constitucionalidade e o Estado de Exceção instaurado por outras

⁹³ Importante conceito de Carl Schmitt é o argumento da contradição lógica na democracia representativa. Para Schmitt, a democracia depende da identidade governante-governado, sem o que não há governo do povo, na sua totalidade. No entanto, o pluralismo oriundo da democracia representativa impediria a formação dessa identidade. Isso porque a representatividade necessariamente atomizaria a sociedade, que passaria a se engajar politicamente por meio de vários pequenos grupos de interesses, em vez de agir coletivamente em favor dos interesses gerais e homogêneos de todos. Essa fragmentação do modelo representativo sabotaria as chances de a vontade do povo como um todo se projetar no governo, minando o princípio da identidade que funda a democracia. Ou seja, seria impossível haver identidade onde há mera representação. A única forma efetiva de manter a democracia seria renunciar a intenção de representar todos os interesses particulares da sociedade. No lugar da democracia parlamentarista, deveria-se colocar a democracia executiva, concentrada em líderes simbólicos e fortalecidos, capazes de manter a integridade e homogeneidade da vontade política do povo.

⁹⁴ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 30.

autoridades competentes⁹⁵, em que se suspende certas normas constitucionais para preservar a totalidade da ordem constitucional.

Não à toa, a primeira forma de controle abstrato de constitucionalidade no direito brasileiro foi a representação interventiva das Constituições de 1934⁹⁶ e de 1946, em que o Procurador-Geral da República acionava o Supremo Tribunal Federal para decretar intervenção federal e afastar lei subnacional que ofendesse princípios constitucionais sensíveis⁹⁷.

A violação da Constituição mostra-se, paradoxalmente, necessária à sua proteção. É, contudo, violação legítima da Constituição para assegurar a sua própria sobrevivência – *Verfassungachtende Verfassungsdurchbrechung*, para usar a expressão de Carl Schmitt⁹⁸ –, como se fosse uma espécie de cláusula de exclusão da antijuridicidade ou, melhor dizendo, “anticonstitucionalidade”.

Essa cláusula, todavia, não pode ser invocada irresponsavelmente, sempre que se queira suspender trecho da Constituição a pretexto de salvá-la. Tampouco é aceitável que essa cláusula seja aplicada automaticamente, sem maiores considerações sobre os princípios e normas aplicáveis ao caso. A carta branca para excepcionar confessadamente a Constituição, com a finalidade de “resguardá-la”, implicaria significativa perda de força normativa das normas constitucionais, caso utilizada de modo automático e impensado.

No entanto, é isso que pretendem aqueles que sustentam a automática intangibilidade da coisa julgada que perpetua a violação da Constituição, sob a justificativa de suposta autonomia da interpretação judicial em face da Constituição, para resguardar o “princípio” constitucional da segurança jurídica⁹⁹.

As violações legítimas da Constituição – suas hipóteses de exceção – são, em regra expressas, autorizadas pela própria Carta Política e sujeitas à interpretação restritiva, sob pena de tornar-se em subversão ilegítima da Constituição – *Verfassungsmißachtende Verfassungsdurchbrechung*.

Não podemos esquecer que a incerteza faz parte da interpretação do texto jurídico, embora não se possa dizer que o Direito em si é indeterminado.

⁹⁵ No Brasil, temos a previsão de Intervenção Federal, Estado de Defesa e de Sítio, vide arts. 34, 136 a 139 da Constituição Federal.

⁹⁶ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed. São Paulo: Imprensa, 1980, p. 170.

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 2.467-2.468. E-book. ISBN 978-65-5559-395-2.

⁹⁸ Expressão no original SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Berlim: Duncker & Humblot, 2017, p. 100.

⁹⁹ Tema é abordado com mais profundidade no capítulo 3.

Essa *aparência* indeterminada do Direito nos exige postura de humildade e autocontenção diante da sugestão de haver a tal cláusula aberta de exclusão de “anticonstitucionalidade”. A sua incidência, em última análise, estaria em função da ponderação entre os valores constitucionais violados e os que foram preservados, com vistas a um saldo positivo.

Não bastasse a fragilidade da técnica ponderação do ponto de vista da teoria da argumentação jurídica – em razão da subjetividade do utilitarismo teleológico que encampa, à revelia da natureza deontológica do Direito –, a hipotética cláusula excludente de “anticonstitucionalidade” implicaria juízo sobre quando podemos criar um Estado de Exceção e suspender, confessadamente, a Constituição – norma jurídica fundamental que dá sustentação a todo ordenamento jurídico.

Evidentemente, tal norma precisa ser vista com cautela – a exemplo do art. 11 da Lei nº 9.882/1999, que permite a modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade nos casos de excepcional interesse social, a bem do princípio da inoponibilidade das nulidades perante terceiros de boa-fé. A comparação entre o que foi “sacrificado” e o que foi “salvo” é inerentemente subjetiva, de modo que é preciso haver razões de princípio¹⁰⁰ para justificar discursivamente a derrotabilidade de uma norma constitucional para preservar outra. Ou seja, mesmo que se aceite a referida norma excepcional, sua incidência não pode ser automática e irrefletida.

Aqui não se afirma que a Constituição tem regulamentação precisa e completa, de modo a extirpar a prerrogativa dos Poderes Legislativo e Executivo de editarem normas infraconstitucionais que restringem o alcance da lei fundamental. Fosse assim, não haveria normas constitucionais de eficácia contida¹⁰¹. O que certamente não se pode admitir é a existência de uma regra peremptória, mas implícita, que delegue a Judiciário o poder de excepcionar indiscriminadamente a Constituição em qualquer caso e de modo automático, como é o caso da coisa julgada inconstitucional. A Constituição não tem cláusulas suicidas. Com efeito, apenas a norma fundamental pode dizer, expressa e claramente, quando pode ser suspensa ou violada.

¹⁰⁰ Adotamos a concepção de Dworkin, para quem princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

¹⁰¹ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 103-117.

CAPÍTULO 2: A JURISDIÇÃO E A EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Os postulados da supremacia da Constituição pressupõem a sua capacidade sancionatória. Isto é, caso seja descumprido a norma constitucional, deve haver a respectiva resposta do ordenamento que invalide o ato jurídico inconstitucional, mediante a atuação de jurisdição constitucional forte e independente. Conforme nos lembram Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco, citando Hans Kelsen, “não se afigura suficiente uma sanção direta ao órgão ou agente que promulgou o ato inconstitucional, porquanto tal providência não o retira do ordenamento jurídico. Faz-se mister a existência de órgão incumbido de zelar pela anulação dos atos incompatíveis com a Constituição”¹⁰².

Muito embora sejamos críticos do entendimento segundo o qual *apenas* o Judiciário tem o poder-dever de fazer o controle de constitucionalidade – até porque a Constituição é norma que deve ser aplicada por todos, inclusive pelo povo e pelos demais Poderes –, é certo que o constituinte de 88 investiu na expansão da jurisdição constitucional no desenho institucional do controle de constitucionalidade, conforme nos ensinam Godoy e Chueri¹⁰³. Expandiu o rol de legitimados para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade – dando fim ao antigo monopólio do Procurador-Geral da República¹⁰⁴. Atribuiu expressamente eficácia contra todos e efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal, bem como criou novas ações de controle abstrato de constitucionalidade, como a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental¹⁰⁵.

Muito além do controle de constitucionalidade, a jurisdição exerce importante papel na efetividade da Constituição, mesmo quando apenas aplica normas infraconstitucionais, interpretando-as a partir do texto constitucional. Em verdade, a apreciação de ameaça e violação a direito já é em si o desempenho de função constitucional. No pacto do Estado Democrático

¹⁰² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 2.318. E-book. ISBN 978-65-5559-395-2.

¹⁰³ GODOY, Miguel Gualano de; CHUERI, Vera Karam de. *Marbury versus Madison: uma leitura crítica*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 144-153. E-book. ISBN 978-85-362-6899-6.

¹⁰⁴ Na vigência da Constituição Federal de 1967/69, o Procurador-Geral da República tinha o monopólio da legitimidade ativa para propor a ação de representação. Dizia o art. 114, I, alínea “I”, da Constituição que cabia ao Supremo Tribunal Federal julgar a “a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”. Com a nova Constituição de 1988, o rol foi ampliado para incluir novos legitimados vinculados ao poder público e à sociedade civil, como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, as entidades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais, vide art. 103 da Constituição.

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 78.

de Direito, veda-se a autotutela e o exercício arbitrário das próprias razões. Em contrapartida, o Estado-juiz cumpre com o seu dever constitucional de prestar a tutela jurisdicional dos direitos, garantindo o direito fundamental do art. 5º, XXXV, da CF/88. Por isso, toda vez que os tribunais protegem o direito de alguém, estão, ao mesmo tempo, assegurando a efetividade da Constituição.

Daí porque se entrelaçam a jurisdição, o acesso à Justiça e a efetividade da Constituição. Nessa toada, abordamos neste capítulo a nossa compreensão do papel da jurisdição constitucional na efetividade da Constituição, com a lente do acesso à Justiça, a fim de identificar os limites da legitimidade da atividade jurisdicional.

2.1 Jurisdição, acesso à Justiça e efetividade da Constituição: o processo como forma de (re)construção de normas jurídicas individuais na busca da (única) interpretação correta

Não cabe aos juízes tão somente a subsunção da norma ao caso. As leis relacionam fatos descritos abstratamente a sanções igualmente abstratas. É preciso saber se, na realidade, esse fato descrito no texto legal efetivamente existe para só então haver a consequência cominada pela lei. Do ponto de vista descritivo, o magistrado, intermediador que é entre o Legislativo e o povo¹⁰⁶, (re)constrói a norma jurídica individual, aplicável ao caso concreto entre as partes¹⁰⁷. Contudo, há limitações importantes para a atuação do magistrado: **(i)** a linguagem, que, em razão da polissemia e da inevitável necessidade de interpretar os textos, projeta as antecipações de sentido do intérprete¹⁰⁸, e **(ii)** as lacunas normativas aparentes, colisões aparentes de normas (antinomias) e os desacordos morais razoáveis nos casos difíceis¹⁰⁹, obrigando o juiz a recorrer a normas supletivas como os princípios gerais de Direito e a analogia, sob pena de incorrer em *non liquet* – vedada entre nós.

¹⁰⁶ Como já dizia Alexander Hamilton no clássico Federalista nº 78: “If it be said that the legislative body are themselves the constitution judges of their own powers, and that the construction they put upon them is conclusive upon the other departments, it may be answered that this cannot be the natural presumption where it is not to be collected from any particular provisions in the Constitution. It is not otherwise to be supposed that the Constitution could intend to enable the representatives of the people to substitute their will to that of their constituents. It is far more rational to suppose that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned by their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts” (HAMILTON, Alexander. The federalist number 78. In: HUTCHINS, Robert Maynard. *Great books of the western world*. v. 43. London: Encyclopaedia Britannica, 1952, p. 231).

¹⁰⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 256.

¹⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento e Casa do Direito, 2017, p. 93.

¹⁰⁹ Aderimos ao conceito de casos difíceis de Luís Roberto Barroso. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 298-299.

O conjunto dessas circunstâncias *fáticas* nos leva a perceber que a mera subsunção do texto não é suficiente para a formação da norma individual. Por isso que – numa perspectiva empírico-descritiva – não é verossímil a ideia de que a atividade do juiz é de revelar a vontade concreta da lei, conforme dizia Chiovenda¹¹⁰.

Em verdade, o conceito de jurisdição de Chiovenda não parece ser compatível com a realidade da prática jurídica. Sua proposta não consegue explicar um simples fenômeno: as decisões judiciais erradas. Quando os juízes erram, não aplicando a vontade concreta da lei, por acaso a decisão perde instantaneamente sua validade? Não perde e nem deve perder automaticamente¹¹¹. Se a parte não impugnar a incorreção da decisão, a regra é que ocorra preclusão. E ainda que o jurisdicionado recorra, se eventualmente todas as instâncias recursais deixarem de corrigir o erro, a norma jurídica da decisão judicial fica imune, por força da coisa julgada.

Assim, parece mais adequada a visão de Francesco Carnelutti, para quem o exercício da jurisdição está associado à “justa composição da lide”¹¹². A função do juiz não é meramente declaratória, de dizer o direito do caso, porque a lei, sozinha, não tem o condão de promover a pacificação do conflito¹¹³. Seu ofício é interpretar a norma genérica e criar a norma jurídica individual, a fim de estabilizar os conflitos sociais, em busca da norma *virtual* do caso, que contém a interpretação correta do Direito para determinada situação. Por isso, toda decisão

¹¹⁰ “El Estado moderno, pues, considera como función esencial y propia del juez la administración de justicia. Sólo el puede aplicar la ley al caso concreto, y éste poder llámase «jurisdicción». A esto atiende con órganos adecuados (jurisdiccionales) los más importantes de los cuales son los jueces (autoridad judicial), ante ellos debe formular su demanda quien desee hacer valer en juicio un derecho” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. t. 1. Tradução de José Casáis y Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1922, p. 82).

¹¹¹ “Mesmo quando eivado de vício que determina sua nulidade, porém, o ato processual considera-se de início válido e eficaz, deixando de sê-lo apenas quando um pronunciamento judicial decreta a nulidade: a ineficácia do ato decorre sempre do pronunciamento judicial que lhe reconheça e pronuncie a irregularidade” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 419).

¹¹² CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. v. 1. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 43.

¹¹³ A lei e o Direito são linguagem instrumental e, como tal, precisam da atuação concreta do intérprete para ganhar vida além da dimensão deontológica. Como dizia Calmon de Passos, “o direito não existe na natureza. Não é sólido, nem líquido, nem gasoso; nem é mineral, nem vegetal, nem animal; não se compõe nem de moléculas nem de células” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Até quando abusarás, é Catilina? Cautelares e liminares – catástrofe nacional. In: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Ensaios e artigos*. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 170). O professor ainda nos alertava: “o direito, enquanto produto de pensamento e decisão (julgamento) é sempre linguagem, texto, proposição descritiva ou proposição prescritiva, extremamente vulnerável e impotente” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. In: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Ensaios e artigos*. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 32).

judicial tem algum elemento constitutivo¹¹⁴ – ainda que não preponderante –, no sentido de que reconstrói a norma do caso, a partir da norma geral¹¹⁵.

A visão de Chiovenda, contudo, não deve ser completamente abandonada. Em vez disso, nós propomos uma conciliação entre as duas perspectivas, tradicionalmente tratadas como contrapostas pela doutrina processualista¹¹⁶. Por um lado, Carnelutti tem razão quando diz que a lei geral e abstrata, por si só, não tem o condão de pôr fim aos conflitos de interesses e depende do “acréscimo” do processo jurisdicional (norma individual) para definitivamente colocar fim no litígio. Por outro, não se pode dizer que Chiovenda errou ao afirmar que o juiz deve ter a lei como fonte do direito aplicável ao caso (a não ser que se diga que ao magistrado é lícito lançar mão da moral ou de algum senso pessoal e discricionário de justiça para decidir a demanda). Ao nosso ver, ambas as afirmativas, de Carnelutti e de Chiovenda, são verdadeiras em alguma medida. O que as separam são os diferentes níveis discursivos em que operam.

Quer dizer, se, para Carnelutti, a atividade jurisdicional é a criação da norma jurídica do caso para a justa composição da lide, para Chiovenda, a atividade jurisdicional *deve ser* a aplicação correta da lei ao caso concreto. A jurisdição pode ser compreendida tanto da perspectiva *empírico-descritiva* (Carnelutti) como da perspectiva *deontológica* (Chiovenda). Não por outro motivo, Cândido Rangel Dinamarco¹¹⁷ esclarece que tem natureza sociológica a observação de Carnelutti de que a “lei é um produto jurídico incompleto”¹¹⁸, que só se

¹¹⁴ Pontes de Miranda, em sua classificação quinária das ações, já destacava que toda decisão judicial tem algum elemento constitutivo, porque “constitui a si mesma”. Quer dizer, constitui o ato jurídico-processual da decisão em si, que contém a norma do caso, cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. t. 1. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 289.

¹¹⁵ “Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção foi concluída. A função do tribunal não é simples “descoberta” do Direito ou juris-‘dição’ (‘declaração’ do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo. O tribunal que tem de aplicar as normas gerais vigentes de uma ordem jurídica a um caso concreto precisa de decidir a questão de constitucionalidade da norma que vai aplicar, quer dizer: se ela foi produzida segundo o processo prescrito pela Constituição ou por via de costume que a mesma Constituição delegue. Esse fato, a averiguar pelo tribunal, é tanto um pressuposto da sanção a estatuir por ele no caso concreto como o fato, igualmente a apurar pelo tribunal, de ter sido cometido um delito. (...) Só através da verificação, efetuada na decisão judicial, de que uma norma geral a aplicar ao caso apresentado perante tribunal é vigente – e tal norma é vigente quando foi criada constitucionalmente –, se torna esta norma aplicável ao caso concreto e se cria, através dela, para este caso, uma situação jurídica que antes da decisão não existia” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 264-265).

¹¹⁶ Como se vê, por exemplo, em CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 167.

¹¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 229.

¹¹⁸ “La legge non è che un prodotto giuridico imperfetto, il quale ha bisogno per perfezionarsi o dell'accordo delle parti o della imposizione del giudice. So riconosce pertanto oggi che ache suoi effetti puramente dichiarativi, il processo serve a formare il diritto” (CARNELUTTI, Francesco. Saggio di una teoria integrale dell'azione. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, v. 1, parte 1, p. 7, 1946).

aperfeiçoa com o processo judicial. Além disso, em diálogo direto com Chiovenda, Carnelutti afirmava que a declaração da vontade concreta da lei seria apenas o meio pelo qual se atinge a justa composição da lide, que seria a verdadeira finalidade da jurisdição¹¹⁹. Daí a aproximação entre o que pareciam antagônicos.

O *fato* é que as decisões judiciais criam a norma do caso, *devendo* se espelhar no texto legal, em busca da solução correta (norma *virtual*), que, enquanto não for (re)construída pela decisão, não se manifesta concretamente, mas apenas em abstrato, como um *dever ser* ideal.

Por isso, há uma relação circular entre o direito material e jurisdição, que vivem um em função do outro, na medida em que o processo jurisdicional é instrumento para a (re)construção¹²⁰ do direito material, que, por sua vez, dá sentido e finalidade ao processo¹²¹.

No entanto, a despeito da interdependência entre direito processual e material, não podemos dizer que o direito material só existe depois de produzido pela decisão judicial. O direito material antecede a jurisdição numa existência abstrata e ideal, conquanto só alcance sua plenitude concreta com a decisão judicial¹²².

A abertura interpretativa dos textos normativos é apenas o ponto de partida, e não o ponto de chegada do Direito. Serve para perceber que, diante das soluções jurídicas aparentemente possíveis dentro da moldura semântica dos textos normativos, não podemos nos contentar com a discricionariedade do juiz para escolher qualquer uma delas. Numa perspectiva deontológica, o intérprete deve estar ciente do risco de voluntarismo e procurar a interpretação mais racional o possível, que mantenha a integridade e coerência do sistema normativo, do que depende a legitimidade do Direito¹²³. Assim, concordamos com Marcelo Neves na crítica daqueles que entendem que não existe ideal preexistente de Justiça, como se fosse construída

¹¹⁹ “El proceso contencioso, es, por tanto, un proceso caracterizado por el fin, que no es otro que la composición de la litis; quien hace consistir su fin en la declaración de certeza o en la actuación del derecho, confunde el fin con el medio, que veremos, precisamente consiste en esa declaración de certeza o en esa actuación: a más, la declaración de certeza o la actuación del derecho podría ser el fin próximo, pero no el fin último del proceso. Puesto que, como diremos más adelante, la composición debe hacerse según el derecho o según la equidad, y la conformidad con el derecho o con la equidad se expresa mediante el concepto de justicia, la fórmula puede ser integrada hablando de justa composición de la litis. Apenas hay necesidad de advertir que si la justicia de la composición constituye el fin, puede no corresponder a ella el resultado del proceso; la inevitable eliminación de éste, frente a aquél, es el signo de sn humanidad” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. v. 1. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 43).

¹²⁰ “Criar uma norma é, portanto, ao mesmo tempo, aplicar uma outra norma; o mesmo ato é, simultaneamente, de criação e de aplicação do direito” (KELSEN, Hans. *Teoria geral do estado*. Coimbra: Armênio Amado, 1945, p. 105).

¹²¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: MACHADO, Fábio Cardoso; RIZZO AMARAL, Guilherme (Org.). *Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹²² SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 64-65.

¹²³ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento e Casa do Direito, 2017, p. 33-36.

somente depois do processo jurisdicional¹²⁴. Tal compreensão levaria à conclusão inadequada de que “os juízes e órgãos competentes para a concretização normativa não estariam subordinados a normas antes de cada solução de caso”¹²⁵, o que culminaria num realismo solipsista.

Na relação entre a norma individual criada pelo juiz e a norma *virtual* – que representa a solução abstrata e correta do caso específico –, há sempre um vínculo hierárquico, pois o juiz tem o dever de (re)construir a interpretação mais adequada e justa possível. Os magistrados, ao criar a norma concreta, não podem fazer outra coisa senão tentar reproduzir a norma *virtual*. A interpretação incorreta, ainda que razoável e possível dentro dos limites semânticos do enunciado normativo, está sujeita ao aperfeiçoamento na seara recursal, enquanto não transitar em julgado. Como nos ensina Barbosa Moreira, os recursos têm o “intuito de assegurar, na medida do possível, que o pronunciamento a ser emitido tenha conteúdo justo”¹²⁶. Apenas para fins de ação rescisória é que toleramos a interpretação meramente razoável¹²⁷, conforme se extrai do art. 966, V, do CPC e do enunciado da Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal¹²⁸.

¹²⁴ Exemplo disso está na nota de Fredie Didier (org.) à segunda edição da obra *Relativização da coisa julgada*: “o processo é método de construção da norma jurídica individualizada. A decisão judicial produz uma norma jurídica nova; não revela uma norma jurídica já existente. Essa nova regra jurídica é produto de um procedimento cooperativo e organizado em contraditório, o que garante a participação democrática dos interessados na solução daquele caso concreto. Não há uma ‘justiça’ anterior ao processo, que deve ser ‘encontrada’ ou ‘revelada’ pelo magistrado. A justiça é sempre construída pelos sujeitos processuais, em contraditório e cooperativamente” (DIDIER JR, Fredie. Nota do organizador à segunda edição. In: DIDIER JR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 5).

¹²⁵ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 9.

¹²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968, p. 26.

¹²⁷ Há controvérsia quanto ao cabimento de rescisória se houver interpretação errada da norma constitucional. Historicamente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre foi no sentido de que a Constituição não admite interpretação medíocre, em razão do princípio da supremacia da Constituição (v.g. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 89.108, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cunha Peixoto. *Diário da Justiça*. Brasília, 19 dez. 1980). Na mesma linha, Teori Zavascki sustentava a possibilidade de ação rescisória, ao afirmar que a lei constitucional não é uma lei como qualquer outra, mas a norma fundadora do ordenamento jurídico, de onde se extrai a validade e legitimidade das demais normas e atos jurídicos (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 129). Concordamos com o saudoso professor Teori Zavascki no sentido de que a norma constitucional deve, sem dúvida, ter máxima força normativa, intolerante à interpretação incorreta, sob pena de violar sua supremacia (veremos no capítulo 2.2 que a interpretação correta da Constituição, na verdade, só depende paradoxalmente de uma interpretação razoável, ante o princípio da interpretação conforme à Constituição). Isso, contudo, não implica o cabimento de ação rescisória apenas. Conforme abordaremos no capítulo 3, a violação da Constituição impede a formação da coisa julgada, razão pela qual não cabe somente rescisória, mas também ação declaratória de inexistência da coisa julgada (enquanto efeito jurídico), cumulada com a ação de nulidade da sentença que veicula inconstitucionalidade.

¹²⁸ “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 128.

Nesse sentido, a noção de única interpretação correta do Direito (norma *virtual*) é corolário lógico do direito acesso à justiça e, nessa extensão, da efetividade da Constituição. O art. 5º, XXXV, da CF/88 assegura que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Em nosso pacto constitucional, veda-se a autotutela e monopoliza-se o uso legítimo da força no Estado, que, em troca, assume o dever de prestar a tutela jurisdicional dos direitos¹²⁹. Ou seja, se o direito de alguém é violado por um terceiro, essa pessoa pode exigir que o Judiciário o garanta, reestabelecendo o estado de coisas normal.

Ao nosso ver, é incompatível com o acesso à justiça a visão de que o Direito é indeterminado e que só existe efetivamente depois de criado pelo juiz, pelo que não haveria uma única resposta correta. Se o Direito fosse posterior ao processo judicial, então a sua violação/ameaça também seria. O problema é que a Constituição é bastante clara: a violação dos direitos não só é anterior ao pronunciamento judicial, mas é justamente a sua razão de ser. Por isso, há uma inversão de valores por trás da afirmativa de quem, a exemplo de Fredie Didier Jr, entende que “não há uma ‘justiça’ anterior ao processo (...). A justiça é sempre construída pelos sujeitos processuais”¹³⁰: em vez de o Judiciário servir ao direito material, é o direito material que serve ao seu criador, o processo judicial. Daí a incompatibilidade com o direito ao acesso à Justiça e com a instrumentalidade do processo.

Como bem coloca Cândido Rangel Dinamarco, a ideia de jurisdição constitucional vai muito além do controle de constitucionalidade, para abarcar também “toda a ideia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive”¹³¹. Ou seja, só faz sentido pensar em jurisdição compatível com a efetividade da Constituição a partir do acesso à Justiça, que pressupõe a anterioridade e independência do direito material em face da decisão judicial que cria a norma individual do caso. A autonomia do direito material, por sua vez, só existe com a premissa de que há apenas uma interpretação correta do Direito, que antecede, ao menos abstratamente, a norma jurídica produzida pela decisão judicial.

Quando a Constituição determina que o Estado-juiz apreciará a lesão ou ameaça a direito, não quer dizer que o juiz, ao se deparar com a demanda, fará apenas uma interpretação

¹²⁹ BUENO, Cassio S. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil - parte geral do código de processo civil*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 155. E-book. ISBN 9786553624665. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624665/>. Acesso em: 14 abr. 2024.

¹³⁰ DIDIER JR, Fredie. Nota do organizador à segunda edição. In: DIDIER JR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 5.

¹³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 27.

da norma que obedeça a seus “possíveis significados mínimos”¹³², conformando-se com o risco de deixar de amparar parcial ou completamente o direito material. Ora, se são possíveis duas ou mais interpretações, então o juiz tem o dever de dar aquela mais adequada e racional, que mantém coerência e integridade com os compromissos já assumidos pelo ordenamento jurídico, dando a maior proteção possível ao direito material (resposta correta). Do contrário, se permitíssemos aos magistrados escolher qualquer uma delas, transformaríamos o direito de ação em algo meramente formal, em vez do direito ao acesso efetivo à Justiça.

Se a Constituição e as leis geram direitos certos, então esses direitos devem ser assegurados pelo respectivo remédio processual contra lesão e ameaça, conforme determina o art. 5º, XXXV. Logo, não há espaço para se afirmar que há apenas direitos indeterminados¹³³ (ou duplamente indeterminados, como diz Daniel Mitidiero¹³⁴), embora se possa dizer que há a *aparência* de indeterminação.

O conflito gerado pelas possíveis interpretações do texto sempre será aparente, por definição lógica. Partindo da mesma premissa de que a norma é o texto interpretado validamente – premissa, aliás, que é adotada até por aqueles que defendem a indeterminação do Direito¹³⁵ –, é logicamente impossível que existam duas ou mais normas a incidirem sobre um mesmo fato ao mesmo tempo. É que, se existem duas ou mais normas com disposições contrárias, uma sempre prevalecerá sobre as demais. Se não fosse assim – quer dizer, se normas conflitantes pudessem incidir simultaneamente sobre o mesmo fato –, então nenhuma delas seria obrigatória, o que é uma contradição em termos, pois é da essência da norma vincular e obrigar seus destinatários. Dois corpos não podem ocupar o mesmo espaço, assim como uma

¹³² A expressão é de Daniel Mitidiero (MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 16).

¹³³ Como parece sustentar Hermes Zaneti Jr: “o direito material se torna incerto no processo. A tal ponto de caracterizar-se naturalmente como afirmação, portanto, sempre estará ali in status assertionis, jamais como verdade insofismável, imutável” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: MACHADO, Fábio Cardoso; RIZZO AMARAL, Guilherme (Org.). *Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 178).

¹³⁴ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 55. Em outra obra mais recente, afirma: “Os textos são equívocos porque são ambíguos, complexos, implicativos, defectivos e, por vezes, se apresentam em termos exemplificativos ou taxativos. As normas são vagas porque não é possível antever exatamente quais são os fatos que recaem nos seus respectivos âmbitos de incidência. MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 23.

¹³⁵ Vide Daniel Mitidiero: “a interpretação acabou se tornando uma atividade de reconstrução e adscrição de significados. Posta a questão nesses termos, a distinção entre texto e norma passou a ser vista como lugar comum. Nessa linha acentuou-se que interpretação tem por objeto o texto, e não a norma, que começou a ser vista como o resultado da interpretação” (MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 16).

proposição não pode ser falsa e verdadeira ao mesmo tempo, tampouco podem duas normas ser válidas para o mesmo fato.

Por isso, entendemos não ser a melhor visão da jurisdição aquela segundo a qual o “direito ao acesso à proteção judicial significa (sic) essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”¹³⁶. Hoje, essa perspectiva formalista – que dá ao jurisdicionado apenas o direito a uma decisão judicial que guarda autonomia em face do produto do legislador¹³⁷, à margem da interpretação correta, íntegra e coerente – não se mostra em sintonia com a garantia fundamental do art. 5º, XXXV, da CF/88 de que aos jurisdicionados é dado o direito de obter a decisão correta, que efetivamente assegura seu direito material (pré-existente).

Reiteramos: a existência de uma única interpretação correta do Direito – representada na norma *virtual* do caso – é corolário lógico do direito ao acesso à Justiça e à efetividade da Constituição. Do contrário, nega-se a ideia de jurisdição constitucional, pela qual se entende que o processo jurisdicional “é meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos e da execução das leis”¹³⁸.

Além disso, seguindo a doutrina de Ovídio Baptista¹³⁹ e de Pontes de Miranda¹⁴⁰, não podemos abandonar por completo a noção de ação de direito material, entendida como o exercício da pretensão sem haver provocação da tutela jurisdicional – ainda que não a consideremos como etapa prévia e necessária da ação processual abstrata. Prova de que o

¹³⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 9.

¹³⁷ Vide Luiz Guilherme Marinoni, para quem “a interpretação depende do correto emprego de critérios de eleição aceitáveis para se chegar num significado que guarda **autonomia em face do produto do legislador** (...) as diretrizes interpretativas não constituem regras lógicas, mas critérios que são eleitos e preenchidos mediante valorações e opções do intérprete, a conduzirem a um resultado-interpretação que expressa a sua vontade” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: arts. 525, §§ 12, 12, 14, 15, CPC/2015*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 26-27).

¹³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 29-30.

¹³⁹ “Enquanto exijo, em exercício de pretensão, espero o cumprimento mediante ato voluntário do obrigado, ainda não ajo para a satisfação, com prescindência de qualquer ato de cumprimento por parte do sujeito passivo. A partir do momento em que o devedor, premido pela minha exigência, mesmo assim não cumpre a obrigação, nasce-me a ação. Já agora posso agir para a satisfação, sem contar mais com a ação voluntária do obrigado. A ação de direito material, tal como agora a estamos definindo, é o exercício do próprio direito por ato e seu titular, independentemente de qualquer atividade voluntária do obrigado” (SILVA, Ovídio Baptista da. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. In: MACHADO, F. C.; AMARAL, G. R.; OLIVEIRA, C. A. A. de. et al. *Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 19-20).

¹⁴⁰ “A ação exerce-se principalmente por meio de ‘ação’ (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica, que o Estado criou. A ação exerce-se, porém, de outros modos. Nem sempre é preciso ir-se contra o Estado para que ele, que prometeu tutela jurídica, a preste; nem portanto, estabelecer-se a relação jurídica processual, na qual o juiz haja de entregar, afinal, a prestação jurisdicional. A ação nada tem com a pretensão à tutela jurídica” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. t. 1. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 124.

Direito existe antes do reconhecimento pelo Estado-juiz é o amplo conjunto de fenômenos jurídicos que independem da intervenção da autoridade judicial, geralmente relacionados com autotutela lícita e cumprimento espontâneo de obrigações¹⁴¹. Em especial, Ovídio Baptista, com razão, dizia que “o direito material existe, nas relações reais da vida social, constituindo um sistema que não se confunde com o momento litigioso dos direitos, que é o campo da relação processual”¹⁴².

Portanto, ao nosso ver, parece-nos que aqueles que anunciam a indeterminação do Direito misturam indevidamente a observação realidade da prática jurídica com a perspectiva do *dever ser* do Direito e da jurisdição. Não discordamos que, na prática, o Direito tem *aparência* de indeterminação, especialmente os textos da lei e dos precedentes judiciais. O giro linguístico nos demonstra exatamente isso¹⁴³. Contudo, numa perspectiva *deontológica*, entendemos que o Direito não pode ser caracterizado como indeterminado, da mesma forma que a jurisdição não deve se aproveitar dessa suposta indeterminação para dar azo a discricionariedades judiciais.

Por mais que se possa dizer que o direito material é *percebido como incerto* durante o processo judicial, não nos parece acertado concluir que ele deixa de existir¹⁴⁴. Seria desproporcional o poder atribuído ao litigante se pudesse, com a mera ação processual, afastar a certeza do direito substancial, especialmente no campo do direito sancionador, como a improbidade administrativa; não se pode, por exemplo, elidir a presunção de inocência do agente público apenas com o ajuizamento de ação que acuse enriquecimento ilícito.

O direito material, como solução correta do caso, sempre existe em abstrato na forma de norma *virtual*, muito embora seja verossímil concluir que seja inalcançável em sua plenitude, sobretudo nos casos difíceis. A multiplicidade de interpretações possíveis da lei não nos obriga a aceitar a discricionariedade judicial, mas deve ser afinada na solução correta, a partir de um

¹⁴¹ Eduardo Couture já apontava para a existência do Direito fora do processo. “A doutrina denomina ‘realização espontânea do direito’ este imenso caudal de fenômenos jurídicos que se realiza sem intervenção da autoridade. O governo estabelece um imposto e os contribuintes protestam, mas pagam; os pais alimentam seus filhos não mais porque o Código Civil ordena, mas porque há profundo imperativo humano que os leva a isso; os devedores pagam o que devem a seus credores porque assim dita sua consciência; o trabalhador presta o trabalho que comprometeu a dar porque há motivos estritamente não jurídicos que o levam a isso. Se um dia essa realização espontânea do direito cessar [...] se todos os devedores ou todos os trabalhadores tivessem de ser levados até o tribunal para que cumprissem suas obrigações, a máquina do Estado saltaria feita em pedaços.” COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 54.

¹⁴² SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

¹⁴³ “A lei é sempre deficiente, não porque o seja por si mesma, mas porque frente ao ordenamento a que intencionam as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas.” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 474.

¹⁴⁴ Aqui concordamos com as observações de Rodrigo Nery em obra que resulta da sua dissertação de mestrado. NERY, Rodrigo. *Repensando a coisa julgada e os motivos da decisão*. Londrina: Thoth, 2022, p. 54-57.

procedimento interpretativo racional, do qual o Judiciário extrai sua legitimidade. Quando os magistrados se deparam com as demandas judiciais, têm o dever de produzir a norma concreta que mais se aproxime dessa solução ótima, existente no plano virtual num estado de pendência. Afirmar o contrário – que o direito material inexistia antes da decisão judicial – é dizer que os juízes têm o poder de “inventar novos direitos retroativamente”, para usar a expressão de Ronald Dworkin¹⁴⁵.

2.2 Legitimidade da jurisdição constitucional e interpretação correta: entre facticidade e validade

Embora digamos que para todo caso há uma norma *virtual*, que representa a solução correta do caso, essa afirmação, por si só, é insuficiente. De fato, não poderíamos defender que a função da jurisdição é reconstruir a norma individual *correta* sem explicar, em nossa compreensão, como fazê-lo legitimamente. Isso é especialmente sensível para a jurisdição constitucional, aqui compreendida como a atividade que interpreta e aplica a Constituição¹⁴⁶.

Num contexto de desacordos morais razoáveis, lacunas normativas aparentes e ambiguidades semânticas do texto normativo, a interpretação correta da Constituição parece inatingível ou mero pretexto para institucionalizar a subjetividade judicial.

Esse ceticismo, contudo, é uma armadilha. Sem a referência da decisão correta, ainda que abstrata, ficamos sem rumo de Justiça. É melhor um ideal a ser constantemente perseguido, do que usar uma *esponja para apagar o horizonte* do Direito Constitucional – parafraseando a personagem do “homem insensato” de Nietzsche¹⁴⁷. Abandonar a noção de decisão correta

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127.

¹⁴⁶ Por “jurisdição constitucional” entendemos se tratar da atuação judicial que interpreta e aplica a Constituição, o que se dá de duas formas diferentes. A primeira é na subsunção direta da norma constitucional ao caso concreto. A segunda é a aplicação indireta da Constituição, a fim de fazer o controle de constitucionalidade da norma infraconstitucional ou para atribuí-la a melhor interpretação conforme a Constituição. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 430.

¹⁴⁷ Na obra *a Gaia Ciência*, a personagem do “homem insensato” corria pelas praças públicas procurando por Deus, apenas para descobrir que o ideal divino teria sido assassinado pela modernidade. Então exclamava “Para onde foi Deus? É o que vou dizer. Nós o matamos – vocês e eu! (...) Mas como fizemos isso? Como conseguimos esvaziar o mar? Quem nos deu uma esponja para apagar o horizonte? Que fizemos quando desprendemos esta terra da corrente que a ligava ao sol? Para onde vai agora? Para onde vamos nós? Longe de todos os sóis? Não estamos incessantemente caindo? Para diante, para trás, para o lado, para todos os lados? Haverá ainda um acima e um abaixo? Não estaremos errando como num nada infinito?” (NIETZSCHE, Friedrich. *A Gaia Ciência*. São Paulo: Escala, 2006, p. 129). De certo modo, há uma analogia a ser feita entre a teoria da decisão correta e a parábola do homem insensato. Assim como o insensato se depara com uma sociedade que não acredita mais no ideal divino, o jurista contemporâneo precisa lidar com o entendimento predominante na academia de que a pluralidade das compreensões sobre o Direito e os valores morais inerentes a ele impedem a existência de uma única decisão correta. Contudo, aqueles defendem essa posição, ao nosso ver, não lidam bem com suas repercussões. O homem insensato, sabendo da morte de Deus, fica sem rumo, sem saber distinguir o certo do errado, o Sul do Norte. O

significa conformar-se com a discricionariedade do magistrado e com a suposta autonomia da norma individual criada por ele em face da Constituição, como defende Luiz Guilherme Marinoni¹⁴⁸.

Isso representaria prejuízo relevante para a efetividade da Constituição, transformando o Direito em discurso justificador da ideologia dominante e da “vontade do Judiciário”¹⁴⁹. Sem o referencial do que seria a melhor e mais correta decisão, sequer conseguiremos distinguir o certo do errado, o constitucional do inconstitucional, mas apenas o que os tribunais dizem do que não dizem.

A interpretação correta da Constituição tem um significado que não podemos ignorar, especialmente no direito brasileiro. Quando a Constituição Federal garante no art. 5º, XXXV que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, não cuida do direito a um processo que ofereça “igualdade de probabilidades de obter decisões satisfatórias”¹⁵⁰, e sim do direito à decisão que interpreta corretamente a lei e a Constituição – garantindo a máxima efetividade do direito material, como corolário do direito fundamental à ação e ao acesso à Justiça¹⁵¹.

Por isso, este subcapítulo é dedicado a apresentar a nossa visão do que é a interpretação correta da Constituição, sem o que não há legitimidade da jurisdição constitucional, tampouco substrato teórico para enfrentar a questão da coisa julgada inconstitucional no próximo capítulo.

O problema da interpretação correta da Constituição é causado, de modo geral, pela existência de expressões polissêmicas: termos como devido processo legal e dignidade da pessoa humana podem levar a diferentes interpretações. Ainda há o fato de que o constituinte ter assumiu no texto constitucional diversos compromissos que, não raro, entram em conflito

mesmo acontece com a “morte” da decisão certa. Abandonar o referencial da interpretação correta é tolerar um discurso jurídico que acaba por legitimar o voluntarismo judicial, em que os magistrados teriam autonomia para criar o Direito sem mirar num ideal de racionalidade e universalidade. Se não há mais decisão correta, também não há parâmetro para corrigir interpretações medíocres, que não mantêm integridade e coerência com o restante do ordenamento jurídico. Parafraseando Nietzsche, estaríamos errando num nada infinito, sem saber para onde vamos.

¹⁴⁸ “Nas teorias clássicas, o juiz declara a lei ou cria a norma individual a partir da norma geral. Porém, diante da evolução da teoria da interpretação e do impacto do constitucionalismo, restou claro que tais ideias são privadas de sentido, uma vez que a interpretação depende do correto emprego de critérios de eleição aceitáveis para se chegar a um significado que guarda autonomia em face do produto do legislador. (...) A decisão judicial não apenas faz surgir algo que não preexiste à interpretação ou que decorre logicamente da lei, mas é uma expressão da vontade do Judiciário”. MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: arts. 525, §§ 12, 12, 14, 15, CPC/2015*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 26-27.

¹⁴⁹ A expressão é de Luiz Guilherme Marinoni em MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: arts. 525, §§ 12, 12, 14, 15, CPC/2015*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 26-27.

¹⁵⁰ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980, p. 31.

¹⁵¹ PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MORAES, Daniela Marques de. A imprescindível reforma no e do poder judiciário como corolário do acesso à justiça. *CONPEDI LAW REVIEW*, v. 1, p. 114-144, 2015.

entre si: a nossa Constituição, por exemplo, tem como objetivo fundamental a garantia do desenvolvimento nacional, ao mesmo tempo em que assegura o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado – compromissos de difícil ponderação.

Essa amplitude interpretativa não só é um dado da realidade, mas também é uma característica desejável para a Constituição. Conforme nos ensina Konrad Hesse, a Constituição não é “uma ordem de totalidade”¹⁵², tão estanque a ponto de impedir completamente a discricionariedade do intérprete. Há espaços deliberadamente criados pelo texto constitucional, que são preenchidos pelo procedimento democrático “normal”.

Isso se aplica a tanto ao Legislativo – que deve ter ampla margem de liberdade para interpretar a Constituição ao legislar sobre os assuntos que lhe compete – quanto ao Executivo, que tem certa autonomia para interpretar os direitos sociais do art. 6º da CF/88 ao instituir políticas públicas. Podemos até mesmo em autonomia do indivíduo para interpretar a Constituição¹⁵³ na sua vida privada, ao, por exemplo, inserir no estatuto social de associação de que é presidente uma disposição que prevê o direito ao devido processo legal e à ampla defesa nos processos de expulsão de associados.

Esse conjunto de práticas legitimamente discricionárias que interpretam a Constituição leva a situações (doravante chamados *atos definitivos*¹⁵⁴) que já percorreram todas as etapas necessárias à sua formação: se consolidam no tempo e criam a legítima expectativa na comunidade de que se manterão dessa forma no futuro.

¹⁵² HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 39.

¹⁵³ Embora não se possa dizer que os atos jurídicos praticados por particulares gozam da mesma presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, fato é que a Constituição Federal outorga liberdade aos indivíduos para fazerem tudo aquilo que a lei não proibir. Portanto, de certa forma, os contratos, negócios jurídicos e demais atos jurídicos em sentido estrito tem presunção relativa de validade e de boa-fé. Mesmo na linha de que sustenta a incidência mediata da Constituição no Direito Privado, há um consenso no sentido de que os princípios e normas específicas do Direito Civil devem ser compatíveis com as normas constitucionais, assim como os atos de direito público também devem estar dentro da margem de operabilidade estabelecida pela Constituição. Assim, somente podem ser invalidados os atos jurídicos privados se ultrapassarem os limites de liberdades firmados na Constituição. Nesse sentido: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais*. 2017. Tese (Livro Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Acesso em: 03 abr. 2024.

¹⁵⁴ Não entra nessa classificação de ato definitivo os atos que ainda não percorreram todas as etapas de formação. É o caso do ato administrativo imperfeito, da decisão judicial da qual ainda cabe recurso, do projeto de lei que ainda pode ser emendado ou do contrato em fase de negociação. Em qualquer dessas situações, o processo de produção do ato definitivo ainda não foi concluído. Porque o processo legislativo, administrativo, judicial ou negocial é método de produção de norma jurídica (DIDIER JR, Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 79), podemos, inclusive, afirmar que os atos definitivos nada mais são do que as normas jurídicas definitivamente produzidas pelos Poderes e pelos particulares, que participam da sociedade aberta de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997).

Ao se promulgar uma lei, a sociedade espera que ela seja constitucional e que será cumprida até que revogada. O mesmo acontece com as decisões transitadas em julgado: formada a coisa julgada, os jurisdicionados confiam que aquela será a decisão definitiva sobre o litígio.

Conforme vimos no capítulo 1.1, há um comando implícito de presunção de constitucionalidade dos *atos definitivos*, que se manifesta no princípio da interpretação conforme a Constituição. A constitucionalidade de leis, atos privados ou do Poder Público somente pode ser afastada no caso de inexistir interpretação constitucional razoável que preserve a validade do ato impugnado. Ou seja, só se decreta a nulidade se houver inconstitucionalidade inevitável.

Cuida-se de corolário lógico da separação de Poderes e da autonomia privada, na medida em que o Judiciário há de ser deferente às interpretações da Constituição realizadas pelo Legislativo, pelo Executivo e pelos particulares, cujos *atos definitivos* não podem ser simplesmente presumidos inconstitucionais. Vale também para a apreciação pelo Judiciário dos seus próprios *atos definitivos*, como é o caso da sentença transitada em julgado¹⁵⁵. Não se rescinde a coisa julgada, se houver interpretação razoável da Constituição¹⁵⁶.

Disso decorre consequência importante sobre como os juízes devem construir a interpretação correta da Constituição quando da apreciação de *atos definitivos*: a interpretação correta não é necessariamente a que melhor se coaduna com os objetivos e princípios fundamentais da República, excluindo qualquer outra menos “otimizada”. Ao invés disso, a interpretação correta é aquela que é autoconsciente das lacunas deixadas propositadamente pelo Constituinte e que, por isso, julga válido o *ato definitivo*, desde que não haja incompatibilidade incontornável com a Constituição. Assim, são diferentes a *melhor* e a *correta* interpretação da Constituição. Tal constatação não afronta a efetividade da Constituição. Pelo contrário, milita

¹⁵⁵ Conforme Moacyr Amaral Santos, as decisões judiciais ainda não transitadas em julgado são atos jurisdicionais imperfeitos, no sentido de que, enquanto recorríveis, não são definitivas e podem ser reformadas (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. vol. 3. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 40-41). Isso significa que, até o trânsito em julgado, a interpretação judicial da Constituição ainda está sujeita ao aperfeiçoamento, respeitada a margem de discricionariedade de quem produziu o ato jurídico discutido em juízo. Contudo, uma vez formada a coisa julgada, a decisão judicial não estará mais sujeita a impugnação, de sorte que a interpretação constitucional nela contida também adquirirá estabilidade, desde que esteja dentro das possibilidades da norma constitucional aplicada no julgamento. No entanto, mesmo depois da formação da coisa julgada, ainda é cabível revisão da sentença nas hipóteses legais de ação rescisória, sobretudo quando houver manifesta violação da norma jurídica (art. 966, V, do CPC/15). Isto é, quando a interpretação dada ao texto normativo extrapolar os limites da razoabilidade e da discricionariedade criadas pela lei.

¹⁵⁶ Conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal no Tema de Repercussão Geral nº 136, embora pelos fundamentos equivocados. Conforme é enfrentado no capítulo 3, não basta haver controvérsia jurisprudencial para que se qualifique a “interpretação razoável”, imunizando a coisa julgada.

em favor da separação de Poderes, da autonomia privada e dos espaços de discricionariedade interpretativa criados deliberadamente pela Constituição.

Para visualizar esse raciocínio, traçamos um paralelo com o exemplo feito por Virgílio Afonso da Silva, já abordado anteriormente no capítulo 1.1: o caso de uma lei que restrinja a liberdade de ir e vir, por meio da criação da possibilidade de prisão preventiva de réu reincidente, acusado de causar lesão corporal grave em acidente de trânsito, a pretexto de mitigar o risco de novos acidentes. Podemos até dizer que preponderam os argumentos pela inconstitucionalidade da lei – para dar a mais efetividade aos princípios da liberdade de ir e vir e da presunção de inocência. Contudo, permanece interpretação razoável da lei que mantém sua a constitucionalidade, pelo argumento de que a mera apreensão da habilitação ou outra medida menos onerosa não necessariamente evitaria, em casos concretos mais extremos, que o motorista voltasse a dirigir e causar novos acidentes. Assim, com essa aplicação mais restritiva da prisão cautelar, dá-se interpretação razoável e compatível com a Constituição, que mantém a validade da nova lei.

É claro que, enquanto não se formar o *ato definitivo*, é possível buscar uma otimização da interpretação da Constituição. Se, no exemplo que acabamos de abordar, tratássemos de um projeto de lei – em vez de lei sancionada –, os parlamentares teriam ampla liberdade para aperfeiçoar o texto legal para dar o máximo de compatibilidade possível com a Constituição. Porém, uma vez em vigor a lei, já não mais caberá o controle de sua constitucionalidade, senão quando ausente interpretação razoável que sustente sua validade.

Paradoxalmente, a interpretação *correta* da Constituição depende apenas de que o Judiciário identifique a existência de interpretação *razoável* que ampare o *ato definitivo* impugnado, isto é, que ele não ultrapasse os limites de discricionariedade interpretativa deixados pelo constituinte.

Esse juízo de razoabilidade, por sua vez, depende da interpretação do *ato definitivo* e da própria Constituição. É preciso saber quais são as interpretações possíveis e razoáveis do *ato definitivo* e da Constituição, a saber se há algum cenário em que é possível preservar a validade do *ato definitivo*. Esse processo passa por duas etapas: **(i)** a existência interpretação razoável do *ato definitivo* que seja compatível com a Constituição e **(ii)** se não houver nenhuma interpretação razoável da própria Constituição que justifique a validade da lei¹⁵⁷.

¹⁵⁷ A interpretação conforme à Constituição não é unilateral. Quer dizer, não se trata apenas de extrair da lei a interpretação compatível com a Constituição, mas também de interpretar a própria Constituição a saber se suas normas amparam a validade do ato nela fundado, isto é, de identificar exatamente quais as fronteiras da discricionariedade interpretativa, deixadas de propósito pelo constituinte. É como bem esclarece Konrad Hesse quanto à interpretação conforme a Constituição: “Interpretação conforme a Constituição coloca não somente a

Aí é que reside a dificuldade da interpretação constitucional: saber até onde vai o exercício regular da discricionariedade, onde estão os limites da razoabilidade na interpretação da Constituição, a fim de garantir a rigidez da norma constitucional e também os espaços de manobra interpretativa criados propositadamente pelo Constituinte.

Partimos, então, da premissa de que a legitimidade da jurisdição constitucional pode ser sintetizada na capacidade de dar soluções consistentes e, ao mesmo tempo, corretas na aplicação da norma constitucional. De um lado, a segurança jurídica, em deferência aos *atos definitivos* e as situações jurídicas consolidadas, presumidamente constitucionais, aí compreendidos: as decisões judiciais transitadas em julgado, as decisões políticas tomadas pela maioria representada no Parlamento e no Executivo, e os atos jurídicos praticados por particulares. Do outro, a justiça e a pretensão de validade e correção, para derrotar o *status quo*, se houver violação à Constituição, isto é, se não houver interpretação possível pela constitucionalidade do *ato definitivo*.

Habermas sintetiza essa questão na tensão entre facticidade e validade: o choque entre a consistência das decisões para preservar o estado de coisas – mesmo sob fundamentos não ideais – e a coerência das decisões, mesmo que signifique a ruptura com as expectativas criadas nos jurisdicionados pela higidez dos *atos definitivos*¹⁵⁸. Portanto, para garantir a legitimidade da jurisdição constitucional precisamos de uma teoria que ofereça um parâmetro de controle que possa conjugar estabilidade e coerência na aplicação da Constituição¹⁵⁹. Um parâmetro que defina as fronteiras da interpretação razoável.

Abordaremos três visões diferentes nesse debate, sem pretensão de esgotá-lo.

questão sobre o conteúdo da lei a ser examinada, mas também a questão sobre o conteúdo da Constituição, à qual a lei deve ser aferida. Ela requer, por conseguinte, tanto interpretação da lei como interpretação da Constituição (...) Ela mostra-se, nisto, um outro – por se assim dizer, indireto – princípio de interpretação constitucional pelos tribunais. Simultaneamente, esse efeito confirma a correlação estreita entre Constituição e lei e, com isso, a idéia da unidade da ordem jurídica” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 75).

¹⁵⁸ “A tensão entre facticidade e validade imanente ao direito se manifesta dentro da jurisprudência como uma tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de uma decisão correta” (HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Unesp, 2020, p. 257).

¹⁵⁹ De maneira muito semelhante, Lenio Streck sustenta que a hermenêutica jurídica deve ser coerente e íntegra. Isto é, deve ser capaz de manter coerência lógica no julgamento de casos semelhantes, sem perder a integridade com os compromissos políticos e morais assumidos pela comunidade (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento e Casa do Direito, 2017, p. 34).

Para uma primeira vertente – formada por positivistas como Hans Kelsen¹⁶⁰, H. L. A. Hart¹⁶¹ e, segundo classificação de Lenio Streck, positivistas precedentalistas¹⁶², como Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni –, a natureza indeterminada do Direito dá ao magistrado discricionariedade para criar a solução do caso envolvendo um dado *ato definitivo*, desde que esteja dentro da moldura de respostas possíveis oferecida pela Constituição. As soluções, por estarem dentro dos critérios aceitáveis da norma constitucional, seriam todas igualmente válidas, o que permitiria o juiz a decidir segundo a sua discricção.

Para uma segunda corrente – de Robert Alexy¹⁶³ –, o juiz constitucional deve lançar mão de argumentação jurídica, para invalidar os *atos definitivos* se estiverem em desacordo com os direitos e princípios fundamentais, que, quando em conflito, devem ser ponderados matematicamente, a fim de identificar qual deve prevalecer.

Por último, a visão de Ronald Dworkin, para quem a jurisdição constitucional deve estar atenta ao seu papel contramajoritário¹⁶⁴ na proteção dos direitos, entendidos como trunfos contra maiorias eventuais, com a finalidade de manter a integridade do Direito com os compromissos da comunidade, assumidos em sua história institucional.

A começar pelo positivismo, que não nos parece adequado. Ao permitir que juízes tenham discricionariedade para decidir dentro do leque de interpretações possíveis da Constituição, perde-se segurança e justiça, facticidade e validade. O decisionismo positivista, ao autorizar múltiplas interpretações igualmente válidas, não mitiga a insegurança causada pelo risco de os Tribunais decidirem de modo diverso uns dos outros e de si mesmos em casos semelhantes¹⁶⁵. Se o intérprete entender que, por exemplo, são possíveis tanto a decisão de inconstitucionalidade, quanto de constitucionalidade do *ato definitivo* impugnado, então não há efetividade da Constituição, que cede para a discricção do juiz. Isto é, se os magistrados têm o poder de escolher qualquer uma entre várias normas individuais igualmente válidas, então

¹⁶⁰ “(...) a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – tem igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal especialmente.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 390-391.

¹⁶¹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 351.

¹⁶² A expressão é de Lenio Luiz Streck (STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. A teoria dos precedentes à brasileira entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”. *Revista de Processo*. vol. 262. ano 41. p. 379-411. São Paulo: RT, dez. 2016).

¹⁶³ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

¹⁶⁴ DWORKIN, Ronald. A democracia e os direitos do homem. In: DARTON, Robert; DUHMEL, Olivier. (Orgs.). *Democracia*. Trad. de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 155-162.

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. A teoria dos precedentes à brasileira entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”. *Revista de Processo*. vol. 262. ano 41. p. 379-411. São Paulo: RT, dez. 2016.

nenhuma delas é obrigatória. Esvai-se a força normativa da Constituição e a pretensão de validade das decisões judiciais.

É claro que, conforme dissemos anteriormente, os magistrados devem respeitar a margem de discricionariedade que é criada pela Constituição. Mas isso não significa que possam coexistir duas interpretações antagônicas da Constituição, no sentido de autorizar tanto a decisão pela constitucionalidade quanto pela inconstitucionalidade. A constatação da violação da Constituição exclui automaticamente a existência de outras interpretações razoáveis que preservem a validade do ato. Se o juiz identifica que há interpretação que preserve a constitucionalidade de determinada lei, por exemplo, ele está proibido de decretar sua nulidade, e vice-versa. Diferentemente, os positivistas considerariam legítimo que o juiz pudesse escolher entre a declaração da inconstitucionalidade ou constitucionalidade, desde que ambas as decisões sejam interpretações possíveis da Constituição. E isso não se admite no paradigma da efetividade da Constituição, em razão dos princípios da interpretação conforme e da presunção de constitucionalidade dos *atos definitivos*.

Mesmo a adoção do sistema de precedentes não resolveria completamente o problema, eis que os casos judiciais paradigmáticos e suas razões de decidir universalizáveis somente criam nova camada interpretativa, além do texto legal. Afinal, até precedentes estão sujeitos à interpretação e, via de consequência, ao problema da discricionariedade desregrada¹⁶⁶.

¹⁶⁶ A proposta positivista, embora clássica, ainda reverbera na doutrina sobre precedentes judiciais. Daniel Mitidiero, por exemplo, sustenta que o direito é “duplamente indeterminado”, o que utiliza como argumento para justificar sua tese sobre Cortes de Vértice (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 55). Apresentando-se como teoria moderna da interpretação, a ideia de Mitidiero parece, em grande parte, reciclar a concepção de Direito como moldura de Kelsen (nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. A teoria dos precedentes à brasileira entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”. *Revista de Processo*. vol. 262. ano 41. p. 379-411. São Paulo: RT, dez. 2016). Para Mitidiero, “A interpretação acabou sendo vista como uma atividade reconstrutiva do significado do texto, mediante o conhecimento dos seus possíveis significados mínimos, valoração argumentativa das diferentes hipóteses e decisão a respeito de qual desses significados deve prevalecer. (...) Como não poderia deixar de ser, os conceitos de jurisdição, duplo grau e corte de vértice foram impactados: a jurisdição é vista como o poder de adscrever sentido definitivamente ao direito visando à tutela dos direitos, o duplo grau é concebido como instância de controle e a corte de vértice como guia das demais cortes, tendo por função interpretar adequadamente o direito a fim de promover a sua unidade” (MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 16-17). Daí conclui o professor Daniel Mitidiero que, ante a vagueza normativa, a grande função dos tribunais superiores seria de estabelecer a interpretação adequada, uniformizando o Direito em nome dos princípios da isonomia e da segurança jurídica: “As Cortes Supremas têm o dever de dar unidade ao direito e de manter estáveis seus precedentes, porque esses servem como referência para os princípios da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade” (MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 24). A nossa restrição com a doutrina de Mitidiero consiste em duas questões. Primeiro, a cultura de precedentes e de Cortes de Vértice não é suficiente para resolver o problema da indeterminação do Direito, mas apenas cria nova camada textual – a *ratio decidendi* do precedente –, sujeita a novas interpretações para serem novamente uniformizadas em outros precedentes que aprofundam precedentes anteriores (aliás, é o que se convencionou chamar de “precedentes e teses filhotes”). Em segundo lugar, a tese de Mitidiero parece incompatível com o acesso à Justiça e, por consequência, com o paradigma da efetividade da Constituição. Admitir a premissa da indeterminação do Direito – a ponto de excluir a preexistência do direito material em relação ao

Como já assentado anteriormente, a textura aberta das normas é ponto de partida, e não de chegada do Direito¹⁶⁷. Cientes do decisionismo à espreita, precisamos estabelecer um método interpretativo que forneça critérios universalizáveis e racionalmente robustos para reduzir a subjetividade do julgador na (re)construção da interpretação correta – no que concordamos com Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero¹⁶⁸

Para Robert Alexy, o problema da jurisdição constitucional deve ser solucionado pelo emprego de técnicas discursivas de direitos fundamentais e de princípios morais. Alexy entende que a ideia central da democracia deliberativa está na “tentativa de institucionalizar o discurso, tão ampliado quanto possível, como meio da tomada de decisão pública”¹⁶⁹. Portanto, o exercício da jurisdição constitucional autoriza o emprego de métodos igualmente discursivos para resolver colisões entre normas constitucionais e, assim, invalidar as práticas discricionárias dos Poderes que contrariem os princípios e os direitos fundamentais. Os juízes, em que pese não serem eleitos, teriam legitimidade argumentativa para rever os *atos definitivos*, desde que

processo – é o mesmo que afirmar que não existe violação ou ameaça a direito, senão depois que o Judiciário as “reconheceu”. Ou seja, só haveria direito depois de criado retroativamente pela sentença. Entendemos exatamente o contrário disso: as violações e ameaças a direito existem efetivamente antes do exercício do direito de ação. Qualquer interpretação diversa dessa é incompatível com a textualidade do art. 5º, XXXV, da CF/88. Embora Mitidiero tenha razão quanto à função uniformizadora das Cortes de Vértice, o professor da UFPR explica apenas que suas decisões são vinculantes, mas não explica como que os tribunais superiores devem “interpretar adequadamente o direito” (MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 17). Surge aí uma contradição: ao mesmo tempo que Mitidiero nega a “única interpretação correta” ante a natureza indeterminada do Direito, também prega que as Cortes de Vértice devem interpretar adequadamente o direito, o que implica a existência interpretações mais adequadas (logo, corretas) do que outras. Portanto, de duas uma: ou o direito é determinado (mas aparentemente indeterminado), sendo função do Tribunal Superior esclarecê-lo com efeito vinculante – caso em que o direito preexiste ao processo judicial –, ou o direito é de fato indeterminado, o que dá ao Judiciário o poder de inventar direitos retroativamente – coisa incompatível com o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88).

¹⁶⁷ Aliás, até Hart e Kelsen reconhecem que suas teorias positivistas são meramente descritivas da prática jurídica, e não normativas. Cf. PÁRAMO, Juan Ramón de. Entrevista a H. L. A. Hart. *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 5, 1988. p. 348; e KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 1.

¹⁶⁸ “O resultado interpretativo só é racional se coerente e universalizável. O resultado da interpretação é racional sempre que a justificação guarda em si a capacidade de universalização (“universalization in justification”). Como enfaticamente observa a doutrina, “there is no justification without universalization”. Em outras palavras, a justificação tem que ter condições de ser replicável para os casos futuros idênticos ou semelhantes. Sem replicabilidade (“replicability”) da justificação, não há objetividade e imparcialidade na interpretação – e isso obviamente independe da efetiva vigência de um sistema de precedentes obrigatórios por força de uma norma específica de direito positivo, sendo uma simples decorrência do caráter lógico-argumentativo do Direito. Por fim, o produto da interpretação tem de ser coerente. A interpretação tem de ser capaz de ser reconduzida a “um conjunto, internamente consistente, formal e materialmente, de princípios e regras” amalgamadas por “princípios fundamentais” comuns. Racionalidade, universabilidade e coerência na justificação visam a assegurar a correção da interpretação. Em outras palavras, isto quer dizer que a correção da interpretação é assegurada, de um lado, pela racionalidade da atividade de justificação e, por outro, pela capacidade de universalização e pela coerência do seu resultado. Para que se tenha um adequado exercício da jurisdição no Estado Constitucional, tudo isso deve estar evidenciado na fundamentação da decisão, que deve resultar de um amplo diálogo com as partes. Fora daí há exercício ilegítimo da jurisdição.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil*. v. 1. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 157-158. E-book. ISBN 978-65-5065-102-2.

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 163.

preenchidas estas condições: “(1) a existência de argumentos válidos ou corretos e (2) a existência de pessoas racionais que são capazes e dispostas a aceitar argumentos válidos ou corretos porque eles são válidos ou corretos”¹⁷⁰.

Ao seu ver, a regra da ponderação é o método discursivo mais adequado no contexto da legitimidade argumentativa do Judiciário, a fim de identificar quando se invadiu a margem de discricionariedade legítima, deixada pela Constituição. A colisão entre princípios fundamentais – que, em última análise, repete a tensão entre validade e facticidade – deve ser resolvida pela aplicação do princípio da proporcionalidade, compreendido nos seus três subprincípios: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O “princípio da idoneidade exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, cuja realização eles devem servir”¹⁷¹. Quer dizer, a medida (o *ato definitivo*) deve ser adequada e idônea para alcançar o objetivo a que se propõe. Por sua vez, a necessidade refere-se à ideia de menor onerosidade possível – se a finalidade pode ser alcançada por outros meios menos custosos, então estará configurada a desnecessidade¹⁷². Já a proporcionalidade em sentido estrito cuida da avaliação custo-benefício de determinada proposição, que se mede em três passos: primeiro, identifica-se o grau de prejuízo do descumprimento desta proposição; segundo, mede-se a extensão benéfica do seu cumprimento; terceiro, compara-se os prejuízos e vantagens para avaliar a proporcionalidade em sentido estrito¹⁷³.

Em resumo, a ponderação é sobre a “otimização das possibilidades fáticas”¹⁷⁴. Isso corresponde ao conceito de Alexy de que princípios nada mais são do que “mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas”¹⁷⁵, que, em razão do juízo de proporcionalidade, formam um “ordenamento de valores objetivo”¹⁷⁶. Num exercício mental a respeito de como os meios escolhidos alcançam suas finalidades, o juiz decide se determinado *ato definitivo* é constitucional ou não, equilibrando proporcionalmente facticidade e validade.

Tentando mitigar a discricionariedade positivista, Alexy reduz significativamente a presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, na medida em que sua proposta de jurisdição constitucional autoriza a intervenção judicial sempre que o *ato definitivo* impugnado não for suficientemente “otimizado”.

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 165.

¹⁷¹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 110.

¹⁷² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 110.

¹⁷³ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 111.

¹⁷⁴ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 110.

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 118.

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 108.

Apesar da clareza das ideias de Alexy, nossa restrição quanto à sua posição é singela: a interpretação correta, não raro, é desproporcional em sentido estrito, desnecessária e inidônea.

Vemos exatamente isso no *Caso Magnabosco*, julgado pelo STJ no REsp nº 770.098/RS¹⁷⁷. Em 1959, o Município de Caxias do Sul declarou interesse público de imóvel de propriedade da família Magnabosco de 62.730 m², que hoje corresponde ao Bairro Primeiro de Maio, da cidade de Caxias do Sul, no Rio Grande do Sul. Após o decreto expropriatório, foi firmado acordo com os donos, segundo o qual foram doados 57.000 m² do imóvel ao ente municipal, que assumiu o encargo de fazer uma série de edificações no local, incluindo o campus da Universidade de Caxias do Sul, como encargo da doação.

Contudo, o Município não cumpriu com sua obrigação. Então, os proprietários propuseram uma primeira ação em face do Município de Caxias do Sul, ao final da qual resultou a reversão da doação, quando já havia terceiros, morando de boa-fé no local. Para retirá-los de lá, houve, em seguida, o ajuizamento de ação reivindicatória. Após sentença de improcedência – mantida em apelação –, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul julgou procedentes os embargos infringentes para convolar a reivindicatória em ação indenizatória e condenar o Município de Caxias do Sul em valor que, atualizado em 2023, corresponde aproximadamente à R\$ 1 bilhão de reais.

Colocando de lado a discussão processual para fins argumentativos, partimos da premissa de que o processo foi regular e a propriedade realmente foi objeto de desapropriação, sem erro na valoração do imóvel. O problema é que o valor a ser ressarcido equivale a 30% de todo o orçamento público do Município de Caxias do Sul, preço que, pelo regime jurídico dos precatórios, não pode ser fracionado. Naturalmente, o pagamento dessa dívida ameaça inviabilizar o funcionamento da Administração Pública de Caxias do Sul, que se veria forçada a redirecionar recursos públicos que deveriam ir para a saúde, educação, segurança pública e seguridade social.

A condenação do Município em tamanho valor é desproporcional em sentido estrito, pois prejudica demasiadamente o interesse público em favor do interesse de poucos particulares, trazendo muito mais prejuízos do que benefícios; é inidônea, pois o pagamento de indenização pelo Município não atenderá à pretensão reivindicatória dos Magnabosco, visto que os moradores do Bairro Primeiro de Maio não sairão do local; é desnecessária, pois seria menos oneroso e mais adequado se a verba da indenização fosse utilizada para construir moradias aos ocupantes da terra disputada, permitindo a devolução da propriedade à família

¹⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 770.098*, Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins.

Magnabosco. A condenação é desproporcional em todos os sentidos e, pela técnica da ponderação, parece equivocada. Mesmo assim, é a decisão correta. O imóvel foi objeto de desapropriação por interesse público e, por força da regra do art. 5º, XXIV, da CF¹⁷⁸, deve ser objeto de justa indenização, paga pelo Município de Caxias do Sul.

O caso Magnabosco revela a fragilidade da ponderação: a sua natureza teleológica, em vez de deontológica. Trocamos o *correto* pelo *útil, agradável, mais otimizado*. Ao relacionar a validade de determinada proposição à otimização da sua capacidade de atingir os fins pretendidos, abrimos mão da lógica do *dever ser* das regras e dos princípios jurídicos para adotar a linha de raciocínio utilitarista¹⁷⁹. Nesse juízo de proporcionalidade, os magistrados colocam-se em posição em que não tem mais compromisso com o *agir obrigatório* das normas, mas com o *agir recomendável* dos valores¹⁸⁰. Como bem diz Habermas¹⁸¹, o Direito é instrumento para seleção da ação correta, ou, pelo menos, não ilícita; entretanto, no caso das normas, o “correto” é construído a partir um sistema de normas válidas, de modo que a ação é igualmente *boa para todos* – consoante a pretensão universalizante do Direito –; por outro lado, na ponderação de valores, “correto” é o comportamento que é *bom para nós*, segundo nossa visão da vida.

Nesse ponto, também é oportuna a lição de Dworkin sobre a diferença entre argumento de política e argumento de princípio. O primeiro é “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”¹⁸²; enquanto o segundo é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”¹⁸³. Ou seja, enquanto os argumentos de princípio têm pretensão de universalidade, os argumentos de política são parciais, pois revelam a escolha para agradar certo grupo e desagradar outros, não contemplados pela proposição. Os conceitos de Dworkin demonstram a

¹⁷⁸ Art. 5º (...) XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

¹⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Unesp, 2020, p. 325-327.

¹⁸⁰ Em sentido parecido, concordamos com Lenio Streck na sua crítica à ponderação. Para Streck, a ponderação acaba tratando “direitos como se fossem ‘valores negociáveis’, com o que se perde a força normativa da Constituição, que é substituída por um ‘discurso adjudicador’.” (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento e Casa do Direito, 2017, p. 156).

¹⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Unesp, 2020, p. 327.

¹⁸² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

¹⁸³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

vulnerabilidade do conceito de princípio de Alexy, que o entende como apenas um mandamento de otimização. Na verdade, os princípios não podem ser entendidos como utilidades teleológicas, mas como imperativos deontológicos¹⁸⁴.

Daí a fragilidade da ponderação. Se a utilizássemos no *Caso Magnabosco*, por exemplo, poderíamos até justificar a negativa do direito à indenização em nome do objetivo fundamental da República de diminuir as desigualdades sociais ou outra coisa parecida; mas aí afrontariamos a literalidade do art. 5º, XXIV, da CF/88. Ainda colocaríamos o Judiciário em substituto do Legislativo e do Executivo ao lhe dar uma técnica decisória capaz de impor juízo de conveniência do juiz sobre a norma constitucional criada pelo constituinte de 1988 e sobre a decisão do Chefe do Poder Executivo de declarar o interesse público do imóvel desapropriado (com o encargo de construir uma universidade no local).

Por isso, concordamos com a crítica de Jorge Octávio Lavocat Galvão, que, embora direcionada ao neoconstitucionalismo, também se aplica à ponderação de valores:

Contudo, ao adotar uma concepção em que os objetivos e fins públicos também são levados em consideração pelos juízes para superar a dimensão da adequação, fornece-se uma gama muito variada de argumentos que podem ser invocados para ignorar os constrangimentos institucionais existentes. Na perspectiva neoconstitucional, o Poder Judiciário fica autorizado a discutir o mérito das escolhas dos outros poderes tendo como parâmetro normas que estabelecem objetivos políticos a serem alcançados em longo prazo pelo Estado, e não direitos fundamentais propriamente ditos. Os juízes passam a analisar quais escolhas são mais adequadas para se atingir determinadas metas, optando por uma entre as diversas estratégias existentes. Assim, em vez de se verem constrangidos pelos compromissos políticos anteriormente firmados, os magistrados passam a eleger os próprios compromissos, orientando-se não por um juízo deontológico, mas teleológico¹⁸⁵.

A crítica de Jorge Galvão esclarece a incompatibilidade da ponderação com a força normativa da Constituição. Ao permitir que juízes possam interferir no juízo de otimização delegado ao Legislativo e ao Executivo, a ponderação apaga os espaços de discricionariedade legítima, criados pelo constituinte. Em vez do controle judicial se limitar aos casos em que se extrapola os limites da Constituição, a jurisdição poderá intervir sempre que o *ato definitivo* não for satisfatoriamente otimizado com as possibilidades fáticas e com os valores elencados pela Constituição. Ao nosso ver, isso vai de encontro com os princípios da separação de

¹⁸⁴ Ao nosso ver, o conceito de princípio de Humberto Ávila incorre no mesmo equívoco de Alexy, ao equiparar princípios como mandamentos de otimização que “diz respeito a um estado de coisas que deve ser buscado mediante a adoção de condutas que produzam efeitos que contribuam para a sua promoção” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 127)

¹⁸⁵ GALVÃO, Jorge Octávio L. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 63. E-book. ISBN 9788502215245. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502215245/>. Acesso em: 21 março 2023.

Poderes, da presunção de constitucionalidade e da interpretação conforme, sendo, por isso, incompatível com a força normativa da Constituição.

Por último, cabe-nos investigar a teoria de Ronald Dworkin. Para o Dworkin, toda proposição jurídica é, em maior ou menor grau, interpretação construtiva do Direito, na medida em que o intérprete não consegue dissociar a atividade judicante dos valores políticos e morais intrínsecos à história institucional da prática jurídica. Para explicar a leitura moral da Constituição, Dworkin apresenta três conceitos fundamentais: a *comunidade de princípios*, o *romance em cadeia* e o *juiz Hércules*¹⁸⁶.

A *comunidade de princípios* refere-se à noção de que, numa determinada sociedade justa, as decisões políticas do passado implicam a existência de princípios de direito. Daí a necessidade de integridade. Os princípios imanentes ao sistema jurídico-político daquela sociedade permeiam o seu Direito e são aplicáveis especialmente quando não há solução pronta em norma posta ou em precedente, a fim de garantir que não haverá perda de universalidade das decisões políticas passadas e fixadas na história institucional da sociedade.

Já o *romance em cadeia* é a metáfora proposta por Dworkin para ilustrar a influência da comunidade de princípios e do peso das decisões políticas e institucionais da sociedade sobre a decisão judicial. No romance em cadeia, os magistrados têm de escrever os próximos capítulos do livro, mantendo integridade e coerência com o material que já foi escrito. Ou seja, o processo interpretativo dos juízes é sempre uma reconstrução do Direito, a partir da historicidade da sua comunidade.

Ocorre que conhecer o conteúdo da comunidade de princípios e dos capítulos anteriores do romance não é tarefa simples. Sem dúvida, a releitura coerente do passado institucional, para derivar dele os princípios morais da comunidade, exigiria do intérprete capacidade sobre-humana. Por isso, Dworkin formula o conceito ideal de *juiz Hércules*, que “deverá interpretar a história institucional como um movimento constante e partindo de uma análise completa e criteriosa da Constituição, da legislação e dos precedentes, para identificar nestes a leitura feita pela própria sociedade dos princípios jurídicos aplicáveis ao caso”¹⁸⁷.

É preciso destacar que, para Dworkin, não basta invocar qualquer princípio constitucional para se invalidar decisão tomada pela maioria ou um *ato definitivo*. Em que pese

¹⁸⁶ Jorge Galvão faz excelente leitura da obra de Ronald Dworkin, que aproveitamos neste trabalho para explicar os conceitos de Dworkin. GALVÃO, Jorge Octávio L. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 64. E-book. ISBN 9788502215245. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502215245/>. Acesso em: 21 março 2023.

¹⁸⁷ PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as Interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista do Centro de Estudos da Justiça Federal*, n. 30, p. 74, jul./set. de 2005.

a interpretação ser “reconstrutiva”, ela somente tem legitimidade na medida em que se funda em compromissos morais e políticos efetivamente já firmados na história institucional da comunidade – por isso que se fala em (re)construção. Como bem afirma Jorge Galvão sobre Ronald Dworkin, qualquer outra razão que escape aos princípios contidos no passado institucional das decisões morais da comunidade são necessariamente argumentos de política, que tornam a decisão judicial ilegítima¹⁸⁸.

Ao nosso ver, a proposta de Dworkin se aproxima do ideal de interpretação correta na jurisdição constitucional. O recurso aos princípios morais que mantém a integridade com o passado institucional da comunidade consegue preservar a pretensão de validade das decisões e a segurança jurídica. Isso porque é capaz de estabelecer critérios racionais para identificar os limites do exercício regular da discricionariedade dos Poderes do Estado, a partir dos compromissos políticos e morais firmados pela comunidade no procedimento deliberativo e introjetados na Constituição.

Em alguma medida, a visão de Dworkin se alinha com a hermenêutica jurídica, porquanto estabelece como fronteiras da interpretação razoável da Constituição os padrões por vezes ainda não expressamente positivados, mas que decorrem da historicidade da prática jurídica e dos princípios jurídicos extraídos da reconstrução do histórico institucional da comunidade¹⁸⁹. Há interessante passagem em acórdão do Tribunal Federal Constitucional que demonstra justamente a necessidade de encontrar esse “conteúdo imanente” do Direito, que dá unidade e integridade às normas jurídicas, em tradução livre:

A atividade judicial não consiste em apenas reconhecer decisões tomadas pelo Legislativo. A tarefa do Judiciário requer que sejam reconhecidos os valores que são imanentes à ordem constitucional, mas não são expressamente incorporados aos textos normativos. O juiz precisa manter-se livre da arbitrariedade; sua decisão precisa ser baseada em argumentação racional. É preciso que fique claro que o direito escrito não cumpre com seu papel de resolver justamente os problemas jurídicos. A decisão judicial preenche esses vácuos de acordo com os padrões da razão prática e das ‘ideias gerais de justiça da comunidade’¹⁹⁰.

Ademais, a aplicação da Constituição perpassa necessariamente pelo uso da linguagem, através do que se manifesta todo um conjunto de pré-compreensões que influenciam no

¹⁸⁸ GALVÃO, Jorge Octávio L. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 65. E-book. ISBN 9788502215245. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502215245/>. Acesso em: 21 março 2023.

¹⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 247-248.

¹⁹⁰ ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BvR n° 112/65. *Ordem do Primeiro Senado*. [S.I.], 14 fev. 1973. Disponível em: https://www.bverfg.de/e/rs19730214_1bvr011265en.html. Acesso em: 30 mar. 2024.

processo de (re)criar a norma jurídica do caso. Segundo Gadamer – por sua vez, inspirado na ideia aristotélica da separação da ética em relação à metafísica¹⁹¹ –, a norma constitucional jamais poderia regular por si só sua aplicação, que depende da interferência dos pré-juízos do intérprete, que, por sua vez, são produto das circunstâncias do *background* institucional e político de sua comunidade¹⁹². Daí porque Dworkin fala em *leitura moral da Constituição* não como a visão moral particular do juiz, mas da reconstrução das decisões morais e políticas que são introjetadas na Constituição pelo procedimento democrático deliberativo¹⁹³.

Nesse sentido, há na proposta de Dworkin um elemento procedimentalista e hermenêutico que passa despercebido por parte da doutrina, mas que é destacado por Jürgen Habermas. Em sua análise da teoria de Dworkin, o filósofo alemão compreende os direitos subjetivos como “*trunfos*” em que os indivíduos reivindicam suas pretensões contra as decisões orientadas por fins coletivos. Esses direitos se assentam na premissa de que os princípios morais são assimilados inevitavelmente ao direito positivo¹⁹⁴, pois “as razões morais também penetram no direito por meio do processo democrático de legislação”¹⁹⁵ e são traduzidas à “linguagem neutra dos direitos, conectando-se assim ao código jurídico. Mas, por trás dessa unicidade do código, esconde-se um complexo sentido da validade do direito legítimo”¹⁹⁶.

Por isso, concordamos com Paula Pessoa quando afirma que a dimensão procedimental do Estado Constitucional de Direito e o caráter argumentativo do Direito são elementos

¹⁹¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 466.

¹⁹² Para Lenio Streck, essa interferência da historicidade da comunidade jurídica na interpretação/aplicação do Direito é o elemento que fecha o círculo hermenêutico. O intérprete, ao tentar extrair sentido do texto legal, sempre projeta uma antecipação desse sentido por influência da historicidade e da necessidade de manter integridade com o passado institucional (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento e Casa do Direito, 2017, p. 25-33).

¹⁹³ Aqui é oportuna a definição de interpretação histórico-evolutiva de Francesco Ferrara, para quem “a *ratio legis* é uma força vivente imóvel que anima a disposição, acompanhando-a em toda a sua vida e desenvolvimento; é como linfa que mantém sempre verde a planta da lei e faz brotar sempre novas flores e novos frutos. A disposição pode, desta sorte, ganhar com o tempo um sentido novo e aplicar-se a novos casos. Sobre este princípio se baseia a chamada interpretação evolutiva” (FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 2. ed. Trad. Manuel A. D. de Andrade. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1963, p. 142). Dizer que os juízes estão atrelados aos compromissos firmados na história institucional de uma comunidade não significa a defesa de uma interpretação historicista e originalista. Pelo contrário, esses compromissos morais e políticos devem ser interpretados evolutivamente para se adaptar a questões não imaginados pelo constituinte. Evidentemente, os compromissos assumidos pela comunidade evoluem à mesma medida em que a sociedade também avança.

¹⁹⁴ A mesma observação é feita por Luiz Werneck Vianna, cf. VIANNA, Luiz Werneck. Poder Judiciário, “positivação” do direito natural e história. *Revista Estudos Históricos*, v. 9, n. 18, p. 263-282, 1996. Disponível: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/viewArticle/2033>. Acesso em 07 abril 2024.

¹⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Unesp, 2020, p. 265.

¹⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Unesp, 2020, p. 268.

complementares, e não contrários¹⁹⁷. Numa democracia entendida como procedimento deliberativo, a Constituição estipula os procedimentos políticos por meio dos quais os cidadãos, no exercício da autodeterminação, podem perseguir cooperativamente a melhor forma de reger a vida em sociedade¹⁹⁸. Os indivíduos, em situação ideal de discurso¹⁹⁹ na esfera pública e no Parlamento, debatem racionalmente através da ação comunicativa para alcançar um consenso sobre o que é *bom e justo para todos*²⁰⁰. Ao estabelecer esse consenso, a comunidade firma os compromissos políticos e morais a que se refere Dworkin e a historicidade da tradição jurídica a que se referem os hermeneutas jurídicos como Lenio Streck, introjetando-os na Constituição.

Portanto, enquanto o procedimento deliberativo democrático constrói os compromissos da comunidade, os juízes devem fazer a engenharia reversa desse procedimento para (re)construir os princípios que se extraem dos compromissos firmados pela comunidade/tradição jurídica.

Esse processo reconstrutivo é o melhor parâmetro para saber quando um determinado *ato definitivo* excedeu sua presunção de constitucionalidade e os limites da interpretação razoável da Constituição²⁰¹.

¹⁹⁷ PEREIRA, Paula Pessoa. *O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMO CORTE DE DEFINIÇÃO DE DIREITOS. UMA JUSTIFICATIVA A PARTIR DO UNIVERSALISMO*. 2013. 179 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 163.

¹⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Unesp, 2020, p. 336.

¹⁹⁹ Para Habermas, a prática argumentativa é dividida em três aspectos. O primeiro aspecto é procedimental, no sentido de que a comunicação se exerce por uma série de atos de discurso entre indivíduos numa continuidade reflexiva, com a finalidade de formar consenso. Em segundo lugar, o procedimento deve assumir regras especiais, que estabelecem a situação ideal de discurso, a qual, por sua vez, pressupõe as seguintes condições puramente formais: "(a) ninguém que possa dar uma contribuição relevante pode ser excluído da participação; (b) a todos se dará a mesma chance de dar contribuições; (c) os participantes devem pensar aquilo que dizem; (d) a comunicação deve ser isenta de coações internas ou externas, de tal forma que os posicionamentos de "sim" e "não" ante reivindicações de validação criticáveis sejam motivados tão-somente pela força de convencimento das melhores razões" (HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 60). Na situação ideal de discurso, coloca-se em discussão determinada pretensão de validade, que, sem pressões externas ou constrangimentos de qualquer natureza, são testadas com argumentos racionais para descobrir se a proposição é válida. Ao final do agir comunicativo, será possível produzir argumentos cogentes, os quais, por sua virtude intrínseca, servirão de parâmetro para rejeitar ou corroborar uma pretensão de validade. Esses argumentos cogentes se identificam com os princípios morais, derivados dos compromissos assumidos pela comunidade no procedimento democrático deliberativo (HABERMAS, Jürgen. *Teoria da ação comunicativa*. v. 1. São Paulo: Unesp, 2022, p. 76).

²⁰⁰ Exatamente nesse sentido, citamos Paula Pessoa Pereira: "As decisões, portanto, devem traduzir o resultado do discurso levado a cabo nos procedimentos institucionalizados. Sob este enfoque a democracia funciona como um método em que as preferências e interesses dos cidadãos são levados em consideração e testados em face dos contra-argumentos com o objetivo de serem transformados em razões consensuais." PEREIRA, Paula Pessoa. *O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMO CORTE DE DEFINIÇÃO DE DIREITOS. UMA JUSTIFICATIVA A PARTIR DO UNIVERSALISMO*. 2013. 179 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 37.

²⁰¹ "A legitimidade das regras é medida pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa, em última instância se são obtidas em um procedimento racional de legislação" (HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Unesp, 2020, p. 65).

Quando se identifica violação de compromisso estabelecido pela comunidade e pela tradição jurídica, não há mais como dizer que há interpretação razoável que preserve a sua constitucionalidade. Extrapola-se o espaço de discricionariedade criados pela Constituição, na medida em que os *atos definitivos* se mostram irremediavelmente incompatíveis com os compromissos assumidos pela comunidade no processo deliberativo.

Como bem lembra Habermas, a facticidade da imposição jurídica por parte do Estado – isto é, o uso legítimo da força para garantir os atos do Poder Público e negócios firmados entre particulares – somente confirma sua presunção de constitucionalidade se for compatível com os compromissos morais e políticos firmados consensualmente pela comunidade e enraizados na tradição jurídica. Por sua vez, esses compromissos extraem a sua validade a partir da “força fundadora de legitimidade de um procedimento de positivação do direito”²⁰², em que há possibilidade de debate público, livre de amarras e constringências.

Assim, em síntese, para nós, a legitimidade da jurisdição constitucional depende da criação de norma jurídica do caso que contenha a interpretação correta da Constituição, em que se revela a tensão entre facticidade e validade – segurança jurídica (coerência) e pretensão de correção (integridade). A melhor forma de distensioná-la é por meio da interpretação (re)construtiva dos compromissos morais e políticos assumidos no histórico institucional da comunidade por meio do procedimento democrático deliberativo, na forma proposta por Dworkin e Habermas. Isso significa que mesmo os *atos definitivos* do Estado e de particulares – que já passaram por todas as etapas necessárias à sua formação – podem ter sua presunção de constitucionalidade elidida, caso extrapolem o espaço de discricionariedade estabelecido pela Constituição, isto é, se forem de encontro com os princípios morais introjetados pelo procedimento democrático.

Essa conclusão é especialmente relevante para compreender os limites da atuação da jurisdição constitucional no controle dos *atos definitivos* do próprio Poder Judiciário, isto é, quando o processo transita em julgado e o ato judicial adquire a proteção da coisa julgada. Nesse caso, a decisão judicial, que antes tinha o dever de dar a única interpretação correta da Constituição – a mais justa possível –, agora só poderá ser desconstituída ou revista se ela própria não contiver interpretação razoável da Constituição, como indica a Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal.

²⁰² “A facticidade da *imposição* jurídica por parte do Estado se entrelaça com a força fundadora de legitimidade de um procedimento de *positivação* do direito” (HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Unesp, 2020 p. 63).

Como a interpretação correta da Constituição, em primeiro lugar, já depende de só interpretação razoável da Constituição *vis-à-vis* o *ato definitivo impugnado*, a revisão do *ato definitivo judicial* implica num juízo de duplo grau de razoabilidade, a saber se a interpretação dada pela decisão judicial à Constituição ultrapassou os limites de discricionariedade interpretativa, deixados pelo constituinte.

2.3 A natureza constitutiva da jurisdição constitucional

Num primeiro olhar, a afirmação de que a jurisdição constitucional depende da interpretação correta da Constituição parece levar à conclusão de que as decisões judiciais tem caráter meramente declaratório: aplica-se apenas a resposta correta que já existia. Contudo, demonstramos que a norma *virtual* (interpretação correta) tem existência meramente abstrata, como solução ideal do caso, e depende da sua (re)construção pela norma jurídica individual da decisão judicial para ter plena eficácia jurídica.

Importante consequência disso é que o pronunciamento judicial da inconstitucionalidade adquire natureza constitutiva, e não predominantemente declaratória. Em verdade, trata-se de debate que foi negligenciado pela doutrina²⁰³, especialmente a brasileira, que seguiu quase que unanimemente a posição do caráter declaratório da decisão de inconstitucionalidade²⁰⁴, enunciada por Rui Barbosa²⁰⁵. Costuma-se associar a nulidade à sentença declaratória de inconstitucionalidade, que apenas reconhece a situação jurídica inconstitucional pré-existente, e a anulabilidade à decisão constitutiva negativa, que retira do ordenamento jurídico o ato inconstitucional. Alfredo Buzaid, em lição clássica, dizia que

²⁰³ Até mesmo autores como Piero Calamandrei associam a natureza processual da decisão de inconstitucionalidade – se declaratório ou constitutivo – com a natureza do vício de inconstitucionalidade – nulidade ou anulabilidade. Nesse sentido, afirma Calamandrei: “*Il sindacato di legittimità costituzionale esercitato dalla Corte ha carattere dichiarativo o carattere costitutivo? La domanda può tradursi in questa'altra: le leggi viziate da illegittimità costituzionale sono nulle o annullabili?* (CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. In: CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche: Diritto e processo costituzionale*. v. 3. Roma: Roma Tre-Press, 2019, p. 395).

²⁰⁴ A decisão que afirma a constitucionalidade, em regra, será de natureza preponderantemente declaratória. No entanto, não deixa de conter elemento constitutivo, porque a decisão constitui a si mesma (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. t. 1. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 289) e a norma jurídica individual do caso concreto. Essa noção, contudo, se inverte no controle abstrato de constitucionalidade. Nesse caso, a norma jurídica do caso (abstrato), produzida pela decisão Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Justiça, terá eficácia *erga omnes* e, por isso, está mais próxima da edição de nova lei ou do que da norma individual tradicional, que serve para resolver o conflito entre as partes do processo. Por isso, as decisões confirmatórias da constitucionalidade – apenas no controle abstrato – serão preponderantemente constitutivas.

²⁰⁵ Pontes de Miranda já na década de 70 denunciava que “de poucos problemas há notícia, que mais se tenham como resolvidos, sem que, sequer, hajam sido postos em termos devidos como o da natureza jurídica das decisões sobre inconstitucionalidade das leis” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973*. t. 6. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 77).

“A sentença, que decreta a inconstitucionalidade, é predominantemente declaratória, não predominantemente constitutiva. A nulidade fere-a *ab initio*. Embora executória até o pronunciamento definitivo do poder judiciário, a sentença retroage os seus efeitos até o berço da lei, valendo, pois, *ex tunc*. O poder judiciário não modifica o estado da lei, considerando nulo o que inicialmente era válido. Limita-se a declarar a invalidade da lei, isto é, declara-a natimorta”²⁰⁶.

Data venia, entendemos que é insuficiente a mera declaração de inconstitucionalidade para descrever a natureza da decisão que a pronuncia²⁰⁷. A declaração em sentido estrito apenas *esclarece* a (in)existência de relação jurídica ou autenticidade de documento, como bem enuncia o art. 19 do Código de Processo Civil. Evidentemente, o efeito declaratório da sentença – restrito ao plano da existência jurídica – não poderia se prestar a aplicar a sanção de nulidade da inconstitucionalidade, que se manifesta no plano da validade²⁰⁸.

O ato inconstitucional *existe*, antes de ser *inválido*. Se o ato existe com presunção de validade, para ser *tratado como inválido*, precisa *perder a validade*. E, para perder a validade, é preciso decisão constitutiva negativa, que lhe decreta a nulidade. Enquanto não sobrevier a sua desconstituição, o ato inconstitucional permanece válido. Na lição de Pontes de Miranda, “ao declarar [...] o ato jurídico *stricto sensu* nulo, não é mais, não pertence mais ao mundo jurídico, *já estava desconstituído*”²⁰⁹.

Aqueles que pronunciam a preponderância da declaratividade da sentença de inconstitucionalidade incorrem no equívoco há muito denunciado por Barbosa Moreira: de confundir a violação da lei com a respectiva sanção, isto é, de se falar em “vício de nulidade”²¹⁰. A inconstitucionalidade é causa da sanção de nulidade, mas com ela não se confunde. E sanção

²⁰⁶ BUZUID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 128-129.

²⁰⁷ Importante o registro de que se adota neste trabalho a classificação quinária de Pontes de Miranda, com o critério da preponderância, de que toda decisão judicial contém, em menor ou maior grau, cada uma das possíveis eficácias da sentença – declaratória, condenatória, constitutiva, executiva e mandamental. Afirma Pontes de Miranda em seu Tratado das Ações: “A preocupação da ciência do direito até há pouco foi a de conceituar as ações e classificá-las como se cada uma delas só tivesse uma eficácia: uma fosse declarativa; outra, constitutiva; outra, condenatória; outra, mandamental; outra, executiva, O que nos cumpre é vermos o que as enche, mostrarmos o que nelas prepondera e lhes dá lugar numa das cinco classes, e o que vem, dentro delas, em espectração de efeitos” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. t. 1. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 131).

²⁰⁸ Na lição de Pontes de Miranda, na ação declaratória “só se pede que se torne claro (de-clare), que se ilumine o recanto do mundo jurídico para se ver se é, ou se não é, a relação jurídica que se trata. O enunciado é só enunciado de existência” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. t. 1. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 132).

²⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações: ações constitutivas*. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 96.

²¹⁰ “Sublinhe-se que é inadequado falar de 'vício de nulidade' ou 'vício de anulabilidade! A invalidade, em qualquer das duas modalidades, não é um vício: é a consequência de um vício” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Invalidade e ineficácia do negócio jurídico*. *Revista de Direito Privado* n. 15, p. 226. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003).

não se pode meramente declarar, e, sim, aplicar, no sentido de decretar – o que confere à decisão de inconstitucionalidade natureza inegavelmente constitutiva: inconstitucionalidade se declara, nulidade se decreta.

Assim, rejeitamos a premissa de que inconstitucionalidade e nulidade são uma só coisa. Pelo contrário, entendemos que a sentença “declaratória” de inconstitucionalidade produz duas normas individuais distintas: uma norma declaratória da existência de ato incompatível com a Constituição e, em seguida, uma norma que decreta, mediante juízo constitutivo, a sanção de nulidade com efeitos retroativos. São duas normas autônomas, embora comumente se acompanhem uma à outra. A norma de declaração da existência da inconstitucionalidade depende tão somente do reconhecimento dos pressupostos de existência do ato e da sua situação jurídica de inadequação com a Constituição. Por outro lado, a decretação da nulidade é a norma que desqualifica e retira a validade do ato impugnado, retroativamente, como consequência do vício de inconstitucionalidade²¹¹.

A nulidade tem pressupostos próprios, que vão além da mera violação da Constituição, podendo ser afastada em algumas ocasiões, especialmente se a sanção de invalidade for gerar situação jurídica ainda mais inconstitucional, em razão do efeito repristinatório ou de eventual vácuo normativo.

É o caso da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia²¹² (quer dizer, decretação) da nulidade, quando, para evitar a piora do estado de desconformidade com a Constituição, decide-se reconhecer a violação da Constituição, sem retirar a validade ou eficácia da lei inconstitucional.

Essa técnica de decisão revela o quão é fraca a sentença declaratória para resolver a inconstitucionalidade. Se com a declaração ainda é possível manter o ato inconstitucional

²¹¹ A separação entre mera irregularidade (atipicidade) e a sanção de nulidade é feita brilhantemente por Calmon de Passos em sua obra *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, quando sintetiza uma teoria geral das nulidades, aplicável aos atos de direito material e processual. “Feitas essas distinções, poderíamos, à guisa de conclusão, tentar uma definição analítica do que seja nulidade. Ela é uma desqualificação determinada pelo sistema jurídico, no tocante a certo suposto, por entendê-lo inapto para justificar a imposição da consequência que lhe seria própria, inaptidão essa derivada da atipicidade relevante desse suposto, vista essa relevância em consonância com o enlace que a mesma ordem jurídica estabelece entre a vontade do sujeito agente e o resultado normativamente previsto. Desqualificação, porque a nulidade não é algo ínsito à própria conduta juridicizada, sim o resultado de um juízo constitutivo do agente político legitimado para essa função, que retira, na espécie, a imputabilidade do suposto. Essa desqualificação, contudo, não resulta de imediato da atipicidade do suposto, vale dizer, da verificação de que, no tocante a ele, há falta ou irregularidades quanto aos seus pressupostos ou requisitos. A atipicidade do suposto e a função que a ordem jurídica, na hipótese, atribuiu à vontade do sujeito agente” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 38).

²¹² Na ADI 875, rel. Min. Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade do art. 2º, I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar nº 62/89, porque não estabelecia critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados que promovem o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos, de acordo com o art. 161, II, da Constituição Federal.

incólume no mundo jurídico, então, para solucionar de vez a inconstitucionalidade, é necessário ir além, desfazendo-o, por meio da decretação de nulidade. Isso implica que é o juízo desconstitutivo do agente competente, e não a Constituição *ex lege*, que invalida o ato inconstitucional.

Logo, a declaração pura e simples da inconstitucionalidade mostra-se insuficiente para cumprir com a missão da jurisdição constitucional, que é a garantia da vigência e da efetividade da Constituição. Apenas o pronunciamento constitutivo é capaz de fazê-lo.

Alguns pretendem afastar o caráter constitutivo da decisão de inconstitucionalidade com a afirmação de que “se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria”²¹³. Construção semelhante é feita por Gilmar Mendes: “o reconhecimento da validade de uma lei inconstitucional – ainda que por tempo limitado – representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição”²¹⁴. A partir disso, sustentam que a natureza constitutiva da decisão implicaria violação da supremacia da Constituição durante o tempo em que a norma foi válida.

O entendimento merece crítica.

A afirmativa em questão, na verdade, presta-se a justificar apenas o efeito retroativo da decisão de inconstitucionalidade, e não sua natureza declaratória. De fato, haveria negativa de vigência da Constituição se a decisão apenas tivesse efeitos prospectivos, mantendo a validade da lei inconstitucional antes da decisão judicial. Mas disso não se extrai a natureza exclusivamente declaratória do pronunciamento. A negativa de vigência da Constituição pelo ato inconstitucional é um fato da vida. Não pode ser superada pela simples declaração de que o ato nunca foi válido.

Fazer uso do expediente da sentença declaratória não tem o condão de reescrever o passado. Isso só se pode fazer com a decisão de natureza desconstitutiva. Todos os atos jurídicos, via de regra, ingressam no mundo com presunção de validade – sem o que o sistema jurídico seria absolutamente ilógico e impraticável. Essa presunção não se opera no mundo dos fatos, como se dependesse de prova no sentido fático-processual; ela opera no mundo da validade, cabendo ao Judiciário avaliar se deve confirmá-la ou desconstituí-la, com a sanção de nulidade.

²¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 38.

²¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 255.

Daí porque a presunção de validade dos atos jurídicos gera um paradoxo para quem entende ser declaratória a decisão de inconstitucionalidade. Até que seja reconhecida a inconstitucionalidade, o ato é presumido válido; porém, depois de proferida a sentença, “descobre-se” que o ato é inconstitucional e, por isso, inválido. Quer dizer, num dado momento no tempo antes da declaração de inconstitucionalidade, o ato é válido, mas sempre foi inválido, sem haver decisão constitutiva que o transforme. É o paradoxo do ato jurídico *válido-inválido*, que nos remete ao experimento do gato *morto-vivo* de Schrödinger.

É paradoxo que costuma se manifestar na linguagem forense, mediante expressões inexatas como “a declaração retira a norma do ordenamento”²¹⁵ ou “o efeito declaratório retroage à data de edição da lei”. Como dizia José Carlos Barbosa Moreira, “é de duvidosíssima propriedade a expressão mesma ‘efeito declaratório’ (...). Quando a uma declaração se atribui efeito declaratório (...) se está pura e simplesmente perpetrando uma tautologia: a declaração produz o efeito... de declarar”²¹⁶.

Declaração é o ato de descobrir, observar, visualizar, esclarecer. O objeto da observação não muda com o ato de declarar. Se mudasse, deixaria de ser declaração para constituição, que é sinônimo de alterar, criar, retirar, excluir. Por isso, a declaração é ação insuficiente para sanar o problema da inconstitucionalidade. Parafraseando o professor Barbosa Moreira, a declaração de inconstitucionalidade tem o efeito de... declarar a existência do ato inconstitucional, e não de retirá-lo do mundo jurídico. O ato jurídico inconstitucional é como uma pedra no meio do caminho: para continuar caminhando sem tropeçar, não basta ver e perceber que há um obstáculo à frente. É preciso removê-lo à força.

Outra inconsistência é a repercussão da “declaração” de inconstitucionalidade das leis sobre os atos jurídicos delas decorrentes. Vemos exemplo disso em passagem de Luís Roberto Barroso:

“Corolário natural da teoria da nulidade é que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter declaratório — e não constitutivo —, limitando-se a reconhecer uma situação preexistente. Como consequência, seus efeitos se produzem retroativamente, colhendo a lei desde o momento de sua entrada no mundo jurídico. Disso resulta que, como regra, não serão admitidos efeitos válidos à lei

²¹⁵ Veja-se exemplo em trecho da ementa na Questão de Ordem na ADI 652: “A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remove do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 652, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça*. Brasília, 02 abr. 1993.

²¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada e declaração. In: *Temas de direito processual*, quarta série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 86-87.

inconstitucional, **devendo todas as relações jurídicas constituídas com base nela voltar ao *status quo ante***²¹⁷.

Discordamos.

Não se pode afirmar que a decisão de inconstitucionalidade é declaratória – pois só reconhece vício pré-existente, sem modificar o estado da lei – e, ao mesmo tempo, faz com que as relações jurídicas constituídas devam retornar ao *status quo ante*, ou seja, desconstituídas. Se as relações jurídicas baseadas na lei inconstitucional devem ser desconstituídas, então por que não deveria ser a própria lei inconstitucional também desconstituída?

É claro que, na perspectiva estática de direito material, a violação da Constituição sempre existiu – o vício de inconstitucionalidade é originário, como nos ensina Paulo Brossard²¹⁸. No entanto, a nulidade, como sanção jurídica de invalidade, fica em estado de pendência, aguardando a sua constituição pelo ato jurisdicional. Por isso que se insiste erroneamente que a sentença, ao se deparar com a inconstitucionalidade, contém apenas a declaração da nulidade, que supostamente sempre existiu.

Do ponto de vista dinâmico de direito processual, a norma individual da nulidade do ato impugnado somente se decreta e passa a ter eficácia com a decisão de inconstitucionalidade. O ato inconstitucional ingressa no mundo jurídico e tem presunção de validade até a prolação da decisão judicial que assegura sua invalidade. Ou seja, a norma declaratória da inconstitucionalidade sempre foi eficaz em abstrato, porém, a norma *virtual* de nulidade só produz efeitos (retroativos) após a sua criação pela sentença.

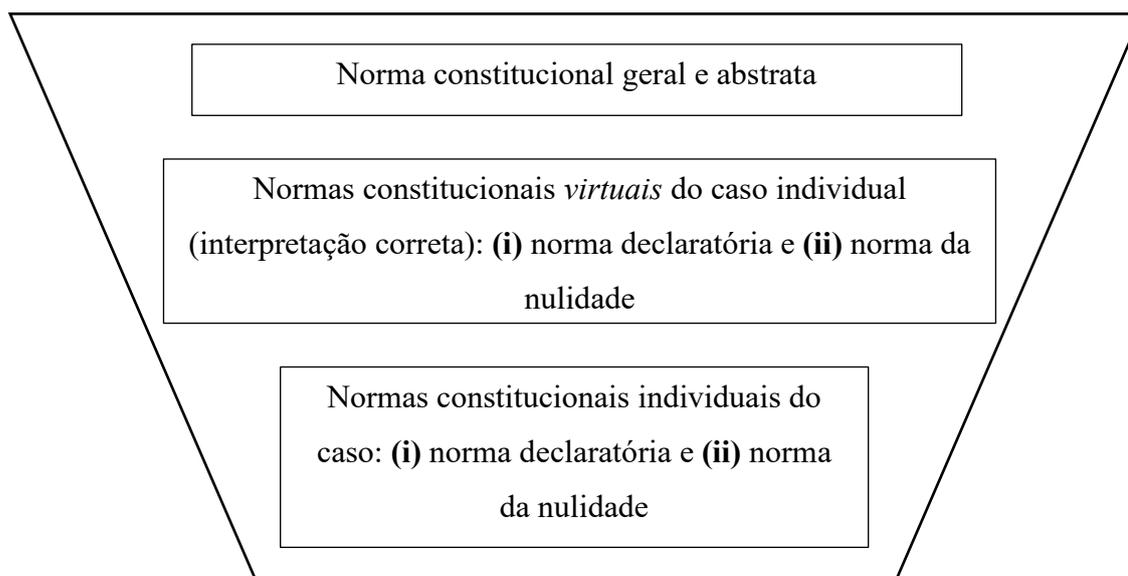
Essa separação da nulidade entre os diferentes planos é imperativa não só para a autonomia do processo, mas para a sobrevivência do próprio direito material.

²¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 38.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Paulo Brossard. *Diário da Justiça*. Brasília, 21 nov. 1997.

Toda decisão de inconstitucionalidade cria duas normas jurídicas²¹⁹ aplicáveis ao caso posto: a declaratória de inconstitucionalidade e a de decretação da nulidade. Isso não quer dizer que a solução já não exista em abstrato, na forma de normas *virtuais*, mas sim que o direito material precisa ser consubstanciado em norma individual pelo juiz para ter plena eficácia. O direito material existe, sim, antes de ser reconhecida pela decisão²²⁰. Para toda norma concreta criada pelo juiz corresponde a correta norma *virtual* do caso. É do ofício do magistrado maximizar o grau de correspondência entre as duas. Evidentemente, há o risco de que se crie a norma individual errada, considerando que o juiz é humano falível e sua atividade não se reduz à mera subsunção. Porém, isso não afasta a realidade das coisas: os juízes criam normas individuais para solucionar os casos que se apresentam, tentando se aproximar da solução ótima no plano abstrato.

No controle de constitucionalidade, não é diferente. Seja no controle abstrato ou concreto, há a disputa sobre qual norma constitucional se aplica à lei impugnada. O Tribunal



Representação visual da hierarquia entre as normas geral, virtual e individual

terá de criar duas normas jurídicas individuais para o caso específico da lei/ato inconstitucional: (i) declarar a violação da Constituição e (ii) aplicar a sanção de nulidade, retirando a validade da lei viciada. A diferença entre as duas está no fato de que a norma *virtual* de declaração de inconstitucionalidade por si só já tem vigência e é eficaz, ao contrário da norma de nulidade, que só adquire eficácia se houver a produção da norma individual pelo juiz.

²¹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 263.

²²⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 64-65.

Isso pode ser visualizado mais facilmente com o seguinte exercício mental: o Congresso Nacional edita a lei “X” dizendo que o Brasil passará a ser Estado unitário, o que sem dúvida é incompatível com a forma federativa adotada pela Constituição. A resposta para o caso envolve duas normas jurídicas *virtuais* (abstratas e corretas) do caso da lei “X”: a norma declaratória da inconstitucionalidade e a norma sancionatória de nulidade. Suponha-se, contudo, que o Supremo Tribunal Federal, por qualquer motivo, venha a pronunciar a sua constitucionalidade pela via da ação direta, deixando de pronunciar a nulidade. Após o trânsito em julgado, não caberá ação rescisória contra o acórdão do STF, que se torna, via de regra, perpétua e definitiva, conforme o art. 26 da Lei nº 9.868/99. Então, diante dessa situação hipotética, indaga-se: tem eficácia a norma jurídica *virtual* do caso que comina a nulidade da lei?

Entendemos que não. A lei “X”, embora viole a Constituição, continua válida e incólume por causa da equivocada declaração de sua constitucionalidade. Com a formação da coisa julgada da decisão do STF, haverá a presunção absoluta de validade da lei, que não poderá ser desfeita.

No entanto, a inconstitucionalidade de uma lei não precisa ser enunciada pela norma individual da sentença para existir. Ainda que a decisão judicial diga que a lei é constitucional, continuará vigente a norma *virtual* que declara sua inconstitucionalidade. Afinal, não é porque o Tribunal equivocadamente declarou a constitucionalidade, que se pode concluir *ipso facto* que o que era inconstitucional passou a ser constitucional. A lei “X” continuará sendo inconstitucional, porém terá sua validade preservada.

No plano abstrato do direito material – independentemente do que se afirma em sentença –, a norma *virtual* declaratória da inconstitucionalidade continua eficaz, porque a violação da Constituição continua existindo. No entanto, a despeito de a norma *virtual* declaratória da inconstitucionalidade da lei “X” continuar vigente – visto que a violação da Constituição não desaparece –, a norma *virtual* da nulidade não produziu efeitos, porque não houve a sua (re)construção em norma individual pelo acórdão do STF.

Ora, se a nulidade é ineficaz enquanto não for pronunciada pela sentença, então, *a contrario sensu*, a nulidade só passa a produzir efeitos com o ato jurisdicional que a introduz no mundo jurídico – ato esse que retira retroativamente a validade do ato impugnado e tem, portanto, natureza constitutiva.

O raciocínio se mantém, se invertermos o exercício mental inicialmente proposto; isto é, se a lei “X” for efetivamente constitucional, mas equivocadamente “declarada” inconstitucional pelo STF. Logicamente, a norma *virtual* declaratória da constitucionalidade existirá no plano abstrato e será eficaz, ante a ausência de violação da Constituição. No entanto,

a decisão do Tribunal terá fabricado a norma concreta de nulidade, que nunca existiu sequer no plano abstrato, mas foi constituída pela decisão a partir do *nada jurídico*.

Portanto, é predominantemente constitutiva, e não declaratória, a decisão de inconstitucionalidade, na medida em que só o ato jurisdicional que cria a norma jurídica individual de nulidade é capaz de retirar o ato inconstitucional do ordenamento.

CAPÍTULO 3: COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Bem compreendidos os postulados da efetividade da Constituição e da jurisdição constitucional nesse paradigma, temos a base necessária para saber quais os limites da proteção da coisa julgada sobre a norma individual (re)construída pela jurisdição, especialmente quando há violação da Constituição.

Nossa principal premissa é de que coisa julgada torna definitivo o acesso à Justiça, com vistas à efetividade das normas constitucionais. Sem dúvida, como qualquer instituto processual, a coisa julgada precisa ser entendida na perspectiva da instrumentalidade do processo e, acima disso, na perspectiva da força normativa da Constituição, que é o princípio originário de nossa ordem jurídica, conforme vimos no capítulo 1.1.

Nessa linha, quis o constituinte que toda ameaça ou lesão a direito fosse apreciada pelo Poder Judiciário, consagrando a garantia fundamental do art. 5º, XXXV, da CF/88. A Constituição veda a autotutela, de sorte que, se o Estado não permite que façamos justiça com nossas próprias mãos, é ele quem deve assumir o dever de proteger os direitos. Se é assim, então não se pode interpretar o art. 5º, XXXV, da CF/88 como o direito formal à “igualdade de probabilidades de obter decisões satisfatórias”²²¹, mas sim como o direito à ação, entendido como o poder de exigir do Estado-juiz a tutela efetiva do direito violado ou ameaçado²²².

É por aí que devemos interpretar a coisa julgada. Sua função é dar a segurança jurídica de que a tutela estatal do direito material não será revisitada ou reformada posteriormente, com vistas ao acesso (efetivo) à Justiça. É dizer, enquanto o direito de ação é a porta de entrada da Justiça, a coisa julgada é sua porta de saída²²³.

Assim, se a coisa julgada é instrumento para proteger o direito material – em especial os direitos assegurados pela Constituição –, naturalmente surge a pergunta: e se a coisa julgada tornar imutável uma sentença que viola norma constitucional?

A indagação ressuscita o conflito entre segurança jurídica e justiça, que Habermas explica na tensão entre facticidade e validade²²⁴. Por um lado, há aqueles que sustentam a

²²¹ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980, p. 31.

²²² MORAES, Daniela Marques de; COSTA, Alexandre Bernardino. O poder Judiciário e sua imprescindível reforma como corolários do acesso à justiça. *Abya-yala: Revista sobre Acesso à Justiça e Direitos nas Américas*, [S. l.], v. 1, n. 1, 2023, p. 48. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/abya/article/view/46928>. Acesso em: 4 abr. 2024.

²²³ NERY, Rodrigo. *Repensando a coisa julgada e os motivos da decisão*. Londrina: Thoth, 2022, p. 27-43.

²²⁴ “A tensão entre facticidade e validade imanente ao direito se manifesta dentro da jurisprudência como uma tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de uma decisão correta” (HABERMAS, Jürgen.

intangibilidade da coisa julgada: ultrapassado o prazo decadencial da ação rescisória, tem-se a coisa julgada soberana. Por outro, a corrente que defende a “relativização” da coisa julgada, inclusive pela via da ação imprescritível de nulidade da sentença inconstitucional, em nome do acesso à Justiça e da supremacia da Constituição²²⁵.

Nós entendemos, acompanhando em parte Cândido Rangel Dinamarco, que a decisão judicial que ofende a Constituição não chega a formar coisa julgada, entendida como a autoridade (efeito) que torna imutável a decisão. É a conclusão que chegamos, com fundamento nas premissas estabelecidas nos capítulos 1 e 2.

3.1 Conceito jurídico-positivo de coisa julgada

Não há como enfrentar a coisa julgada inconstitucional, sem antes traçar o conceito da coisa julgada em si.

Nos dizeres de José Carlos Barbosa Moreira, “poucos temas jurídicos têm merecido dos estudiosos atenção maior que o da coisa julgada. Quem se detiver, porém, no exame do material acumulado, chegará à paradoxal conclusão de que os problemas crescem de vulto na mesma proporção em que os juristas se afadigam na procura de soluções”²²⁶. A começar pela sua definição, que nasce no direito romano e é continuamente reinventada. Desde as concepções mais clássicas de Ulpiano de coisa julgada como efeito novacional da obrigação²²⁷ – da “coisa”

Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. São Paulo: Unesp, 2020, p. 257).

²²⁵ Cândido Rangel Dinamarco, amparado em Pontes de Miranda, sustenta que a sentença inconstitucional não está sujeita à coisa julgada material, pois a coisa julgada só se projeta sobre os efeitos juridicamente possíveis da decisão (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 217-270). Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria sustentam a nulidade da decisão inconstitucional não pode ser mitigada, razão pela qual é cabível a ação imprescritível de nulidade absoluta da sentença (THEORODO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. In: DIDIER JR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 179-224). No mesmo sentido é a posição de Teresa Arruda Alvim Wambier, José Miguel Garcia Medina e Alexandre Freitas Câmara (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Relativização da coisa julgada. In: DIDIER JR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 385-406; FREITAS, Alexandre Câmara. Relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 17-37). Até mesmo José Carlos Barbosa Moreira, *de lege ferenda*, defendia a possibilidade de a ação rescisória contra a sentença inconstitucional não possuir prazo decadencial (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 249).

²²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In: *Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 133.

²²⁷ “Assim, para os clássicos era a *res iudicata* verdadeiramente o único e exclusivo efeito do *iudicatum* (...) a sentença não declarava a existência ou inexistência dum direito, mas criava antes um direito novo” (LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945, 13-14).

depois de ser julgada – e de Savigny – segundo quem a coisa julgada é uma ficção de verdade que dá origem à resposta definitiva do ordenamento jurídico em relação ao bem da vida em disputa²²⁸. Até as mais modernas de Chiovenda²²⁹ – da coisa julgada como efeito processual preclusivo da sentença, que declara a vontade concreta da lei – e de Antonio do Passo Cabral²³⁰ – da coisa julgada como apenas uma das várias estabilidades processuais.

Apesar do brilhantismo com que muitos defendem seus conceitos de coisa julgada²³¹, nós adotamos a definição estritamente legal do art. 502 do CPC/15. Como o foco deste trabalho é abordar a coisa julgada inconstitucional pela lente da efetividade da Constituição – e, portanto, do direito constitucional –, optamos por fazer o recorte processual da coisa julgada a partir do marco teórico dominante.

Nesse sentido, entendemos por coisa julgada material a autoridade – leia-se, o efeito jurídico²³² – que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso. Conforme Barbosa Moreira, a coisa julgada é o efeito jurídico que torna imutável e imperativa a “norma jurídica concreta referida a uma determinada situação”²³³.

Nesse sentido, entendemos que está revogado tacitamente o art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual a coisa julgada corresponde à “decisão judicial de que já não caiba recurso”. A LINDB preenchia o vácuo normativo do Código de Processo Civil de 1939, que carecia de conceito expresso de coisa julgada. Entretanto, com a superveniência da lei processual de 1973, operou-se a revogação tácita do dispositivo, na medida em que têm conteúdos inconciliáveis – enquanto os Códigos de 1973 e

²²⁸ SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del derecho romano actual*. Tradução Jacinto Mesía; Manuel Poley. 2. ed. Madrid: Centro editorial de Góngora, t. 5-6, 1879, p. 171.

²²⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Sulla cosa giudicata. Saggi di diritto processuale civile* (1894-1937). Volume terzo. Milano: Giuffrè editore, 1993, p. 267.

²³⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Cosa julgada dinâmica: limites objetivos e temporais: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2012. 603 f. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

²³¹ Ainda não temos trabalho mais completo do que o livro de Rodrigo Nery “Repensando a coisa julgada e os motivos da decisão”, que faz a revisão de literatura de todas as concepções de coisa julgada, de Ulpiano a Antonio do Passo Cabral (NERY, Rodrigo. *Repensando a coisa julgada e os motivos da decisão*. Londrina: Thoth, 2022, p. 73-149). Sintetizando criticamente as posições historicamente adotadas sobre a coisa julgada, Rodrigo Nery a qualifica como “produto (efeito) de um fato jurídico composto por uma determinada decisão, em conformidade com os requisitos previstos na lei processual, sobre determinada questão, contida em um pronunciamento jurisdicional, acrescida do seu trânsito em julgado ou preclusão da possibilidade de recurso em face da questão decidida (...). A coisa julgada é a situação jurídica processual de extinção do direito processual de discutir determinada questão, que prejudica ou favorece determinados sujeitos por ela afetados” (NERY, Rodrigo. *Repensando a coisa julgada e os motivos da decisão*. Londrina: Thoth, 2022, p. 194).

²³² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 527. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 824. E-book. ISBN 978-65-5065-103-9.

²³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ainda e sempre a coisa julgada*. In: *Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 143.

de 2015 atribuem à coisa julgada a natureza de efeito jurídico que se produz sobre a decisão transitada em julgado, a LINDB equipara a coisa julgada à própria decisão judicial.

O efeito de coisa julgada possui três dimensões: negativa, positiva e preclusiva. A dimensão negativa da coisa julgada refere-se à impossibilidade de que a mesma demanda seja decidida novamente naquele e noutros processos (efeito panprocessual²³⁴, a que se refere Machado Guimarães), fazendo da coisa julgada uma exceção de defesa indireta, apta a gerar a extinção sem resolução de mérito dos processos posteriores à coisa julgada já formada²³⁵. A dimensão positiva diz respeito à vinculação dos juízes de futuros processos ao que já fora decidido, sendo certo que a situação jurídica afirmada pela norma individual acobertada pela coisa julgada servirá de causa de pedir para novas pretensões²³⁶. Já o efeito preclusivo está previsto no art. 508 do CPC/15, segundo o qual, com o trânsito em julgado, consideram-se repelidos todos os argumentos deduzidos e deduzíveis, referentes à causa de pedir da demanda²³⁷.

No entanto, há uma exceção importante: a sentença transitada em julgado poderá ser revisada caso trate de relação jurídica de trato continuado e houver, após a formação da coisa julgada, modificação relevante no estado de fato ou de direito que justifique a mudança da decisão. O CPC/15 reproduziu a concepção de Enrico Tulio Liebman de que as sentenças que tratam de relações jurídicas continuativas contêm cláusula implícita de *rebus sic stantibus*, ou seja, de que a decisão “vale enquanto permaneçam inalteradas as condições da relação, só se tornando possível uma mudança quando e na medida em que variam as circunstâncias que determinaram a decisão”²³⁸.

Ademais, prevê o *caput* do art. 503 do CPC/15 que, formada a coisa julgada, a decisão terá força de *lei* entre as partes nos limites da questão principal decidida. Quer dizer, a norma jurídica individual da sentença opera como lei específica (*lex specialis*) da relação jurídica

²³⁴ GUIMARÃES, Luiz Machado. Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. In: *Estudo de direito processual civil*. Rio de Janeiro-São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969, p. 15.

²³⁵ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 528.

²³⁶ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 528.

²³⁷ Eficácia e efeito são conceitos marginalmente diferentes: a eficácia é a aptidão para produzir efeitos. Embora Machado Guimarães atribua à coisa julgada a “eficácia” preclusiva, entendemos que é mais correto afirmar que se trata de “efeito preclusivo”. Isso porque a coisa julgada é um efeito que produz sobre a sentença, para impedir que a questão seja decidida novamente. Não é mera aptidão para impedir novos julgamentos, mas o impedimento em si (GUIMARÃES, Luiz Machado. Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. In: *Estudo de direito processual civil*. Rio de Janeiro-São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969, p. 15).

²³⁸ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945, p. 27.

deduzida em juízo, o que corrobora a nossa posição quanto à função da jurisdição como produtora de normas individuais, tal como exploramos no capítulo 2.1.

Por último, o art. 504 explicita: não fazem coisa julgada os motivos de direito e de fato da decisão. No entanto, de acordo com o art. 503, § 1º, do CPC/15, a proteção da coisa julgada é estendida às questões prejudiciais²³⁹, se sobre ela tiver havido contraditório prévio e efetivo e se o juízo tiver competência para conhecê-la como questão principal²⁴⁰.

3.2 A coisa julgada no paradigma da efetividade da Constituição

A Constituição inseriu a coisa julgada no rol dos direitos e garantias individuais. Diz a cláusula pétrea do art. 5º, XXXVI: *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*.

Essa é a única menção à coisa julgada na Constituição, ressalvadas as referências indiretas à competência dos tribunais para julgar as ações rescisórias de seus julgados, além de outros dispositivos que mencionam o trânsito em julgado como condição para eficácia de certas sentenças, como as que extinguem associação civil ou demitem juiz vitalício, por exemplo.

A doutrina se divide na extensão do alcance do art. 5º, XXXVI, da CF/88. Para o Ministro do STJ José Augusto Delgado, o art. 5º, XXXVI só permite dois caminhos interpretativos: o primeiro, de que a lei não poderia de modo algum restringir a coisa julgada; o segundo, de que a lei posterior não poderia afetar coisa julgada já formada, tratando-se apenas

²³⁹ Adotamos a distinção entre preliminar e prejudicial de mérito feita por José Carlos Barbosa Moreira, em “Questões prejudiciais e coisa julgada”. Para o professor Barbosa Moreira, a preliminar é questão que impede o conhecimento do mérito, enquanto a prejudicial é a matéria que tem o condão de alterar o conteúdo da decisão de mérito. Por exemplo, a legitimidade é preliminar, pois é etapa necessária para decidir sobre o mérito da pretensão. Já a prescrição e a decadência são prejudiciais, porque compõem o próprio mérito da lide, ao mesmo tempo em que *prejudicam* o reconhecimento da procedência da pretensão da parte autora (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. 1967. Tese de concurso para a docência livre de Direito Judiciário Civil da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro 1967, p. 29-30).

²⁴⁰ A diferença entre motivos da decisão e questões prejudiciais é um tanto nebulosa na doutrina e é de grande relevância, tendo em vista que uma é protegida pela coisa julgada, e a outra não. Mais uma vez, preferimos fazer um recorte a partir da posição do professor Luiz Guilherme Marinoni, em vez de adentrar na discussão de Direito Processual – considerando que o foco do trabalho é na perspectiva do Direito Constitucional. Para Marinoni, os motivos podem ser entendidos como “critérios decisórios”, separados em duas hipóteses: primeiro, como “pontos (não controvertidos) que o juiz muitas vezes considera, de passagem e sem evidentemente decidir, para julgar o pedido” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 297); segundo, como “alegações que não constituem decisões sobre questões prejudiciais” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 298). As questões prejudiciais, como já abordado segundo a lição de Barbosa Moreira, são as “questões de cuja solução dependa o teor ou conteúdo da solução de outras” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. 1967. Tese de concurso para a docência livre de Direito Judiciário Civil da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro 1967, p. 29); isto é, as prejudiciais são as questões que alteram o próprio resultado da decisão de mérito, diferentemente das preliminares, que impedem a análise do mérito.

de norma proibitiva da retroatividade de lei nova. Aponta, então, que a primeira interpretação levaria inexoravelmente à inconstitucionalidade das previsões legais de ação rescisória, eis que permitem a desconstituição da coisa julgada.

No entanto, a própria Constituição prevê o cabimento de ação rescisória ao prever as competências dos tribunais, de sorte que José Augusto Delgado conclui que a coisa julgada “não tem o alcance que muitos intérpretes lhe dão”. O Ministro José Augusto Delgado, então, filia-se ao posicionamento de que o constituinte deu à coisa julgada proteção constitucional apenas contra a retroatividade das leis; toda a regulação restante da coisa julgada estaria confiada à discricionariedade do legislador²⁴¹.

Por outro lado, é conhecido o discurso de outros juristas que defendem maior amplitude à cláusula da coisa julgada, por ser corolário da segurança jurídica. A imutabilidade da decisão transitada em julgado – como parece revelar o próprio regramento infraconstitucional da coisa julgada – tem por objetivo a estabilização dos conflitos sociais e, dessa forma, pertenceria ao “núcleo duro dos princípios à segurança jurídica, liberdade e igualdade”²⁴², como afirma Daniel Mitidiero.

Essa noção garantista da coisa julgada tem sua melhor defesa pelo professor Luiz Guilherme Marinoni²⁴³. Ao seu ver, a coisa julgada contempla quatro grandes papéis constitucionais, na perspectiva da segurança jurídica: **(i)** como regra para existência do discurso jurídico; **(ii)** como elemento da soberania estatal; **(iii)** como corolário do direito fundamental à ação; **(iv)** como corolário da segurança jurídica propriamente dita²⁴⁴.

Na visão de Marinoni, a coisa julgada, em primeiro lugar, não é mera regra do processo, mas uma espécie de princípio supraconstitucional²⁴⁵ – derivado da teoria do Direito, como pressuposto formal do discurso jurídico. Todo discurso, inclusive o discurso jurídico, precisa ter fim, sob pena de ir contra a própria razão de ser do discurso – que é alcançar o argumento

²⁴¹ DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 103, n. 26, p. 15, jul./set. 2001.

²⁴² MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 52.

²⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: arts. 525, §§ 12, 12, 14, 15, CPC/2015*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 47-56.

²⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: arts. 525, §§ 12, 12, 14, 15, CPC/2015*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 47-56.

²⁴⁵ De maneira bastante similar, Jorge Amaury Maia Nunes sustenta que a segurança jurídica tem caráter supraconstitucional e dispensa previsão na Constituição para existir. Afirma que, no Brasil, “a tendência é admitir a estrutura constitucional do princípio da segurança jurídica tendo como *sedes materiae* o princípio do Estado de Direito ou, noutra vertente, uma posição autônoma, apartada. De qualquer sorte, albergado ou não num texto constitucional, o princípio da segurança jurídica continuará ostentando a condição de fundamento, de pedra basilar do Direito. Não será a inserção constitucional – muito ao revés – que lhe irá alterar a natureza” (NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93).

cogente final²⁴⁶. Não haveria sentido na prática jurídica se as discussões judiciais fossem intermináveis, isto é, se não houvesse a coisa julgada para dar fim ao processo.

O segundo argumento de Marinoni é subproduto do primeiro. A coisa julgada é elemento da soberania estatal, na medida em que o exercício da jurisdição é o ato de Poder que afirma lei do Estado. Se a jurisdição nunca alcançar seu fim na coisa julgada – ficando sob a eterna ameaça de revisão –, então nunca se concretizará a soberania do Estado.

Em terceiro lugar, Marinoni afirma que o direito fundamental à tutela jurisdicional engloba, além do direito a uma decisão que tome em consideração as alegações e provas das partes, o direito a uma tutela jurisdicional indiscutível e imutável, sob pena de transformar a decisão judicial em mera opinião.

Por último, Luiz Guilherme Marinoni defende que a coisa julgada não precisaria ter sido referenciada pela Constituição, pois derivaria da noção de Estado de Direito, enquanto pressuposto da segurança jurídica. O sobreprincípio da segurança jurídica teria duas dimensões; uma objetiva, referindo-se à irretroatividade e previsibilidade dos atos estatais; outra subjetiva, da qual emerge o princípio da proteção da confiança do cidadão individualmente considerado.

Especificamente em relação à essa última dimensão, Marinoni, citando Ingo Sarlet, sustenta que a segurança jurídica é indissociável da dignidade da pessoa humana, que não seria suficientemente respeitada se as pessoas pudessem ser atingidas por tal nível de instabilidade jurídica que impeça sua confiança nas instituições estatais. Nessa linha, a coisa julgada teria *dúplice* função. A primeira, de resguardar a segurança jurídica objetivamente considerada, ao assentar que nenhuma decisão poderá ser revista após o prazo decadencial da ação rescisória. A segunda, de garantir a segurança jurídica em seu aspecto subjetivo, ao tutelar a expectativa e a confiança legitimamente depositada pelo cidadão nos atos do Poder Judiciário.

Pensamos de maneira parcialmente diversa.

De início, concordamos com a afirmação de Luiz Guilherme Marinoni quanto à importância da coisa julgada como elemento do discurso jurídico e ato de Poder do Estado. De fato, a coisa julgada é imprescindível para dar fim às discussões levadas ao Judiciário, de sorte que sua completa relativização levaria a um cenário em que os conflitos sociais não alcançam seu fim e o Estado seria incapaz de impor sua soberania. Nessa perspectiva, a coisa julgada é peça central para a efetividade da Constituição, na medida em que garante a aplicação definitiva das normas constitucionais e dos atos do Poder Judiciário.

²⁴⁶ Conforme já citado em nota de rodapé no capítulo 2.2, o propósito do processo discursivo é, pela ação comunicativa, alcançar um argumento cogente. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoria da ação comunicativa*. v. 1. São Paulo: Unesp, 2022, p. 76.

Por isso, o professor Marinoni tem razão em sua crítica àqueles que defendem critérios atípicos para a desconsideração da coisa julgada. É o caso, por exemplo, do próprio Ministro José Augusto Delgado, que defendia a relativização da coisa julgada quando houver ofensa aos princípios da moralidade e da proporcionalidade²⁴⁷. Mesmo porque defendemos no capítulo 2 que o juízo de proporcionalidade é técnica decisória de difícil compatibilidade com o paradigma da efetividade da Constituição, sobretudo com os princípios da presunção de constitucionalidade e da interpretação conforme à Constituição, já que ignora os espaços de discricionariedade criados deliberadamente pelo constituinte.

No entanto, é justamente no terceiro argumento de Marinoni – da coisa julgada como corolário do direito ao acesso à Justiça – que fazemos a nossa reserva à sua posição. Ao nosso ver, a coisa julgada é premissa do discurso formal do Direito e elemento da soberania do Estado: todo processo precisa chegar a um fim. Porém isso só nos leva a uma outra pergunta: qual é o fim *aceitável* para o processo? É possível tolerar, em nome do valor supraconstitucional de segurança jurídica, uma decisão final tão equivocada que vulnera totalmente o acesso à Justiça e a Constituição? Nós entendemos que não: a coisa julgada não é absoluta, de modo que deve ceder lugar ao direito fundamental ao acesso à Justiça, principalmente nas situações em que a decisão judicial for irremediavelmente incompatível com a Constituição.

A nossa posição é a de que a coisa julgada é, sem dúvida alguma, instrumento em favor da segurança jurídica, mas tão somente à medida em que a própria Constituição assim estabelece. Quer dizer, não há um valor supraconstitucional que vincule a coisa julgada à segurança jurídica. A coisa julgada, antes de qualquer coisa, tem fundamento na Constituição e, portanto, tem a função de garantir a efetividade de suas normas, como é natural que aconteça com todos os institutos de direito processual, que devem ser entendidos na perspectiva instrumental. Afinal, a coisa julgada não é um fim em si mesmo, mas um meio para a efetividade dos fins estabelecidos pela Constituição, qual seja a tutela jurisdicional efetiva dos direitos²⁴⁸.

Afirmar que a coisa julgada e a segurança jurídica ostentam caráter supraconstitucional é ir de encontro com o paradigma da efetividade da Constituição. Normas supraconstitucionais não existem em nosso sistema jurídico, sob pena de negar vigência à Constituição e à soberania

²⁴⁷ Para o Ministro José Delgado, “a segurança jurídica imposta pela coisa julgada está vinculada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem seguir todo ato judicial” (DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 103, n. 26, p. 32, jul./set. 2001).

²⁴⁸ Na linha do professor Cândido Rangel Dinamarco, “fala-se em jurisdição constitucional, pensando-se agora diretamente na instrumentalidade do sistema processual à ordem social econômica e política representada pela Constituição e leis ordinárias: o processo é ‘meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos e da execução das leis’.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 29-30).

do Poder Constituinte. Se não há hierarquia sequer entre normas constitucionais originárias, quiçá entre estas e normas ditas “supraconstitucionais” – tese já amplamente refutada pela nossa tradição constitucional²⁴⁹.

Ainda, se admitíssemos que há princípios e normas acima da Constituição, isso reclamaria *ipso facto* instrumentos de controle de “supraconstitucionalidade”. Abriríamos margem para o controle de normas constitucionais originárias, colocando o intérprete do Direito numa posição em que poderá fiscalizar os constituintes de 1988, mediante parâmetros de controle que ele afirma estarem acima da Constituição.

Assim, na ausência de uma norma supraconstitucional, desaparecem os fundamentos para dizer que a coisa julgada está à serviço exclusivo da segurança jurídica, à margem da Constituição e da efetividade de suas normas.

Em verdade, o apego excessivo à coisa julgada e à segurança jurídica é reminiscência da visão liberal do Direito do século XIX, ultrapassada no modelo constitucional atual, que se volta para a efetividade da Constituição. É parte do discurso de uma doutrina processualista que, conforme Boaventura de Sousa Santos, “inevitavelmente privilegiava interesses de um determinado grupo social”²⁵⁰.

Esse discurso formalista da segurança jurídica disfarça o que, no fundo, é só uma preferência moral²⁵¹, que usa retoricamente expressões como “cognoscibilidade das intervenções estatais na vida, na liberdade e na propriedade” e “núcleo duro dos princípios à segurança jurídica, liberdade e igualdade”²⁵².

²⁴⁹ A despeito da posição defendida por Otto Bachof (vide BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Lisboa: Almedina, 2008) matéria já é pacificada, com destaque ao *leading case* do STF na ADI 815: “A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição’ (artigo 102, ‘caput’), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário da Justiça*. Brasília, 10 maio 1996.

²⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 21, nov. 1986, p. 18.

²⁵¹ Como bem denuncia Habermas (HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Unesp, 2020, p. 571).

²⁵² MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 52.

Isso revela que a segurança jurídica é um valor²⁵³ – e não um princípio –, que concorre com outros valores (ou “políticas”²⁵⁴, para usar a expressão de Dworkin). Para provar esse dado da realidade do discurso jurídico, Habermas propõe o seguinte exercício mental: suponhamos que se consiga alcançar um estado de coisas ideal em que há uma “garantia universal e igualitária da segurança jurídica”²⁵⁵; uma vez satisfeita essa “promessa”, percebemos facilmente que a previsibilidade do Direito é apenas um dos diversos valores que a sociedade se propõe a alcançar, além, por exemplo, da igualdade de participação nas decisões políticas e da redução da desigualdade social.

Evidentemente, essa noção estritamente funcional do Direito – como instrumento para garantir que os indivíduos possam perseguir com segurança seus interesses pessoais e econômicos – não pode ser a fonte de legitimidade do Direito e muito menos da coisa julgada. Afinal, como bem assinala Habermas, “de Marx a Macpherson, mostrou-se muitas vezes que só poderíamos falar nesses termos se cada um pudesse usufruir de uma igual oportunidade de acesso às *opportunity-structures* de uma sociedade de mercado”²⁵⁶.

Portanto, existe uma falsa neutralidade na proposta formalista do Direito – no que se inclui o discurso excessivamente apegado à coisa julgada, independentemente das injustiças que pode causar. É um engano colocar a forma processual tão acima de todo o resto, pois não há nisso nenhuma forma de racionalidade autônoma e neutra em relação à moral.

²⁵³ Por isso entendemos equivocada a classificação feita por Humberto Ávila ao defender que a segurança jurídica é um princípio jurídico. Para o renomado tributarista, a segurança jurídica é “prescrição para adoção de comportamentos destinados a assegurar a realização de uma situação de fato de maior ou menor difusão e a extensão da capacidade de prever as consequências jurídicas dos comportamentos” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 128). Por se qualificar como um mandado de otimização, a segurança jurídica seria uma norma-princípio. O próprio Humberto Ávila reconhece que a segurança jurídica pode representar um valor, na medida em que denota “uma asserção sobre um estado desejável (...), um juízo axiológico concernente àquilo que se julga bom existir de acordo com determinado sistema de valores” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 126). O problema é que não há uma diferença significativa entre segurança jurídica como valor e princípio na definição de Humberto Ávila: ambas representam o mandado de otimização para um estado de coisas ideal em que há previsibilidade do sistema jurídico. Conforme defendemos anteriormente, não se pode confundir valor (política) com princípio, adotando-se aqui a classificação de Dworkin. O primeiro implica um juízo pessoal sobre um objetivo a ser alcançado, porque trará resultados econômicos, políticos ou sociais favoráveis. O segundo refere-se a padrões de justiça universalizáveis, que reafirmam a isonomia e a igualdade. Dessa forma, a segurança jurídica não poderia ser classificada como um princípio, mas sim como um valor, porque está relacionada com o objetivo da sociedade de ter um sistema jurídico estável e previsível. Em verdade, a segurança jurídica é um valor que só adquire densidade normativa, quando se destrincha em outros princípios, como o princípio da inoponibilidade de nulidades a terceiros de boa-fé, e outras regras, como as que preveem a decadência, prescrição e a própria coisa julgada.

²⁵⁴ Mais uma vez, enfatizamos o conceito de política de Dworkin, como “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36).

²⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Unesp, 2020, p. 571.

²⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Unesp, 2020, p. 572.

Muito pelo contrário, a defesa irredutível da coisa julgada – mesmo nos casos em que há violação da Constituição, lei fundamental do Direito – somente revela como os valores morais tipicamente burgueses se entranharam na prática jurídica brasileira; continuam fazendo uso do processo jurisdicional como instrumento do *status quo*, voltado à “segurança jurídica, que sustenta toda a estrutura do Estado de Direito”²⁵⁷.

Esse discurso por trás da coisa julgada só faz sentido para quem tem oportunidade para tomar decisões políticas, fazer planejamentos econômicos e organizar empresas no seu cotidiano. De resto, marginaliza quem não está incluído na sociedade de mercado e sequer pensa na segurança jurídica como o mais importante pilar da função do Estado.

A Constituição Federal de 1988 vem justamente para contornar essa visão liberal do Direito e do devido processo legal²⁵⁸. Portanto, mais do que simplesmente satisfazer as expectativas da parcela dos jurisdicionados que tem acesso às estruturas de oportunidade da sociedade de mercado, a coisa julgada precisa ser compreendida a partir da efetividade da Constituição, na perspectiva do acesso efetivo à Justiça Constitucional. Reduzir a coisa julgada unicamente à imutabilidade da decisão – independentemente de seu conteúdo, ressalvadas tão somente as hipóteses legais de ação rescisória – significa assumir o risco de eternizar o acesso à (in)justiça. Ou seja, sacrificar o direito à tutela jurisdicional, em nome da mera forma da coisa julgada.

Como vimos no capítulo 2.1, a jurisdição é a função estatal que produz as normas individuais dos conflitos sociais, em busca da norma *virtual*, que é a solução correta para o litígio. Os juízes têm o dever de proferir as decisões mais justas o possível. A coisa julgada, como produto final da jurisdição, não é diferente: o efeito jurídico da imutabilidade sobre a norma jurídica individual cumpre o propósito de solidificar a decisão correta ou, pelo menos, razoável, e não a injustiça manifesta.

²⁵⁷ A expressão é de Daniel Mitidiero, cf. MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 54.

²⁵⁸ A doutrina processualista ainda não conseguiu acompanhar as transformações da nova ordem constitucional inaugurada em 1988. A obsessão com a coisa julgada, que ainda reverbera entre nós, revela a preocupação desmedida dos processualistas com a segurança jurídica e com valores “supraconstitucionais”, desligados da efetividade da Constituição positiva, que enuncia o acesso à Justiça. Nas palavras extremamente precisas do professor Cândido Rangel Dinamarco: “a ordem processual mostra-se ordinariamente mais lenta que a Constituição, na sua evolução gradual segundo a interpretação dinâmica (sociológica) dos textos. A causa mais aguda desse retardamento é o preconceito consistente em considerar o processo como mero instrumento técnico e o direito processual como ciência neutra em face das opções axiológicas do Estado. Essa neutralidade ideológica é, na realidade, sobreposição de posturas ou intuítos conservadores. Disse-se até que ela ‘incorpora e perpetua o liberalismo do século XIX’, o que talvez constitua um exagero mas seguramente denuncia a sobrevivência de níveis intoleráveis de prevalência do princípio dispositivo, em pleno Estado intervencionista.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 39-40).

Dessa forma, a coisa julgada deve ser interpretada conjuntamente com o direito fundamental ao acesso à Justiça, do art. 5º, XXXV, da CF/88, com o escopo de reafirmar a vigência das normas constitucionais. A própria proximidade topográfica dos dispositivos constitucionais dos direitos à ação e à coisa julgada – dois incisos adjacentes do art. 5º da Constituição Federal, XXXV e XXXVI – revela a relação ínsita entre ambas as garantias. Se o indivíduo tem o direito de receber a tutela jurisdicional contra ameaça ou violação a direito, então essa tutela deve ser definitiva e certa, o que se garante por meio da coisa julgada.

Ao mesmo tempo, o acesso à Justiça não pode ser radicalizado, a ponto de frustrar completamente a prestação jurisdicional e tornar infundável o discurso jurídico, como já afirmamos em diálogo com Luiz Guilherme Marinoni. É preciso haver um ponto ótimo de equilíbrio.

Assim como não se pode permitir que a coisa julgada seja completamente ignorada diante de qualquer imperfeição na prestação da tutela jurisdicional – que é humana e erra –, também não podemos admitir que a coisa julgada seja um óbice intransponível para situações de inconstitucionalidade e de absoluta negativa do direito ao acesso à Justiça. Como afirma Marinoni, o acesso à Justiça é o direito “garantidor de todos os outros”²⁵⁹. E nós ousamos complementar: o acesso à Justiça é o direito garantidor de todos os outros, mas nada garante se não for ela própria garantida pela coisa julgada.

Em síntese, não queremos dizer que a coisa julgada perde seu compromisso com a segurança jurídica ou que a sentença transitada em julgado está sujeita a revisões na presença de qualquer injustiça. Não negamos que a segurança jurídica é pilar do Estado Democrático de Direito²⁶⁰, assim como é o acesso à Justiça. A Constituição conjuga os dois valores e cria espaço de discricionariedade para o legislador fazer a ponderação *segurança versus justiça*, vedados apenas os extremos: a coisa julgada não pode ser abolida em nome de corrigir qualquer injustiça, da mesma forma que não pode ser obstáculo irremediável para a correção da *negativa inequívoca do acesso à Justiça*²⁶¹.

²⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 21.

²⁶⁰ NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93.

²⁶¹ Exatamente nesse sentido, veja-se trecho do voto do Ministro Teori Zavascki na ADI 2.418/DF: “Registre-se, desde logo, que, segundo a jurisprudência assentada no STF (por todos, ilustrativamente, o acórdão de lavra do Min. Celso de Mello no RE 681.953, DJe de 09.11.12, com farta indicação de precedentes no mesmo sentido), o instituto da coisa julgada, embora de matriz constitucional, tem sua conformação delineada pelo legislador ordinário, ao qual se confere a faculdade de estabelecer seus limites objetivos e subjetivos, podendo, portanto, indicar as situações em que tal instituto cede passo a postulados, princípios ou bens de mesma hierarquia, porque também juridicamente protegidos pela Constituição. É o que ocorre, v.g., nas hipóteses de ação rescisória previstas no art. 485 do CPC/73 (e no art. 966 do CPC/15), em que a coisa julgada fica submetida a outros valores constitucionais considerados circunstancialmente preponderantes, como o da imparcialidade do juiz (incisos I e

3.3 A inexistência da coisa julgada inconstitucional

Não há dúvida de que há um espaço de discricionariedade constitucional para o legislador fazer a ponderação entre segurança e justiça no direito processual. A coisa julgada é garantia fundamental, mas é lícito ao Poder Legislativo estabelecer quais as hipóteses de injustiça significativa que autorizam sua relativização. Ciente da falibilidade humana dos tribunais, o legislador enveredou-se pelo fio condutor da razoabilidade e da manifesta injustiça das decisões judiciais para discernir quando a coisa julgada deve ou não prevalecer.

Isso se revela especialmente nas hipóteses de cabimento da ação rescisória. Conforme o art. 966 do CPC/15, pode ser rescindida a coisa julgada, por exemplo, nos casos de corrupção do magistrado, conluio entre as partes, erro de fato verificável de pronto nos autos e, principalmente, de violação manifesta da norma jurídica. Quer dizer, a coisa julgada é efeito que se produz sobre as decisões razoáveis, mas cede lugar à revisão nos casos de injustiça extrema, de ofensa irrefutável de norma jurídica.

Aí fica o equilíbrio exigido pela Constituição: a coisa julgada serve simultaneamente à segurança jurídica e ao acesso à justiça, repetindo a tensão do Direito entre facticidade e validade, conforme Jürgen Habermas. Por meio da coisa julgada, preservamos a decisão errada a fim de conferir estabilidade à vida social e ao *status quo*, desde que não viole manifestamente a ordem jurídica; noutras vezes, mitiga-se a segurança jurídica para corrigir injustiça intolerável. O que certamente não pode ocorrer é a prevalência absoluta de um sobre o outro: não é qualquer erro que justifica a revisão da sentença transitada em julgado, assim como não é a coisa julgada que impedirá a *negativa inequívoca do acesso à Justiça*.

Na linha do que defendemos no capítulo 2.1, o Judiciário tem por função constitucional a (re)construção de normas jurídicas individuais a partir da norma geral, a fim de pacificar os conflitos sociais. Veda-se a autotutela e, em troca, o Estado-juiz é quem garante os direitos contra ameaça ou violação²⁶². Na prestação da tutela jurisdicional, assegura-se o direito

II), o da boa-fé e da seriedade das partes quando buscam a tutela jurisdicional (inciso III), o da própria coisa julgada (inciso IV) e, mesmo, o da justiça da sentença quando comprometida por ofensa à literalidade de lei ou por manifesta contrariedade aos fatos ou à prova (incisos V a IX). É evidente que, como sempre ocorre nessa atividade normativa infraconstitucional de dar concreção a normas constitucionais e, se for o caso, de estabelecer fórmulas para harmonizar eventuais situações de colisão de valores ou princípios de superior hierarquia, a legitimidade da solução oferecida pelo legislador ordinário supõe observância de critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, a fim de não comprometer mais do que o estritamente necessário qualquer dos valores ou princípios constitucionais colidentes” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.418/DF, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Teori Zavascki. *Diário da Justiça*. Brasília, 17 nov. 2016).

²⁶² “Tutela jurisdicional (...) é a contrapartida dada historicamente pelo Estado à vedação generalizada da autotutela. Toda vez que houver lesão ou ameaça a direito no plano do direito material, há causa para a atuação do

fundamental ao acesso efetivo à Justiça e a vigência e efetividade das normas constitucionais aplicáveis ao caso.

O problema surge quando, em vez de remediar uma injustiça, os tribunais a reafirmam e, ainda por cima, violam uma dada disposição da Constituição. Nisso, ofende-se duas normas constitucionais: a que regula o caso concreto e, indiretamente, a que prevê o direito ao acesso à Justiça. Naturalmente, a sentença inconstitucional é eivada de nulidade e não pode ser equiparada a decisões que violam normas infraconstitucionais.

Por outro lado, há o fenômeno da coisa julgada, que também possui previsão no texto constitucional. Transitada em julgada a decisão que resolve o mérito, opera-se o efeito jurídico da coisa julgada material, tornando imutável o pronunciamento judicial. Conforme já ressaltamos no capítulo anterior, a coisa julgada é parte fundamental do discurso jurídico, porque representa o próprio fim desse discurso. A coisa julgada também é essencial para certificar a “saída” da Justiça depois de acessá-la, além de ser chave para a concretização da soberania do Estado e para a segurança jurídica.

Daí o porquê da magnitude da questão levantada pela “coisa julgada inconstitucional”²⁶³. Coloca-se em xeque o paradigma da efetividade da Constituição. A coisa julgada – que é em si calcada em norma constitucional e que serve para garantir a força normativa da Constituição – passa a vulnerá-la: entram em choque a jurisdição constitucional e a própria Constituição.

Estado-juiz para que ele preste tutela jurisdicional, isto é, proteja suficientemente a lesão ou ameaça a direito na exata medida em que ela seja reconhecida existente” (BUENO, Cassio S. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil - parte geral do código de processo civil*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 155. E-book. ISBN 9786553624665. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624665/>. Acesso em: 14 abr. 2024).

²⁶³ Colocamos entre aspas porque a expressão “coisa julgada inconstitucional” não é exata, mas apenas uma metonímia tecnicamente imprecisa para se referir à sentença transitada em julgado que contém violação à Constituição. Como bem aponta Barbosa Moreira, o que é inconstitucional é a sentença sobre a qual se forma a coisa julgada, que é o mero efeito jurídico de imutabilidade da decisão, e não a decisão em si. Por isso, a impropriedade em se falar coisa julgada inconstitucional, quando na verdade se quer falar da sentença transitada em julgado inconstitucional: “Soa também inexata a locução ‘coisa julgada inconstitucional’. Como quer que se conceba, no plano teórico, a substância da coisa julgada material, é pacífico que ela se caracteriza essencialmente pela imutabilidade — pouco importando aqui as notórias divergências acerca daquilo que se torna imutável: o conteúdo da sentença, ou os respectivos efeitos, ou aquela e estes. Pois bem: se ‘inconstitucional’ significa ‘incompatível com a Constituição’ (e que mais poderia significar?), não parece que se descreva de modo adequado o fenômeno que se tem em vista atribuindo à coisa julgada a qualificação de ‘inconstitucional’. Salvo engano, o que se concebe seja incompatível com a Constituição é a sentença (lato sensu): nela própria, e não na sua imutabilidade (ou na de seus efeitos, ou na de uma e outros), é que se poderá descobrir contrariedade a alguma norma constitucional. Se a sentença for contrária à Constituição, já o será antes mesmo de transitar em julgado, e não o será mais do que era depois desse momento. Dir-se-á que, com a coisa julgada material, a inconstitucionalidade se cristaliza, adquire estabilidade; mas continuará a ser verdade que o defeito lhe preexistia, não dependia dela para exurgir” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 226).

Só há dois caminhos para resolver o problema: ou se protege a decisão inconstitucional, tornando imutável a ofensa à norma constitucional, ou se “relativiza”²⁶⁴ a coisa julgada, para permitir a revisão da decisão judicial, violando-se a garantia do art. 5º, XXXVI, da CF/88. Em qualquer caso, parece haver a ofensa de uma ou outra norma da Constituição.

Ao nosso ver, a questão da coisa julgada inconstitucional precisa ser abordada pelo plano da existência jurídica, que é anterior ao plano da validade. Afinal, conforme assentamos no capítulo 3.1, prevalece entre nós que a coisa julgada não se confunde com a decisão judicial transitada em julgado, mas é apenas o efeito jurídico que a torna imutável. E efeito jurídico existe ou não existe – porque é a *consequência da incidência da norma jurídica*²⁶⁵ –, sendo impossível falar em (in)validade de efeito jurídico, mas apenas em sua (in)existência.

Portanto, a pergunta que se coloca é esta: há alguma interpretação do art. 5º, XXXV e XXXVI, da CF/88, compatível com o paradigma da efetividade da Constituição, que justifique a *existência* do efeito jurídico de imutabilidade de sentença judicial (coisa julgada) que viola norma constitucional?

Nós defendemos que não.

Há diversos motivos para essa conclusão, o que fazemos a partir das premissas já estabelecidas sobre a natureza jurídica da inconstitucionalidade e da jurisdição constitucional segundo o paradigma da efetividade da Constituição, estabelecidas nos capítulos 1 e 2.

Em primeiro lugar, a sentença que viola diretamente²⁶⁶ a Constituição é nula, porque interpreta irrazoavelmente norma constitucional, aplica ato normativo ou interpretação incompatíveis com a Constituição, ou porque afasta a vigência de lei que, na verdade, está de

²⁶⁴ A expressão “Relativização da coisa julgada” está entre aspas pela mesma razão que a expressão “coisa julgada inconstitucional”. É errado falar em relativizar algo que já é relativo, como é o caso da coisa julgada (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 225). Além disso, a coisa julgada, enquanto efeito jurídico, existe ou não existe, não comportando juízo de validade. Quer dizer, não há efeito jurídico válido ou inválido, pelo que não há coisa julgada inválida ou inconstitucional. Como alerta Pontes de Miranda, “o nulo e o anulável nem adjetivam suporte fático, nem efeitos; adjetivam negócios jurídicos. Não há lugar para o nulo e o anulável no mundo dos fatos puros (físicos); nem no plano da eficácia. embora já seja êle dentro do mundo jurídico” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 104).

²⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.78.

²⁶⁶ Note que a violação precisa ser direta. Se a decisão judicial viola lei infraconstitucional que regulamenta norma constitucional, não se pode falar propriamente de inconstitucionalidade direta. Não negamos que é ténue a separação entre violação direta e indireta da Constituição. Porém, podemos mitigar esse problema recorrendo a dois critérios. O primeiro é a existência de precedente do STF ou do Tribunal de Justiça em controle concentrado de constitucionalidade; como a decisão nesses casos depende da existência de violação direta, há presunção absoluta de violação direta da Constituição. O segundo critério depende de exercício mental a saber se haveria violação da Constituição no caso concreto caso não houvesse legislação infraconstitucional sobre o tema. Sabemos bem que isso não resolve definitivamente o problema, mas já é um referencial para separar o que é violação direta e indireta da Constituição.

acordo com a Constituição Federal. O ato jurisdicional, como todo ato do Poder Público, tem fundamento de validade na Constituição. Logo, não há razão suficiente para crer que os atos dos Poderes Executivo e Legislativo que contrariam a Constituição são nulos, mas não os atos do Judiciário, que estão de igual maneira sujeitos ao controle de constitucionalidade.

Como bem coloca Paulo Otero, “admitir, resignados, a insindicabilidade de decisões judiciais inconstitucionais seria conferir aos tribunais um poder absoluto e exclusivo de definir o sentido normativo da Constituição: Constituição não seria o texto formalmente qualificado como tal; Constituição seria o direito aplicado nos tribunais, segundo resultasse da decisão definitiva e irrecorrível do juiz”, o que levaria a “proclamar como divisa do Estado de Direito a seguinte ideia [sic]: todos os poderes públicos constituídos são iguais, porém, *o poder judicial é mais igual do que os outros*”²⁶⁷. Sem dúvida, o dogma da nulidade, conforme abordado no capítulo 1, sujeita todos os atos jurídicos à sanção de invalidade absoluta, a não ser que a própria Constituição estabeleça de forma diversa.

Porém, a mera constatação da nulidade da sentença não parece suficiente para contornar a coisa julgada inconstitucional. Poder-se-ia dizer que mesmo as decisões nulas passam em julgado e são objeto do efeito jurídico de coisa julgada. É o caso, por exemplo, das decisões proferidas por juiz impedido, que se sujeitam às regras da ação rescisória do art. 966, II, do CPC/15 e, portanto, dependem da desconstituição da coisa julgada para permitir a revisão da sentença; e só se desconstitui aquilo que existe.

No entanto, o problema da coisa julgada inconstitucional não se restringe a isso, mas também diz respeito aos limites que tem a lei infraconstitucional para estabelecer os instrumentos de enfrentamento da inconstitucionalidade e da proteção da supremacia da Constituição.

Nesse sentido, a lei processual oferece três soluções para impugnar a sentença transitada em julgado com ofensa direta à Constituição, ressalvadas as relações jurídicas de trato continuado: **(i)** se já houver precedente do STF em controle de constitucionalidade difuso ou concentrado anterior ao trânsito em julgado da sentença inconstitucional, a parte prejudicada pode arguir a inexigibilidade do título judicial na impugnação ao cumprimento da sentença, com amparo no art. 525, §§ 12 e 14, do CPC/15; **(ii)** se após o trânsito em julgado da sentença sobrevier decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade que a contrarie, também será possível o ajuizamento de ação rescisória com prazo decadencial de dois anos a partir do trânsito em julgado do acórdão da Corte Constitucional, com base no art. 525, § 15, e

²⁶⁷ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, p. 35-36.

no art. 535, § 8º, ambos do CPC/15; por fim, (iii) se não houver precedente em controle de constitucionalidade que ampare a pretensão do interessado, cabe ação rescisória no prazo decadencial de dois anos a partir do trânsito em julgado da decisão rescindenda, com fundamento no art. 966, V, do CPC/15, apenas no caso de violação manifesta norma da Constituição.

Ou seja, com a exceção da primeira hipótese (i), a lei processual estabelece que as decisões judiciais transitadas em julgado com violação à Constituição estão sujeitas à ação rescisória e seu prazo decadencial bienal.

Veja-se a estranheza disto: a lei infraconstitucional mitigando o dogma da nulidade, transformando o vício de inconstitucionalidade da decisão judicial pelo regime da rescindibilidade, muito menos gravoso. Na prática, isso significa que, superado o prazo decadencial, haverá violação eterna à Constituição, por força apenas de previsão legal.

É claro que ao legislador infraconstitucional é permitido estabelecer o cabimento de ação rescisória para desconstituir sentença que viola manifestamente norma constitucional. Não há proibição constitucional nesse sentido, embora seja tecnicamente impreciso²⁶⁸. Todavia, a rescisória não pode esgotar os meios processuais disponíveis para sanar a inconstitucionalidade da sentença, sob pena de a lei infraconstitucional – o Código de Processo Civil – criar hipóteses de exceção à Constituição, eternizando sua ofensa depois de exaurido o prazo decadencial, em clara incompatibilidade com o paradigma da efetividade da Constituição.

Isso é especialmente relevante para as decisões que contrariam acórdão do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade. Nesses casos, a violação da Constituição fica evidente, pelo que não cabe apenas ação rescisória, mas também ação de nulidade em face

²⁶⁸ Propomos que, quando há violação da Constituição – contra a qual se insurgir a parte, esgotando todas as instâncias –, não se produz a coisa julgada. Como se trata de uma questão do plano da existência jurídica, o instrumento processual mais correto é a ação declaratória de inexistência, com fundamento no art. 19 do CPC/15 e no art. 5º, XXXV, da CF/88. A ausência de coisa julgada, contudo, não impede que a lei processual preveja o cabimento de ação rescisória para sentenças que violam a Constituição, desde que não se esgote aí os meios para sanar a inconstitucionalidade da sentença. Por analogia, os casos de ausência de citação estão sujeitos a mais de um remédio processual: rescisória, impugnação ao cumprimento de sentença e *querela nullitatis* (DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 382). Veja também que a violação da Constituição não é questão que autoriza o ajuizamento de sucessivas ações declaratórias de inexistência da coisa julgada. Quando não há precedente do STF em controle de constitucionalidade, a parte fica impedida de ajuizar ação declaratória não por causa da coisa julgada, mas em razão da preclusão consumativa do art. 507 do CPC. Do contrário, abriríamos margem para eterno rejuizamento da questão constitucional, o que se afigura incompatível com o princípio da razoabilidade, decorrente do paradigma da efetividade da Constituição (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 253).

da decisão inconstitucional. É que o art. 5º, XXXVI, da CF/88 não incide sobre sentença que viola diretamente a Constituição²⁶⁹.

O art. 5º, XXXVI, da CF/88 diz apenas que a *lei* não prejudicará a coisa julgada. Ora, se a *lei* não pode negar a coisa julgada, então quer dizer que a *Constituição* pode fazê-lo. E se a *Constituição* pode prejudicar a coisa julgada, então, *a contrario sensu*, a coisa julgada não pode prejudicar a *Constituição*, até porque dela extrai seu fundamento de *existência* jurídica²⁷⁰.

A afirmação de que a coisa julgada não pode prejudicar a Constituição é tão evidente que não seria necessária sua inserção no texto constitucional. É que não há na coisa julgada supraconstitucionalidade que lhe permita existir fora do arcabouço da Constituição, sobretudo no contexto do paradigma da efetividade e supremacia da Constituição²⁷¹. Não vislumbramos interpretação possível da Constituição Federal de 1988 que permita concluir que se opera o efeito da coisa julgada quando há violação do bloco de constitucionalidade, sobretudo quando se viola decisão do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato ou concreto de constitucionalidade (ou, eventualmente, decisão do Tribunal de Justiça, no controle da constitucionalidade das Constituições Estaduais).

Aqui, é incabível a invocação da Súmula nº 343 do STF, segundo a qual não é rescindível a sentença que se ampara em interpretação normativa controvertida à época do julgamento. Com base nisso, muitos defendem que a interpretação da Constituição não era manifestamente equivocada – ante o dissídio jurisprudencial – e que, portanto, está protegida de precedente futuro em controle de constitucionalidade. Aliás, uma análise preliminar desse argumento até parece ser compatível com a nossa ideia de legitimidade da jurisdição constitucional, firmada no capítulo 2.2: de que a decisão judicial transitada em julgado tem

²⁶⁹ De maneira muito semelhante, Cândido Rangel Dinamarco sustenta que a “sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis não se reputa jamais coberta pela *res iudicata*, porque não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 248).

²⁷⁰ A interpretação *a contrario sensu* do art. 5º, XXXVI, da CF/88, não pode ser ignorada nem por aqueles que sustentam a intangibilidade da coisa julgada frente à declaração de inconstitucionalidade. Para Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, “o art. 5º, XXXVI, quando disse que ‘a lei não prejudicará a coisa julgada’, não quis dizer apenas que a lei não pode modificar a situação definida pela decisão que produziu coisa julgada, mas sim que nenhuma lei infraconstitucional pode negar ou desproteger a coisa julgada” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: arts. 525, §§ 12, 12, 14, 15, CPC/2015*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 57). Ora, se a lei *infraconstitucional* não pode negar a coisa julgada, então, necessariamente, a lei *constitucional* pode fazê-lo.

²⁷¹ É como afirma eloquentemente Cármen Lúcia Antunes Rocha: “Soberania não está na caneta do juiz, mas na tinta constitucional com que ela se aperfeiçoa e que a dota de força de poder estatal aderente e obrigante”. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<https://editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/06/O-principio-da-coisa-julgada-e-o-vicio-de-inconstitucionalidade.pdf>>. Acesso em: 22 abril 2024.

natureza de *ato definitivo* e, como tal, precisa conter apenas interpretação *razoável* da Constituição.

Essa, contudo, não nos parece a melhor forma de abordar o problema da coisa julgada em matéria constitucional controvertida nos tribunais. Isso porque a razoabilidade da interpretação constitucional – no contexto da Súmula nº 343 – não deve ser aferida pelo critério quantitativo de tribunais decidem de uma ou outra forma uma dada questão constitucional, mas sim se a interpretação constitucional rompe (ou não) com os limites semânticos do texto constitucional e com os compromissos morais assumidos pela comunidade no procedimento democrático. Esse é o parâmetro da razoabilidade da interpretação constitucional correta, conforme estabelecemos no capítulo 2.2.

Não é porque alguns tribunais têm determinada interpretação sobre a Constituição que a sua interpretação automaticamente adquire razoabilidade²⁷². Mesmo num cenário extremo, em que todos os tribunais do país têm jurisprudência pela constitucionalidade de um dado ato normativo, não podemos dizer que está à salvo de impugnação em face da Constituição, perante o Supremo Tribunal Federal.

Se fosse assim, o Supremo Tribunal Federal estaria proibido de apreciar a inconstitucionalidade de leis que já foram declaradas constitucionais pelos demais Tribunais do país. Afinal, se estão decidindo que a lei é constitucional, então é porque há, no mínimo, uma interpretação razoável que sustente sua validade; e se há razoabilidade, então o STF não poderia declarar sua inconstitucionalidade, ante os princípios da presunção de constitucionalidade e da interpretação conforme. Aliás, isso levaria à completa obsolescência da ação declaratória de constitucionalidade, que pressupõe justamente a controvérsia judicial relevante acerca da compatibilidade de lei federal com a Constituição, vide art. 14, III, da Lei nº 9.868/99.

Estariamos diante de uma incongruência que não só vai de encontro com princípios informativos do paradigma da efetividade da Constituição, mas também com a natureza contramajoritária do controle de constitucionalidade.

²⁷² A interpretação controvertida nos tribunais sempre esteve associada à razoabilidade, o que, ao nosso ver, é equivocado para fins de interpretação constitucional. Veja-se a explicação do raciocínio tradicional, dada pelo Ministro Teori Zavascki no RE 590.809 (Tema nº 136 da Repercussão Geral): “é fácil compreender o sentido lógico da Súmula 343: se há nos tribunais divergência de entendimento a respeito de um mesmo preceito normativo é porque ele comporta mais de uma interpretação, a significar que não se pode qualificar qualquer uma dessas interpretações, mesmo a que não seja a melhor, como ofensiva ao teor literal da norma interpretada. Foi esse mesmo modo de pensar, aliás, que inspirou a súmula 400/STF, posteriormente editada: ‘Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da Constituição Federal’. Nas duas súmulas há a consagração da doutrina, fortemente assentada no STF antes da Constituição de 1988 (quando o Tribunal examinava também questões de direito federal infraconstitucional), da tolerância da interpretação razoável da norma, segundo a qual deve-se aceitar uma interpretação da norma que, embora não seja a mais correta, todavia, razoável”.

Portanto, a razoabilidade da interpretação da Constituição – a teor da Súmula nº 343 – continua sendo parâmetro para saber se é possível revisar a decisão transitada em julgado, que tem natureza de *ato definitivo* como qualquer outro. A ressalva é que a existência de dissídio jurisprudencial não implica haver interpretação razoável da Constituição.

Pelo contrário, se a sentença aplica lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, então é porque já não havia, em primeiro lugar, interpretação razoável da Constituição que amparasse a decisão transitada em julgado, por força do princípio da interpretação conforme.

Assim, para nós, a existência de contrariedade entre a sentença transitada em julgado e a decisão do STF em controle de constitucionalidade é o critério objetivo mais adequado para identificar se o Judiciário extrapolou os limites da discricionariedade interpretativa da Constituição. É que cabe ao STF dar a última palavra na guarda da Constituição, a saber se determinado *ato definitivo* é incompatível com os compromissos assumidos pela comunidade pela via do procedimento democrático constituinte. Como vimos no capítulo 2.2, os *atos definitivos* do Estado (inclusive a decisão judicial transitada em julgado) implicam sua presunção de constitucionalidade, que só pode ser afastada se não houver nenhuma interpretação razoável que justifique sua validade. Trata-se de corolário da noção de que a Constituição cria deliberadamente espaços de discricionariedade a serem preenchidos pela sociedade aberta de intérpretes da Constituição²⁷³.

Porém, uma vez declarada a inconstitucionalidade (e decretada a nulidade) da lei ou interpretação em que se baseia o referido *ato definitivo*, fica comprovada a sua absoluta e manifesta incompatibilidade perante a Constituição, em razão dos princípios da interpretação conforme e da presunção de constitucionalidade.

Logo, a sentença transitada em julgado – verdadeiro *ato definitivo* – que estiver fundada em lei ou interpretação consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal é, por si só, manifestamente violadora do bloco de constitucionalidade. E, por isso, não está sujeita ao efeito da coisa julgada, sob pena de ofensa à efetividade e supremacia da Constituição.

Se os *atos definitivos* dos Poderes Executivo e Legislativo estão sujeitos ao controle de constitucionalidade caso não haja interpretação constitucional razoável que preserve sua validade, então não por que não também os *atos definitivos* do Poder Judiciário?

²⁷³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

Ademais, invocar o *status* de garantia individual fundamental não sustenta o argumento de que a coisa julgada protegeria as sentenças inconstitucionais. Isso seria o mesmo que afirmar que há cláusulas suicidas na Constituição – como se houvesse um comando constitucional implícito que permitisse ao Judiciário violar a Constituição desde que haja o trânsito em julgado. *Não há direito fundamental à inconstitucionalidade*. A coisa julgada deve servir à vigência das normas constitucionais, e não para a sua derrocada.

Uma coisa é restringir o direito ao acesso à Justiça em nome da segurança jurídica, o que justifica a restrição das hipóteses de cabimento de ação rescisória do art. 966 do CPC/15. Outra completamente diferente é afirmar a intangibilidade da coisa julgada quando se sabe por certo que ela viola a Constituição, diante da contrariedade a precedente do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade.

Aqui, vale retornar à premissa que estabelecemos no capítulo 1.3, que agora servirá para atacar o problema da coisa julgada inconstitucional: apenas a Constituição pode estabelecer expressamente suas hipóteses de exceção. Violar a Constituição não é o mesmo que violar a lei infraconstitucional. A Constituição, por conter os compromissos políticos e morais fundamentais da comunidade, não pode ser encarada como mera norma jurídica a ser interpretada pelos tribunais por método estritamente tecnicista.

Negar vigência à Constituição – que inaugura toda a ordem política e jurídica – equivale à instauração de um verdadeiro estado de exceção constitucional. Esse direito excepcional, por evidente, só pode ocorrer nas estritas hipóteses em que a Constituição assim estabelece e com a finalidade de restaurar a sua própria vigência. Portanto, a violação legítima da Constituição para garantir sua sobrevivência – na expressão de Schmitt, *Verfassungachtende Verfassungsdurchbrechung*²⁷⁴ – deve ser expressamente autorizada pelo texto constitucional e interpretada restritivamente.

Daí o problema hermenêutico da coisa julgada inconstitucional. Em primeiro lugar, porque não há na “coisa julgada inconstitucional” a intenção de resgatar a vigência da Constituição, por meio de sua suspensão transitória. Muito ao contrário, a coisa julgada inconstitucional eterniza a ofensa à Constituição apenas em nome da própria coisa julgada e do valor da segurança jurídica – colocando a forma processual acima da proteção da força normativa da Constituição.

Limitar a eficácia da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal – e, nessa extensão, limitar a vigência da Constituição – à pretensão amparada pela

²⁷⁴ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Berlim: Duncker & Humblot, 2017, p. 100.

coisa julgada é usar a Constituição contra si própria. Não se pode invocar uma garantia fundamental contra a mesma norma que a estabelece. Reiteramos: *não há direito fundamental à inconstitucionalidade*, pois a própria noção de direito fundamental pressupõe sua constitucionalidade. Por isso a contradição da expressão “coisa julgada inconstitucional”.

Em segundo lugar, não há nenhum dispositivo na nossa Constituição Federal que garanta expressamente a intangibilidade da coisa julgada quando a decisão ofende manifestamente norma constitucional; diferentemente, a Constituição da República Portuguesa, por exemplo, inscreve em seu art. 282 a seguinte disposição:

“A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. (...) Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.”

Nós não temos dispositivo semelhante em nossa Constituição. Pelo contrário, o art. 5º, XXXVI, ressalva a coisa julgada de ser prejudicada pela lei (infraconstitucional). Está claro que a Constituição está acima da própria coisa julgada. Não há em nosso ordenamento uma suposta cláusula excludente de “anticonstitucionalidade” na coisa julgada que dê imunidade ao Judiciário quando negar vigência à Constituição, só porque houve o trânsito em julgado²⁷⁵.

A linguagem do CPC/15 também revela a subordinação da coisa julgada à Constituição. Basta reparar que, no art. 503, o CPC/15 diz que a “decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem *força de lei* nos limites da questão principal expressamente decidida”. Força de *lei*, e não de *Constituição*.

É claro que a expressão foi utilizada pelo legislador no seu sentido conotativo, para dizer que a decisão vincula apenas as partes da relação jurídica processual (*lex specialis*). Porém não podemos ignorar o significado subjacente na expressão veiculada pelo CPC/15: as decisões judiciais não podem ter força de norma constitucional; isso só tem o Poder Constituinte e as Cortes Constitucionais.

A decisão judicial contém a norma jurídica individual do caso, como bem frisamos no capítulo 2.1. O que se debate é a natureza dessa norma: constitucional, supralegal, legal, infralegal. A resposta nos parece clara à vista do art. 503 do CPC: tem força de *lei*. Ainda que

²⁷⁵ De maneira bastante semelhante, Paulo Otero questiona se há uma “norma com valor constitucional que permita a validade ou a produção de efeitos dos casos julgados de decisões judiciais desconformes com a Constituição, excluindo, simultaneamente, os tribunais de qualquer dever oficioso de controle difuso de constitucionalidade” (OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993, p. 78).

o magistrado faça o controle incidental de constitucionalidade, estará apenas deixando de aplicar a lei inconstitucional para viabilizar a incidência da Constituição no caso concreto. Como não tem competência absoluta para fazer o controle da norma em tese, a questão constitucional não fará coisa julgada *com força de Constituição*²⁷⁶, exceto se apreciada expressamente e com contraditório efetivo (art. 504, § 1º, do CPC) pelos Tribunais de Justiça (se se tratar de controle da Constituição Estadual ou de norma da CF/88 de reprodução obrigatória sobre leis estaduais ou municipais) ou pelo Supremo Tribunal Federal (no caso de o parâmetro de controle ser a CF/88).

Por tudo isso, entendemos que a violação direta da Constituição impede a formação da coisa julgada. Afinal, o que impera é a supremacia e efetividade da Constituição, e não da coisa julgada, que não tem natureza supraconstitucional, não importando se a sentença transita em julgado antes ou depois de decisão em controle concentrado de constitucionalidade. A coisa julgada em matéria constitucional apenas se forma, no controle concreto e difuso de constitucionalidade, se não houver violação à Constituição e se proferida por órgão judiciário com competência para apreciar a constitucionalidade em abstrato, à vista do art. 503, § 1º, III, do CPC/15.

3.4 A subsistência da *querela nullitatis* para atacar a sentença inconstitucional

²⁷⁶ Aliás, é exatamente por isso que discordamos de Luiz Guilherme Marinoni e de Fernanda Donnabella Camano. Em artigo publicado na Revista Direito Tributário Atual, os professores defendem que os juízes de primeira instância e os tribunais tem competência para enfrentar a constitucionalidade de ato normativo como questão principal no controle concreto de constitucionalidade, quando o “objeto do processo é a própria aferição da (in)constitucionalidade, não havendo conflito dela dependente a ser resolvido” (MARINONI, Luiz Guilherme; CAMANO, Fernanda Donnabella. Coisa Julgada sobre Questão Constitucional Tributária. *Revista Direito Tributário Atual*, nº 49. ano 39. p. 279. São Paulo: IBDT, 3º quadrimestre 2021). Os professores dão o exemplo da ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária: nesse caso, “a questão constitucional pode ser arguida como objeto principal do processo, afinal, pretende-se obter a certeza de que o contribuinte não se sujeitará à regra-matriz de incidência (in)constitucional” (MARINONI, Luiz Guilherme; CAMANO, Fernanda Donnabella. Coisa Julgada sobre Questão Constitucional Tributária. *Revista Direito Tributário Atual*, nº 49. ano 39. p. 284. São Paulo: IBDT, 3º quadrimestre 2021). Com a devida vênia aos professores, entendemos diversamente. No exemplo dado por Marinoni e Camano, a questão constitucional continua prejudicial em relação ao objeto da demanda, que não é a inconstitucionalidade da norma tributária, mas sim o pedido de declaração de inexistência da relação jurídica tributária. Se o juiz decidir que o tributo é inconstitucional, declarará a inexistência da obrigação tributária. Do contrário, declarará a existência da obrigação tributária. Seguindo a própria definição de questão prejudicial do professor Marinoni como “aquela que condiciona o conteúdo do julgamento de outra questão, que nessa perspectiva passa a ser encarada como *questão subordinada*” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 836. E-book. ISBN 978-65-5065-103-9), não há como fugir da conclusão de que a constitucionalidade da incidência do tributo prejudica e subordina o pedido de declaração da inexistência da relação jurídico-tributária. Afirmar que juízes de primeira instância tem competência para apreciar ato normativo em tese é violar frontalmente o art. 102, I, alínea “a”, e o art. 125, § 2º, ambos da CF/88.

A nossa tese de inexistência da coisa julgada inconstitucional implica a revisitação do atual panorama dos meios processuais de impugnação da sentença transitada em julgado que contém vício de inconstitucionalidade, com vistas ao paradigma da efetividade da Constituição.

Assim, neste breve capítulo, abordaremos as soluções majoritárias adotadas pelo Supremo Tribunal Federal – com foco nas decisões passadas em julgado que violam precedente do controle de constitucionalidade –, propondo, *de lege lata*, a possibilidade de manejar a *querela nullitatis* como ação autônoma de impugnação da sentença inconstitucional transitada em julgado.

Como bem se sabe, a coisa julgada inconstitucional pode se manifestar de várias formas e, por isso, reclama diferentes instrumentos processuais para ser impugnada. Em geral, são dois os critérios mais importantes para identificar o remédio adequado: se a relação jurídica decidida é instantânea ou de trato sucessivo (ou permanente), e, entre as sentenças sobre relações jurídicas instantâneas, se a decisão é posterior ou anterior ao precedente do STF que evidencia a inconstitucionalidade.

Nas sentenças sobre relações jurídicas instantâneas e quanto aos efeitos passados de sentença sobre relação jurídica de trato sucessivo²⁷⁷, o Supremo Tribunal Federal firmou sua jurisprudência para admitir dois instrumentos processuais diferentes, a depender se a decisão passou em julgado antes ou depois do acórdão do STF que declarou a inconstitucionalidade da lei ou interpretação em que se funda a decisão judicial²⁷⁸.

Caso a decisão esteja fundada em lei ou interpretação já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ou deixe de aplicar norma reconhecidamente constitucional), caberá arguição de inexigibilidade do título judicial, com fundamento no art. 525, §§ 12 e 14, do CPC (ou no art. 535, §§ 5º e 7º, no caso de cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública). No RE 611.503, fixou-se a seguinte tese (Tema 360 da Repercussão Geral):

²⁷⁷ Nas relações jurídicas de trato continuado, o precedente do Supremo Tribunal Federal equipara-se à mudança no estado de fato e de direito, capaz de cessar automaticamente a eficácia da sentença em sentido contrário. Essa foi a conclusão adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 949.297 (Temas de Repercussão Geral nº 881 e 885). Evidentemente, a cessação automática da eficácia da decisão tem efeito prospectivo, só valendo a decisão do Supremo Tribunal Federal a partir da publicação da ata de julgamento, sem retroagir. Para reverter os efeitos já produzidos pela decisão judicial – isto é, anteriores ao precedente do STF –, será necessário manejar os mesmos instrumentos de impugnação da sentença que versa sobre relação jurídica instantânea, a exemplo da ação rescisória. No mais, a aptidão de a “declaração de inconstitucionalidade” gerar alteração no estado de direito é mais uma prova da natureza constitutiva das decisões em controle de constitucionalidade.

²⁷⁸ A única exceção são os processos dos juizados especiais. No Tema 100 da Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme ao art. 59 da Lei nº 9.099/1995 para admitir que a parte, mediante simples petição nos autos do processo, desconstitua o título executivo judicial que está em dissonância com precedente posterior ou anterior do STF em controle de constitucionalidade, unificando os instrumentos da rescisória, observado o prazo bienal, e da impugnação ao cumprimento de sentença do art. 525, §§ 12 a 15, do CPC/15 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 586.068. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário da Justiça*. Brasília, 31 jan. 2024)

São constitucionais as disposições normativas do parágrafo único do art. 741 do CPC, do § 1º do art. 475-L, ambos do CPC/73, bem como os correspondentes dispositivos do CPC/15, o art. 525, § 1º, III e §§ 12 e 14, o art. 535, § 5º. São dispositivos que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, vieram agregar ao sistema processual brasileiro um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças revestidas de vício de inconstitucionalidade qualificado, assim caracterizado nas hipóteses em que (a) a sentença exequenda esteja fundada em norma reconhecidamente inconstitucional – seja por aplicar norma inconstitucional, seja por aplicar norma em situação ou com um sentido inconstitucionais; ou (b) a sentença exequenda tenha deixado de aplicar norma reconhecidamente constitucional; e (c) desde que, em qualquer dos casos, o reconhecimento dessa constitucionalidade ou a inconstitucionalidade tenha decorrido de julgamento do STF realizado em data anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda²⁷⁹.

Por outro lado, se o trânsito em julgado da sentença inconstitucional for posterior ao precedente do STF, o Supremo Tribunal Federal entende cabível a ação rescisória. Esta foi a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 730.462, também de relatoria do Ministro Teori Zavascki (Tema 733 da Repercussão Geral):

A decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (art. 495)²⁸⁰.

Conforme já exposto, o legislador ordinário tem plena liberdade para tratar da disposição infraconstitucional da coisa julgada, desde que não torne absolutamente ineficaz a coisa julgada, nem a reforce a tal ponto de impedir a revisão de decisões judiciais em caso de *inequívoca negativa do direito ao acesso à Justiça*²⁸¹. Por essa razão, embora seja criticável a

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 611.503. Relator: Ministro Teori Zavascki. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 13 set. 2019.

²⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 730.462. Relator: Ministro Teori Zavascki. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 8 maio 2015.

²⁸¹ Exatamente nesse sentido é o voto do Ministro Teori Zavascki na ADI 2.418/DF: “o instituto da coisa julgada, embora de matriz constitucional, tem sua conformação delineada pelo legislador ordinário, ao qual se confere a faculdade de estabelecer seus limites objetivos e subjetivos, podendo, portanto, indicar as situações em que tal instituto cede passo a postulados, princípios ou bens de mesma hierarquia, porque também juridicamente protegidos pela Constituição. É o que ocorre, v.g., nas hipóteses de ação rescisória previstas no art. 485 do CPC/73 (e no art. 966 do CPC/15), em que a coisa julgada fica submetida a outros valores constitucionais considerados circunstancialmente preponderantes, como o da imparcialidade do juiz (incisos I e II), o da boa-fé e da seriedade das partes quando buscam a tutela jurisdicional (inciso III), o da própria coisa julgada (inciso IV) e, mesmo, o da justiça da sentença quando comprometida por ofensa à literalidade de lei ou por manifesta contrariedade aos fatos ou à prova (incisos V a IX). É evidente que, como sempre ocorre nessa atividade normativa infraconstitucional de dar concreção a normas constitucionais e, se for o caso, de estabelecer fórmulas para harmonizar eventuais situações de colisão de valores ou princípios de superior hierarquia, a legitimidade da solução oferecida pelo legislador ordinário supõe observância de critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, a fim de não comprometer mais do que o estritamente necessário qualquer dos valores ou princípios constitucionais colidentes”

separação feita pelo legislador entre as decisões transitadas em julgado antes ou depois do precedente do STF – eis que, em ambos os casos, o que realmente importa é o fato de haver negativa de vigência da Constituição –, não há como sustentar que as soluções adotadas sejam inconstitucionais, ressalvada a “duvidosa constitucionalidade”²⁸² do prazo decadencial móvel do art. 525, § 15º, do CPC.

No mais, ao nosso ver, são incompatíveis com a efetividade da Constituição as críticas ao art. 525, §§ 12 a 15, do CPC (e seu correspondente no art. 535) que se baseiam na suposta autonomia da norma individual criada pela sentença transitada em julgado²⁸³.

Primeiro, porque o art. 966, V, do CPC – cuja constitucionalidade não é questionada sequer pelos críticos do art. 525, §§ 12 a 15, do CPC – já refuta a tese de que a norma individual da decisão tem plena autonomia, tendo em vista que a sentença poderá ser desconstituída se violar manifestamente norma jurídica, *independentemente de haver precedente do STF*.

Além disso, a tese da autonomia irrestrita da norma individual da decisão judicial falha em explicar a cessação da eficácia das sentenças em relação jurídica de trato continuado por superveniência de precedente em controle de constitucionalidade. No entanto, mesmo os defensores da inconstitucionalidade do art. 525, § 15, do CPC – a exemplo do próprio Luiz Guilherme Marinoni – não objetam a tese da cessação prospectiva da eficácia da sentença inconstitucional (em relação jurídica sucessiva), com a superveniência de decisão em controle de constitucionalidade.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.418/DF, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Teori Zavascki. *Diário da Justiça*. Brasília, 17 nov. 2016).

²⁸² A expressão é do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tutela Provisória na Ação Rescisória nº 2.894. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 11 nov. 2021). Na ocasião do julgamento dos Temas 881 e 885, o Ministro Luiz Fux expressou que a intenção da comissão de juristas responsáveis pela elaboração do CPC/15 seria no sentido de que o prazo bienal da rescisória seria contado do trânsito em julgado da decisão do STF, caso o próprio precedente sobreviesse no prazo de dois anos a partir do trânsito em julgado da decisão rescindenda. De todo modo, em que pese este trabalho defenda a inexistência da coisa julgada inconstitucional e a possibilidade de ajuizamento de querela de nulidade da sentença inconstitucional, condiciona-se esse entendimento aos casos em que o jurisdicionado esgota todas as instâncias em busca da prestação da tutela jurisdicional que reconheça a inconstitucionalidade. E, como bem se sabe, a ação rescisória dispensa o prévio esgotamento das instâncias, a teor da própria Súmula nº 514 do Supremo Tribunal Federal. Por essa razão, sustentamos a inconstitucionalidade da interpretação do art. 525, § 15, do CPC/15 que estabeleça um prazo rescisório com termo inicial móvel.

²⁸³ É o caso de Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: arts. 525, §§ 12, 14, 15, CPC/2015*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 26-27) e José Carlos Barbosa Moreira, para quem “a partir do trânsito em julgado, a norma concreta contida na sentença adquire, por assim dizer, *vida própria* e não é atingida pelas vicissitudes capazes de atingir a norma abstrata: nem é outra a razão pela qual, ainda que surta efeitos *ex tunc*, a declaração da inconstitucionalidade da lei não afeta a *auctoritas rei iudicatae* da sentença que a tenha aplicado” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 239).

Afinal, se “o juiz e os tribunais brasileiros têm o poder de interpretar a questão constitucional, fazendo surgir uma norma jurídica para o caso concreto (decisão), completamente autônoma em relação à norma abstrata”²⁸⁴, então eventual declaração de inconstitucionalidade da norma abstrata não poderia impactar a norma individual nem mesmo em caso de relação jurídica de trato continuado. Isso se torna uma complicação ainda maior para aqueles que ainda partem da premissa da suposta natureza declaratória da decisão em controle de constitucionalidade, tendo em vista que a declaração judicial tem o efeito apenas de declarar, sem alteração no estado de direito que possa cessar a eficácia da sentença inconstitucional.

Segundo, porque, como já assentamos anteriormente, a norma constitucional individual reconstruída pelo Judiciário não pode guardar completa independência do produto do legislador constituinte. A partir do momento que a decisão judicial adquire a natureza de *ato definitivo* – com a proteção da coisa julgada –, o dever de dar a interpretação correta cede lugar ao parâmetro da interpretação razoável da Constituição, o que não significa que o Judiciário tem ampla e irrestrita discricionariedade para impor sua vontade. De todo modo, a decisão passada em julgado poderá ser revista se não contiver sequer interpretação razoável da Constituição, especialmente quando houver precedente do STF nesse sentido.

Nesse sentido, a tese da inexistência da coisa julgada quando se viola precedente do STF, ainda que superveniente, implica a existência de outro instrumento processual para impugnar a sentença inconstitucional: a ação declaratória de inexistência de coisa julgada, cumulada com a ação de nulidade da sentença.

Na linha do que defendemos no capítulo 3.3, os postulados da efetividade da Constituição impedem a formação da coisa julgada quando houver absoluta negativa do acesso à Justiça e violação direta da Constituição. Ao nosso ver, esse é exatamente o caso do jurisdicionado que, embora tenha esgotado as instâncias – inclusive a extraordinária –, fique sujeito à decisão que nega vigência à Constituição, qualificada pela contrariedade a precedente do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade.

Por força do princípio da interpretação conforme à Constituição, a declaração da inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal pressupõe a inexistência de qualquer interpretação constitucional razoável que possa preservar os compromissos morais estabelecidos pela comunidade no procedimento constituinte democrático.

²⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 19.

Assim, a decisão judicial que, por exemplo, aplica lei inconstitucional – deixando de reconhecer a inexistência de interpretação razoável que lhe mantenha a validade – é, por si só, violadora da ordem constitucional, independentemente de o precedente do STF acerca da mesma lei ser posterior ou não ao trânsito em julgado da decisão judicial inconstitucional. Isso, somado ao esgotamento das instâncias ordinárias e extraordinárias pelo jurisdicionado prejudicado, consubstancia situação jurídica de inequívoca negativa do acesso à Justiça.

Por essa razão, o indivíduo que – mesmo após exaurir todos os recursos cabíveis em busca do reconhecimento da inconstitucionalidade no caso concreto – encontrar-se sujeito à sentença inconstitucional poderá promover ação declaratória de inexistência de coisa julgada, cumulada com a nulidade da decisão.

Na prática, essa ação de nulidade – não sujeita a prazo prescricional ou decadencial – já existe em nosso ordenamento jurídico na forma da arguição de inexigibilidade do título judicial no cumprimento das sentenças condenatórias, quando o precedente do STF é *anterior* ao trânsito em julgado da decisão exequenda. A inconstitucionalidade pode ser alegada tanto na impugnação ao cumprimento do art. 525 do CPC/15, como em qualquer fase da execução pela via da exceção de pré-executividade, já que se trata de matéria de ordem pública, cognoscível de ofício e que dispensa dilação probatória²⁸⁵. Além disso, como o art. 525, § 12, do CPC/15 cuida apenas das sentenças condenatórias, as demais modalidades de provimento judicial (declaratório, constitutivo, mandamental e executivo) também devem estar sujeitas a remédio processual semelhante²⁸⁶, como a própria ação declaratória de nulidade²⁸⁷ (ou ineficácia, se adotada a terminologia atécnica do legislador de inexigibilidade da decisão inconstitucional), sob pena de se dar proteção deficiente à Constituição.

Contudo, três ressalvas devem ser feitas.

Primeiro, a ação declaratória de inexistência de coisa julgada e de nulidade da sentença está condicionada ao esgotamento das instâncias – inclusive a extraordinária –, na medida em que a coisa julgada só é inexistente juridicamente em caso de violação à Constituição e absoluta negativa de acesso à Justiça, o que pressupõe, evidentemente, que o indivíduo tenha buscado a

²⁸⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 34-35.

²⁸⁶ Jogando luz ao risco de tratamento diferenciado para sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias, cf. ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. DIDIER JR, Fredie (org.). In: DIDIER JR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 91; TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade. In: DIDIER JR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 157.

²⁸⁷ Exatamente nesse sentido: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, par. ún. In: DIDIER JR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 342.

Justiça. Ademais, para os casos em que a decisão viola a Constituição, já há a possibilidade de manejo do recurso extraordinário, de sorte que a ação de nulidade não pode suprir sua ausência.

Segundo, a propositura da querela de nulidade está condicionada à existência de novo precedente do Supremo Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade da sentença transitada em julgado. Não se trata de condicionar a existência de coisa julgada a uma futura e incerta decisão em controle de constitucionalidade, mas sim de reconhecer que a coisa julgada não pode se formar se houver violação à Constituição, que se qualifica com a superveniente decisão da Suprema Corte, de caráter constitutivo, como bem exploramos no capítulo 2.3.

Suponha-se, por exemplo, o caso de sentença que aplica lei inconstitucional. Enquanto não sobrevier precedente do STF, a parte prejudicada fica impedida de rediscutir a questão em juízo, em razão do efeito preclusivo do art. 507 do CPC/15. Para fugir à preclusão da questão constitucional, é necessário justamente a ocorrência de uma circunstância nova²⁸⁸: a decisão em controle de constitucionalidade, que decreta a nulidade da lei aplicada, com eficácia constitutiva. Do contrário, se fosse dispensada a existência de precedente do STF pela inconstitucionalidade da lei, a parte poderia simplesmente ajuizar infundáveis ações de nulidade da sentença, o que não se afigura razoável.

Terceiro, é preciso responder à crítica do professor José Carlos Barbosa Moreira àqueles que sustentam o cabimento de *querela nullitatis* em caso de coisa julgada inconstitucional:

Suponhamos que um juiz, convencido da incompatibilidade entre certa sentença e a Constituição, ou da existência, naquela, de injustiça intolerável, se considere autorizado a decidir em sentido contrário. Fatalmente sua própria sentença ficará sujeita à crítica da parte agora vencida, a qual não deixará de considerá-la, por sua vez, inconstitucional ou intoleravelmente injusta. Pergunta-se: que impedirá esse litigante de impugnar em juízo a segunda sentença, e outro juiz de achar possível submetê-la ao crivo de seu próprio entendimento? O óbice concebível seria o da coisa julgada; mas, se ele pôde ser afastado com relação à primeira sentença, por que não poderá sê-lo quanto à segunda?²⁸⁹

²⁸⁸ Exatamente nesse sentido, veja trecho de Luiz Guilherme Marinoni sobre a possibilidade de superar a preclusão do art. 507 do CPC/15 com a superveniência de nova circunstância: “se é certo que a eficácia preclusiva da coisa julgada não obstaculiza a dedução de alegação que diz respeito a outra causa de pedir, ela também não inviabiliza a alegação de circunstância posterior, ainda que relacionada às mesmas partes e ao mesmo pedido da ação que culminou na sentença que produziu coisa julgada” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: arts. 525, §§ 12, 12, 14, 15, CPC/2015*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 116). É certo que a posição de Luiz Guilherme Marinoni refere-se à coisa julgada em relação jurídica de trato continuado, no entanto, o raciocínio serve para demonstrar que o superveniente precedente em controle de constitucionalidade é capaz de introduzir nova circunstância jurídica que afasta o efeito preclusivo do art. 507 do CPC/15.

²⁸⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 245-246.

A questão colocada por Barbosa Moreira é pertinente e reacende o diálogo deste trabalho com Luiz Guilherme Marinoni, para quem a coisa julgada é premissa do discurso jurídico, na medida em que representa o próprio fim do discurso. A observação de Barbosa Moreira resumida na seguinte indagação: no caso de o Supremo Tribunal Federal de mudar sua jurisprudência, o que impedirá a parte prejudicada ajuizar uma segunda querela de nulidade em face da decisão da primeira querela, que houvera anulado a sentença inconstitucional? E no caso de mais uma mudança de jurisprudência, o que impedirá o ajuizamento de uma terceira querela de nulidade, e assim por diante?

A pergunta gravita, essencialmente, em torno dos efeitos temporais da virada jurisprudencial da Corte Constitucional e sobre os limites da coisa julgada da decisão no controle abstrato de constitucionalidade.

A discussão sobre se as decisões do Supremo Tribunal Federal estão sujeitas ou não à coisa julgada é controversa na doutrina. O professor José Rogério Cruz e Tucci defende que, pela redação do art. 26 da Lei nº 9.868/99, apenas as decisões de procedência no controle principal de constitucionalidade fazem coisa julgada²⁹⁰. Assim, nega o caráter dúplice das ações de controle abstrato, ao sustentar que as decisões de improcedência não estão protegidas pela coisa julgada, no que é acompanhado por Lenio Streck²⁹¹.

Nós, contudo, discordamos.

O art. 24 da Lei nº 9.868/99 é inequívoco: “proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”. Parece-nos artificial extrair do texto legal que as ações só teriam caráter dúplice se ambas estiverem tramitando simultaneamente, como quer crer Cruz e Tucci. Fora a interpretação literal do dispositivo, não há nenhuma razão prática, lógica, teleológica ou sistemática para entender que a ADI julgada improcedente só fará coisa julgada se houver ADC em curso com o mesmo objeto. Além disso, restringir os efeitos da improcedência da ADI em nome de requisito meramente formal – a tramitação concorrente de outra ação – também parece incompatível com os preceitos do paradigma da efetividade da Constituição.

Assim, entendemos que todas as decisões em controle de constitucionalidade, com resolução de mérito, fazem coisa julgada. Ao nosso ver, não há porque estender a todas as

²⁹⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006, p. 338-341.

²⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 220. E-book. ISBN 978-85-309-7948-5.

decisões judiciais a proteção da imutabilidade, decorrente da coisa julgada, mas não às decisões nas ações de controle de constitucionalidade abstrata. Essa, aliás, é a razão de ser do art. 26 da Lei nº 9.868/99, que prevê a irrecorribilidade das decisões em controle principal e o não cabimento de ação rescisória. Ainda que não se possa falar em coisa julgada em sentido estrito, há, ao menos, uma espécie de estabilidade processual, adotando-se aqui o conceito de Antonio do Passo Cabral²⁹².

Ao mesmo tempo, a coisa julgada nas decisões em controle de constitucionalidade não impede que o próprio STF revise a questão decidida em outra ocasião, desde que se alterem as circunstâncias fático-jurídicas a ponto de justificar mudança no entendimento da Corte.

Para nós, a relação de compatibilidade entre a norma/ato jurídico infraconstitucional e a Constituição está mais próxima de uma relação jurídica de trato continuado do que de uma situação jurídica instantânea, sobretudo quanto à constitucionalidade material (os vícios formais são, de fato, instantâneos). Existem várias técnicas decisórias em controle de constitucionalidade que apontam nesse sentido, como o trânsito para a inconstitucionalidade e o processo de reconstitucionalização.

Por exemplo, no julgamento conjunto da ADPF 760 e da ADO 54, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que há um “processo de reconstitucionalização do combate ao desmatamento ilegal da Amazônia”. Outro caso é a Reclamação nº 4.374, Rel. Min. Gilmar Mendes, quando o Tribunal Pleno do STF decidiu mudar sua posição quanto à constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93, declarada na ADI 1.232. Na acertada decisão, o STF entendeu que o critério de salário de um quarto de salário mínimo mensal per capita, para fins de concessão de benefício de prestação continuada, sofreu “processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)”.

Essa natureza continuativa da constitucionalidade e a possibilidade de alteração de eventual declaração de (in)constitucionalidade não violam o art. 26 da Lei nº 9.868/99. Não se trata da possibilidade de rescindir julgados do controle abstrato de constitucionalidade, mas sim de se utilizar da reclamação constitucional e outras ações do controle concentrado como a ação revisional do art. 505, I, do CPC/15. Essa nos parece a visão mais contemporânea e consentânea com a complexidade do controle de constitucionalidade.

²⁹² CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada dinâmica: limites objetivos e temporais: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2012. 603 f. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

Assim, ao nosso ver, as decisões em controle abstrato fazem coisa julgada (ou têm estabilidade processual) e, porque se sujeitam à cláusula *rebus sic stantibus*, qualquer virada de jurisprudência só poderá ter efeitos prospectivos, a não ser que haja modulação de efeitos para que a nova posição do tribunal tenha efeitos retroativos. Afinal, se fosse lícito ao STF aplicar retroativamente seu novo entendimento quanto à constitucionalidade de determinada questão, estar-se-ia, efetivamente, diante da ação rescisória da sua decisão anterior, por via transversa, o que é vedado pelo art. 26 da Lei nº 9.868/99.

Portanto, a correta resposta para o questionamento do professor Barbosa Moreira reside justamente na impossibilidade da retroatividade da mudança de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim, não será cabível a querela de nulidade da sentença inconstitucional, caso a decisão judicial estiver em conformidade com precedente do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade à época do seu trânsito em julgado, ainda que sobrevenha mudança na jurisprudência da Corte Constitucional.

CONCLUSÕES

Da exposição, colhem-se as seguintes conclusões:

(a) Se a Constituição é norma superior e rígida, então as normas e os atos jurídicos infraconstitucionais que a violam devem ser retirados do ordenamento jurídico com a sanção mais grave de nulidade – adotado pelo ordenamento constitucional brasileiro –, salvo se a própria Constituição adotar o regime da anulabilidade ou outro menos gravoso;

(b) Apenas a Constituição pode estabelecer expressamente suas hipóteses de exceção, que devem ser interpretadas restritivamente, de modo a rejeitar a existência de cláusulas implícitas excludentes de “anti-constitucionalidade”;

(c) O processo jurisdicional é forma de criação de normas jurídicas individuais, a partir da norma geral, com a finalidade de dar a solução correta do caso e, assim, atender ao direito fundamental ao acesso à Justiça;

(d) Apesar de o processo criar a norma do caso, o direito material o antecede, de sorte que para toda norma construída pela sentença corresponde a norma *virtual* da solução correta do caso (interpretação correta), que preexiste em abstrato num estado de pendência, aguardando a sua (re)construção pela norma individual da decisão judicial;

(e) A legitimidade da jurisdição constitucional, no paradigma da efetividade da Constituição, pressupõe a prevalência da interpretação correta da Constituição;

(f) A decisão correta depende da verificação de que o *ato definitivo* praticado pelo Estado ou por particulares – entendido como o ato jurídico que já completou todas as etapas necessárias à sua constituição – está lastreado em interpretação constitucional razoável, conforme os princípios da presunção de constitucionalidade e da interpretação conforme, em vista dos espaços de discricionariedade interpretativa deixados propositadamente pelo constituinte;

(g) A interpretação razoável encontra seu limite nos princípios jurídicos da comunidade, enraizados na historicidade da tradição jurídica e extraídos da reconstrução histórico-evolutiva dos compromissos morais e políticos tomados pela comunidade nos procedimentos democráticos deliberativos;

(h) Não obstante a necessidade de reconstruir a interpretação correta do caso, a decisão de inconstitucionalidade tem natureza constitutiva, já que constitui duas novas normas jurídicas individuais: a declaratória de inconstitucionalidade e a que decreta a nulidade do ato inconstitucional, que tem eficácia preponderantemente constitutiva, pois retira a norma inconstitucional do ordenamento jurídico;

- (i) A decisão judicial, quando transitada em julgado, adquire a natureza de *ato definitivo*, de modo que só poderá ser revista caso ela própria não tenha dado interpretação razoável à Constituição, sendo certo que a existência de dissídio jurisprudencial não implica a razoabilidade da interpretação constitucional;
- (j) O legislador tem discricionariedade para disciplinar a coisa julgada e fazer a ponderação entre acesso à Justiça e segurança jurídica, vedados apenas os extremos: a coisa julgada não pode ser abolida em nome de corrigir qualquer injustiça, da mesma forma que não pode ser obstáculo irremediável para a correção da *negativa inequívoca do acesso à Justiça*;
- (k) Se houver violação à Constituição e negativa inequívoca do acesso à Justiça, a coisa julgada não chega a se formar. É o caso da decisão judicial que viola precedente do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade;
- (l) Por isso, o jurisdicionado que, embora tenha esgotado as instâncias – inclusive a extraordinária –, fique sujeito à decisão que nega vigência à Constituição, qualificada pela contrariedade a precedente do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade pode ajuizar querela de nulidade contra a sentença inconstitucional, exceto se a decisão estiver amparada no entendimento do STF à época do trânsito em julgado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, Bruce. Ascensão do Constitucionalismo Mundial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Carlos Pereira de (Orgs.). *Constitucionalização do Direito Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. [s.l.]: Lumen Juris, 2006, p. 89–111.
- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BvR nº 112/65. *Ordem do Primeiro Senado*. [S.I.], 14 fev. 1973. Disponível em: https://www.bverfg.de/e/rs19730214_1bvr011265en.html. Acesso em: 30 mar. 2024.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- ALVES, Antônio Augusto Catão Alves et al; CUNHA, Edilson Alkmin (org.). *Corpus iuris civilis: digesto*. livro I. Brasília: ESMAF, 2010.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. In: DIDIER JR, Fredie (org.) *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Lisboa: Almedina, 2008.
- BARBOSA, Leonardo A. A. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Edições Câmara dos Deputados, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 197, p. 30-60, 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: Red, 2001.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 770.098*, Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Paulo Brossard. *Diário da Justiça*. Brasília, 21 nov. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário da Justiça*. Brasília, 10 maio 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.418/DF, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Teori Zavascki. *Diário da Justiça*. Brasília, 17 nov. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 79.343. Relator: Ministro Leitão de Abreu. *Diário da Justiça*. Brasília, 02 set. 1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 89.108, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cunha Peixoto. *Diário da Justiça*. Brasília, 19 dez. 1980.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 586.068. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 31 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 611.503. Relator: Ministro Teori Zavascki. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 13 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 730.462. Relator: Ministro Teori Zavascki. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 8 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 652, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça*. Brasília, 02 abr. 1993.

BRITO, Edvaldo. 30 anos da Constituição Federal: avanços e retrocessos em interpretação. Tendências para o futuro. In: *Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia*, Salvador, ano 21, n. 2, p. 186-225, 2018.

BUENO, Cassio S. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil - parte geral do código de processo civil*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553624665. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624665/>. Acesso em: 14 abr. 2024

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada dinâmica: limites objetivos e temporais: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2012. 603 f. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

CALAMANDREI, Piero. La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile. In: CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche: Diritto e processo costituzionale*. v. 3. Roma: Roma Tre-Press, 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Até quando abusarás, é Catilina? Cautelares e liminares – catástrofe nacional. In: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Ensaios e artigos*. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2014.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. In: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Ensaios e artigos*. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2014.

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1959.

CARNELUTTI, Francesco. Saggio di una teoria integrale dell'azione. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, v. 1, parte 1, p. 5-18, 1946.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. t. 1. Tradução de José Casáis y Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1922.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Sulla cosa giudicata. Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Volume terzo. Milano: Giuffrè editore, 1993.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1951.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 103, n. 26, p. 9-36, jul./set. 2001.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie (org.). *Relativização da Coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DIDIER JR, Fredie. *Sobre a teoria geral do processo*, essa desconhecida. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

DWORKIN, Ronald. A democracia e os direitos do homem. In: DARTON, Robert; DUHMEL, Olivier. (Orgs.). *Democracia*. Trad. de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 155-162.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 2. ed. Trad. Manuel A. D. de Andrade. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1963.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FREITAS, Alexandre Câmara. Relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 17-37.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALVÃO, Jorge Octávio L. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 63. E-book. ISBN 9788502215245. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502215245/>. Acesso em: 21 março 2023.

GODOY, Miguel Gualano de; CHUERI, Vera Karam de. *Marbury versus Madison: uma leitura crítica*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 87. E-book. ISBN 978-85-362-6899-6.

GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Unesp, 2020.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria da ação comunicativa*. v. 1. São Paulo: Unesp, 2022.

HALL, Kermit L. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

HAMILTON, Alexander. The federalist number 78. In: HUTCHINS, Robert Maynard. *Great books of the western world*. v. 43. London: Encyclopaedia Britannica, 1952.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 351.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JHERING, Rudolf von. *A evolução do Direito*. Lisboa: José Bastos & Cia. Editores, 1963.

KELSEN, Hans. *General theory of law and state*. 3. ed. Harvard University Press: Cambridge, 1949.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do estado*. Coimbra: Armênio Amado, 1945.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LABAND, Paul. *Teoria general del Estado*. México: FCE, 2000.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

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

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1986.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, par. ún. In: DIDIER JR, Fredie (org.). *Relativização da Coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil*. v. 1. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book. ISBN 978-65-5065-102-2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book. ISBN 978-65-5065-103-9.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: arts. 525, §§ 12, 12, 14, 15, CPC/2015*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; CAMANO, Fernanda Donnabella. Coisa Julgada sobre Questão Constitucional Tributária. *Revista Direito Tributário Atual*, nº 49. ano 39. p. 260-287. São Paulo: IBDT, 3º quadrimestre 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed. São Paulo: Imprensa, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo, Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 2.318. E-book. ISBN 978-65-5559-395-2.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

MORAES, Daniela Marques de; COSTA, Alexandre Bernardino. O poder Judiciário e sua imprescindível reforma como corolários do acesso à justiça. *Abya-yala: Revista sobre Acesso à Justiça e Direitos nas Américas*, [S. l.], v. 1, n. 1, 2023. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/abya/article/view/46928>. Acesso em: 4 abr. 2024.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In: *Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada e declaração. In: *Temas de direito processual*, quarta série. São Paulo: Saraiva, 1977.

MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória. *Revista dos Tribunal Federal de Recursos*, 145:122.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidez e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*, n. 15, p. 226. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. 1967. Tese de concurso para a docência livre de Direito Judiciário Civil da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro 1967.

NERY, Rodrigo; DUARTE, Rodrigo. STF, coisa julgada, relações jurídicas de trato continuado e anacronismo (?): reflexões críticas sobre o julgamento do RE 955227 (Tema 885) e do RE 949297 (Tema 881). *Revista de Processo*. vol. 340. ano 48. p. 127-145. São Paulo: Ed. RT, junho 2023.

NERY, Rodrigo. *Repensando a coisa julgada e os motivos da decisão*. Londrina: Thoth, 2022.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

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

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Editora UnB, 2011.

PÁRAMO, Juan Ramón de. Entrevista a H. L. A. Hart. *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 5, 1988.

PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as Interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista do Centro de Estudos da Justiça Federal*, n. 30, p. 70-80, jul./set. de 2005.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MORAES, Daniela Marques de. A imprescindível reforma no e do poder judiciário como corolário do acesso à justiça. *CONPEDI LAW REVIEW*, v. 1, p. 114-144, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. t. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973*. t. 6. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. t. 1. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações: ações constitutivas*. t. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: < <https://editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/06/O-principio-da-coisa-julgada-e-o-vicio-de-inconstitucionalidade.pdf>>. Acesso em: 22 abril 2024.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais*. 2017. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Acesso em: 03 abr. 2024.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, n. 21, nov. 1986.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. vol. 3. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.

SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del derecho romano actual*. Tradução Jacinto Mesía; Manuel Poley. 2. ed. Madrid: Centro editorial de Góngora, t. 5-6, 1879.

SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Londres: Duke University Press, 2008.

SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Berlim: Duncker & Humblot, 2017.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Ovídio Baptista da. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. In: MACHADO, F. C.; AMARAL, G. R.; OLIVEIRA, C. A. A. de. et al. *Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista DireitoGV*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan.-jun. 2006. Semestral.

SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Durham: Duke University Press, 2008.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. A teoria dos precedentes à brasileira entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”. *Revista de Processo*. vol. 262. ano 41. p. 379-411. São Paulo: RT, dez. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento e Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book. ISBN 978-85-309-7948-5.

TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade. In: DIDIER JR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. ISBN 9786559649709. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649709/>. Acesso em: 06 mai. 2024.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional. *Revista de Processo* 79:158-171.

THEORODO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *In: DIDIER JR, Fredie (org.). Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 179-224.

VIANNA, Luiz Werneck. Poder Judiciário, “positivação” do direito natural e história. *Revista Estudos Históricos*, v. 9, n. 18, p. 263-282, 1996. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/viewArticle/2033>. Acesso em 07 abril de 2024

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Relativização da coisa julgada. *In: DIDIER JR, Fredie (org.). Relativização da Coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 385-406

WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The Constitutional law of the United States*. v. 1. Nova Iorque: Baker, Voorhis and Company, 1910.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). *In: MACHADO, F. C; AMARAL, G. R; OLIVEIRA, C. A. A. de iet al. Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.