



Universidade do Minho
Escola de Direito

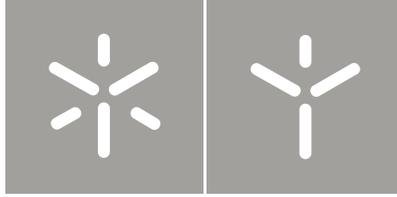
André Ribeiro Leite O Caso Julgado Inconstitucional no Direito Luso-Brasileiro

André Ribeiro Leite

O Caso Julgado Inconstitucional
no Direito Luso-Brasileiro

UMinho | 2010

Outubro de 2010



Universidade do Minho
Escola de Direito

André Ribeiro Leite

O Caso Julgado Inconstitucional no Direito Luso-Brasileiro

Tese de Mestrado
Direito Comparado - Direito Constitucional - Direito Processual
/ Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária)

Trabalho efectuado sob a orientação da
Professora Doutora Andreia Sofia Pinto Oliveira

AGRADECIMENTOS

Estas humildes linhas não seriam possíveis sem todo o esforço que meus queridos pais, Tereza Cristina Ribeiro Leite e Félix José da Mota Leite, concederam-me ao longo da vida. Agradeço-os eternamente, assim como aos incentivos de meu irmão, Sérgio Ribeiro Leite, e o carinho de minha avó, Gilda Resende Ribeiro, tão importante para o período de distância.

Dedico um especial agradecimento à amiga Anna Maria Szép, pequena princesa de uma terra longínqua.

Também não poderia deixar de estender minha gratidão aos mestres e suas palavras de luz, em especial aos professores Maurício Gentil, Jane Tereza, Mínoo e Said Jalali, ao recém ingresso Marcos Lima, além de minha orientadora, Professora Andreia Sofia, por ter aceitado meu tímido pedido em um começo de verão.

Por assumirem as responsabilidades deixadas por minha ausência, dedico estas linhas aos meus colegas e amigos de trabalho, Anajara, Carlos, Carolina, Luciana, Vanessa e Washley.

Por toda a ajuda, simpatia e acolhimento, ofereço minha alegria e honra aos meus queridos amigos do além-mar, Gilson, Mauro, Narciso, Regina, Sérgio, Sônia e Teresa, além dos compatriotas que compartilharam minha experiência e toleraram minha introspecção e ausência no momentos de estudo, Camila, Talita e, especialmente, Altamiro.

Por fim, rendo homenagens por construírem minhas melhores lembranças a Elizabeth, Henrique, Janaína, Lorena, Marcela, Marla, Renata, Roberto Celino, Roberto Rabbani, Thiago e aos casais Priscila e Marlon e Cleisson e Conceição.

O Caso Julgado Inconstitucional no Direito Luso-Brasileiro

RESUMO

A presente dissertação de mestrado consiste em um estudo de Direito Comparado sobre o caso julgado inconstitucional nos ordenamentos jurídicos de Portugal e Brasil. Deste modo, em razão de o objecto investigado ser um instituto específico e comum a ambos os sistemas normativos, adoptou-se o método da microcomparação jurídica, em que se descrevem as respectivas características de acordo com as determinações de cada ordenamento, sendo a doutrina apenas utilizada de forma subsidiária ou elucidativa.

Sob esses parâmetros, o estudo inicialmente analisa o caso julgado em seu aspecto estrutural, considerando as diretrizes estabelecidas pela Constituição e a necessária vinculação que ela exerce sobre a legislação ordinária responsável pela regulamentação do instituto. Identifica, assim, os respectivos elementos de formação e objecto, o que permite distinguir o caso julgado do princípio constitucional da imutabilidade, cujos efeitos incidem sobre seu conteúdo decisório e findam por lhe atribuir a natureza de garantia fundamental do cidadão, esta consubstanciada pela protecção da segurança jurídica, também princípio constitucional.

Aludida distinção possibilita compreender a regular existência de fórmulas de relativização do instituto nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, sobretudo quando ocorrem vícios que afectem seus elementos de formação, ou seja, máculas anteriores à própria existência do caso julgado, mas a ele orgânicas. Como consequência, constata-se que o princípio da imutabilidade não detém carácter absoluto, apesar de sua natureza de garantia fundamental do cidadão.

Nesse contexto, sendo a decisão judicial final um dos elementos de formação do caso julgado, ela também representa instrumento de realização do Direito. Assim, a pesquisa perquire o regime de tratamento das inconstitucionalidades em Portugal e Brasil, de modo a aferir o valor que ambos os ordenamentos atribuem aos actos que erroneamente realizem a Constituição, o que serve de parâmetro para controlo do caso julgado inconstitucional, pois seu valor enquanto acto de soberania não deverá ser diverso de outro correlato, o acto normativo inconstitucional.

Como solução para o problema enfrentado, considerou-se adequada a aplicação da teoria da norma de colisão desenvolvida por ALEXY, que não somente encontra respaldo legal nos sistemas investigados, mas porque possibilita a adequada resolução do aparente conflito entre os diversos princípios que o caso julgado inconstitucional afecta, em especial, a supremacia e máxima efectividade da Constituição e a segurança jurídica.

Palavras-Chave: Direito Comparado. Caso Julgado Inconstitucional. Colisão de Princípios. Supremacia da Constituição. Segurança Jurídica.

The Unconstitutional Judged Case Tried in the Legal Systems from Portugal and Brazil

ABSTRACT

This dissertation is a study of a Comparative Law about the unconstitutional judged case tried in the legal systems from Portugal and Brazil. Thus, due to the investigated object is a specific institute and common to both regulatory systems, we adopted the method of legal micro comparison, which describe their characteristics according to the determinations of each jurisdiction, and the doctrine is only used as subsidiary or informative guidelines.

Under these parameters, the study initially analyzes the judged case in its structural aspect, considering the guidelines established by the Constitution and the necessary linkage that it exerts on the ordinary legislation responsible for the institute regulation. Thus, it identifies the respective elements of training and object, which allows us to distinguish the judged case and the constitutional principle of the immutability, which effects are not absolute.

This distinction makes to understand the regular existence of institute relativizing formulas in Brazilian and Portuguese legal, especially when there are defects that affect their training elements, in other words, previous mistakes to the own existence from the judge case, but it organics. As consequence, it appears that the principle of immutability doesn't have absolute character, despite its nature of fundamental guarantee of the citizen.

In this context, being the final judicial decision one of the elements of the training from the judge case, it also represents instruments of Law realization. So, the thesis investigates the treatment regime of unconstitutionality in Portugal and Brazil, to measure the value that both systems attach to acts that erroneously held the Constitution, which serves as a parameter to control of the case judged unconstitutional, because its value as act of sovereignty should not be different from another related development, the unconstitutional legislative act.

As a solution to the facing problem, it was considered appropriate to apply the theory of the standard collision developed by ALEXY, that is not supported only in legal investigated systems, but because it enables the appropriate resolution of the apparent conflict between the various principles as the unconstitutional judged case affects, in particular, the supremacy and maximum effectiveness of the Constitution and legal security.

Key words: Comparative Law. Judged Unconstitutional Case. Collision of Principles. Supremacy of Constitution. Legal Security.

Índice

1. Introdução	13
2. O caso julgado nos ordenamentos jurídico de Portugal e Brasil	17
2.1. O caso julgado no ordenamento jurídico português	17
2.1.1. O caso julgado na Constituição da República Portuguesa	17
2.1.2. O caso julgado na legislação infraconstitucional portuguesa	24
2.2. O caso julgado no ordenamento jurídico brasileiro	29
2.2.1. A coisa julgada na Constituição da República Federativa do Brasil	29
2.2.2. A coisa julgada na legislação infraconstitucional brasileira	32
3. O objecto do caso julgado	37
3.1. O objecto do caso julgado no ordenamento jurídico português	38
3.2. O objecto do caso julgado no ordenamento jurídico brasileiro	47
4. O caso julgado ilegal	52
4.1. O caso julgado ilegal no ordenamento jurídico português	52
4.2. A coisa julgada ilegal no ordenamento jurídico brasileiro	65
5. O valor do acto inconstitucional	70
5.1. O valor das inconstitucionalidades no ordenamento jurídico português	71
5.1.1. O valor do acto normativo inconstitucional no ordenamento jurídico português	71
5.1.2. O valor do caso julgado inconstitucional no ordenamento jurídico português	83
5.2. O valor das inconstitucionalidades no ordenamento jurídico brasileiro	90
5.2.1. O valor do acto normativo inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro	90
5.2.2. O valor da coisa julgada inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro	100
6. As espécies de casos julgados inconstitucionais nos ordenamentos jurídicos de Portugal e Brasil	104
7. O caso julgado e sua relação com os princípios constitucionais	109
7.1. A força normativa dos princípios constitucionais	109
7.2. O caso julgado e sua relação com os princípios constitucionais no ordenamento jurídico português	113

7.2.1. O caso julgado e sua relação com os princípios da supremacia da Constituição e da máxima efectividade das normas constitucionais _____	113
7.2.2. O caso julgado e sua relação com o princípio da segurança jurídica _____	117
7.3. A coisa julgada e sua relação com os princípios constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro _____	123
7.3.1. A coisa julgada e sua relação com os princípios da supremacia da Constituição e da máxima efectividade das normas constitucionais _____	123
7.3.2. A coisa julgada e sua relação com o princípio da segurança jurídica _____	126
8. O caso julgado e sua relação com o conflito entre regras e/ou princípios _____	130
8.1. O princípio da unidade constitucional como parâmetro para a resolução de conflitos normativos _____	130
8.2. Fórmulas para a resolução de conflitos normativos _____	133
8.2.1. Distinção entre normas e princípios de acordo com a abrangência de seus efeitos e a respectiva consequência para o tratamento do conflito entre normas _____	133
8.2.2. O tratamento do conflito entre princípios _____	136
8.3. Parâmetros do tratamento de conflitos normativos do caso julgado _____	142
8.4. A inexistência de conflito entre princípios face o caso julgado ilegal _____	145
8.4.1. A inexistência de conflito entre princípios face o caso julgado ilegal no ordenamento jurídico português _____	146
8.4.2. A inexistência de conflito entre princípios face a coisa julgada ilegal no ordenamento jurídico brasileiro _____	151
9. O controlo do caso julgado inconstitucional _____	153
9.1. O caso julgado inconstitucional e sua relação com o conflito entre princípios _____	153
9.2. O controlo do caso julgado inconstitucional pela regra de colisão _____	156
9.3. Limites do controlo do caso julgado inconstitucional no ordenamento jurídico português _____	160
9.4. Limites do controlo da coisa julgada inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro _____	162
10. Conclusão _____	164
11. Bibliografia _____	168

LISTA DE ABREVIATURAS

CRP: Constituição da República Portuguesa

CF: Constituição da República Federativa do Brasil.

CPC: Código de Processo Civil.

1. Introdução.

O instituto do caso julgado é comum aos ordenamentos jurídicos de Portugal e Brasil. Em ambos os países, directamente se reporta à ideia de imutabilidade da decisão processual final prolatada por órgão jurisdicional de soberania, de modo a tornar definitiva e obrigatória a solução estadual acerca de pretensão que lhe foi deduzida. É através dele, portanto, que se estabiliza relação jurídica questionada ou reivindicada, tornando-a segura e, em dadas circunstâncias, incorporando-a ao património jurídico de alguns dos sujeitos processuais na condição de direito subjectivo. Não é por outro motivo, aliás, que o caso julgado é tido como um dos corolários do princípio da segurança jurídica, circunstância que lhe confere a natureza de direito fundamental de garantia nos citados países¹.

Todavia, mormente após o advento de nova compreensão sobre os preceitos constitucionais, em especial a natureza normativa dos princípios, além de expressas alterações legislativas, emergiu discussão sobre a possibilidade de revisão do caso julgado que por alguma razão haja afrontado a Constituição.

Em Portugal, por exemplo, no ano de 1993, OTERO levantou a problemática do caso julgado inconstitucional em monografia específica sobre o tema, mediante o alerta de que, se preservada a total e irrestrita inviolabilidade dos provimentos jurisdicionais transitados em julgado que afrontassem as normas constitucionais, poder-se-ia conferir aos tribunais o poder de “(...) definir o sentido normativo da Constituição: Constituição não seria o texto formalmente qualificado como tal; Constituição seria o direito aplicado dos tribunais, segundo resultasse da decisão definitiva e irrecurível do juiz”².

Não fosse suficiente, agrega-se ao argumento acima as consequências resultantes do processo de integração vivenciado pelos Estados europeus nas últimas décadas, que se manifesta, sobretudo, pelo aceite de um ordenamento jurídico vinculador dos países membros da União e, por conseguinte, de sua sujeição a organismos de jurisdição supranacionais, como o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Com efeito, já surgem problemas relativos à possibilidade de mitigação do atributo da imutabilidade do caso julgado em decorrência de antinomias entre o Direito Europeu e as ordens jurídicas nacionais, o que bem pode implicar nova compreensão do alcance dos preceitos constitucionais – os quais, salienta-se, possuem

¹ A natureza de direito fundamental do caso julgado é discorrida em maiores detalhes nos Capítulos 2 e 7.

² OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas. 1993, p. 35.

comandos sobre o aceite das regras de direito internacional nos respectivos ordenamentos. De facto, consoante destaca SILVEIRA, o acórdão Kühne de 2004

(...) decidiu que o princípio da lealdade europeia impõe que um órgão administrativo reexamine uma decisão administrativa definitiva para ter em conta a interpretação entretanto feita pelo Tribunal de Justiça – mesmo que a decisão administrativa em causa se tenha tornado definitiva em consequência de um acórdão de um órgão jurisdicional nacional que decida em última instância.³

No Brasil, a questão do caso julgado inconstitucional ganhou assento com a promulgação da Lei n.º 11.232/05, que conferiu nova redacção ao parágrafo único, do art. 741, do Código de Processo Civil daquele país, para considerar inexigível “(...) o título judicial fundado em lei ou acto normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou acto normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”. Emergiu, assim, restrição até então inédita no direito brasileiro quanto aos efeitos do atributo da imutabilidade do caso julgado.

É nesse contexto, face a evidente simetria do instituto caso julgado nos ordenamentos jurídicos de Portugal e Brasil, que a presente investigação se propõe a analisar sua espécie inconstitucional em ambos os países, mediante estudo de direito comparado que adopta o método da microcomparação. Tal método, aliás, adequa-se à teoria apresentada por ALMEIDA, cuja primeira fase seria a analítica, em que os “(...) institutos a comparar devem ser decompostos num certo número de aspectos ou elementos relevantes”⁴. Afinal, somente após concluída essa primeira abordagem é que se poderá passar à fase seguinte, com a indicação das soluções comuns para o problema enfrentado, de maneira a ser apresentada contribuição relevante e harmónica para cada um dos sistemas normativos.

Sob tal óptica, a exposição do presente trabalho é passível de divisão em dois segmentos, em que o primeiro é formado por Capítulos concentrados no estudo do caso julgado em si, enquanto o segundo delimita a relação que o instituto mantém com os princípios constitucionais que lhe afectam. Esta forma de sistematização, diga-se, é a que melhor respeita os ditames da microcomparação em direito comparado, pois identifica o tratamento que é prestado ao instituto pela fonte primária da ordem jurídica nos países em que

³ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Européia**. Lisboa: Quid Júris. 2009, p. 122-123.

⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Introdução ao Direito Comparado**. 2.ª Ed. Livraria Almedina: Coimbra. 1998, p. 25.

se insere, a lei, sendo a doutrina e a jurisprudência apenas utilizadas de forma subsidiária ou elucidativa⁵. Daí porque o marco normativo inicial da pesquisa será a Constituição, diploma fundamental para os sistemas jurídicos português e brasileiro, em cujas normas encontram a respectiva fonte de validade.

Ademais, a escolha da Constituição como ponto inicial de abordagem normativa também serve para ressaltar que eventual investigação do caso julgado desprovida de interpretação constitucional tenderá à falta de completude, pois se o caso julgado é regulamentado por esse diploma, todas as normas de inferior patamar hierárquico que dele tratem obrigatoriamente deverão respeitar os comandos constitucionais. Não se pode tolerar, pois, análise efectuada com enfoque único em normas de inferior hierarquia, em especial, as normas processuais, estas integrantes de subsistema do ordenamento jurídico. O caso julgado, em síntese, antes de ser um instituto de índole processual, detém natureza constitucional, seja no ordenamento português, seja no brasileiro, o que implica conseqüências para sua análise e posterior estudo de sua espécie inconstitucional.

Não obstante, ainda quanto ao método de exposição adoptado, ressalta-se que, a despeito da aparente incongruência com o sentido da própria terminologia da expressão “princípios”, optou-se por abordá-los ao final por outras duas razões. A primeira delas é que o caso julgado, conforme será demonstrado nos Capítulos seguintes, não representa um princípio, mas em verdade constitui objecto de incidência de vários deles, dentre os quais o atributo da imutabilidade mais se evidencia. Não seria exagero afirmar, portanto, que o presente estudo de direito comparado possuiria dois objectos, em que um corresponderia ao caso julgado em si e o outro condiziria aos princípios que lhe afectam, sendo ambos, porém, analisados de acordo com as determinações normativas em vigor.

Já a segunda razão consistiria na preservação da coerência didática do discurso a se desenvolver, necessária para se evitar desnecessárias repetições. Isso porque os princípios aqui serão utilizados como a solução do problema da inconstitucionalidade do caso julgado. Desta forma, somente após a devida descrição estrutural do instituto, em especial de seus elementos de formação, é que será possível indicar detalhadamente a correlação do caso julgado e seus elementos com os diversos princípios constitucionais, condição esta imprescindível para aferir o âmbito de aplicação de cada um deles face o problema da inconstitucionalidade do instituto.

⁵ A referência bibliográfica utilizada nesta pesquisa foi impressa até o ano de 2009.

Sob tais parâmetros, o estudo precipuamente demonstrará que o caso julgado é um acto composto formado pela decisão judicial final e o respectivo trânsito em julgado, sobre cujo objecto incidirá o atributo ou princípio constitucional da imutabilidade, este por sua vez subprincípio de outros dotados de maior grau de generalidade, como a tutela efectiva e a segurança jurídica.

Outrossim, igualmente exporá que o primeiro elemento de formação indicado, a decisão judicial final, poderá representar instrumento de realização de outros princípios advindos da própria Constituição, como a máxima efectividade de suas normas e a respectiva supremacia enquanto diploma fundamental do ordenamento jurídico.

Por meio dessa abordagem, assevera-se, é que será possível compreender a regular existência das fórmulas de relativização para a espécie ilegal do instituto nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, respectivamente, o recurso extraordinário de revisão (CPC; art. 771.º) e a ação rescisória (CPC; art. 485). Esses instrumentos, aliás, desde logo evidenciam que o princípio da imutabilidade não detém carácter absoluto, apesar de sua natureza de garantia fundamental do cidadão. Trata-se, em suma, da primeira indicação acerca de possibilidade de combate à inconstitucionalidade desse acto jurisdicional, que não encontra nenhuma fórmula expressa de controlo nos países escolhidos.

Foi nesse contexto, acrescenta-se, que se tornou necessário firmar elo entre a análise estrutural do caso julgado inconstitucional e os princípios que lhe afectam. Para tanto, elaborou-se Capítulo destinado ao estudo do valor das inconstitucionalidades em Portugal e Brasil, mediante a observância do pertinente regime de fiscalização da constitucionalidade dos actos normativos nesses países. Afinal, identificado qual o valor que lhes é concedido – se inexistência, invalidade ou validade –, eventual controlo do caso julgado inconstitucional com ele deverá se harmonizar por também deter a natureza de acto de soberania.

Por fim, para solucionar o aparente conflito entre a decisão judicial inconstitucional e o atributo da imutabilidade que sobre ela incide, este igualmente de índole constitucional, considerou-se a possibilidade de aplicação da teoria da norma de colisão desenvolvida por ALEXY. Nesse sentido, sem fugir à acepção da norma enquanto marco fundamental para o estudo de microcomparação, aferiu-se se a regra de colisão encontra respaldo normativo nos sistemas investigados, bem como se possibilita a adequada resolução do aparente conflito entre os diversos princípios que o caso julgado inconstitucional afecta, como a supremacia da Constituição e a segurança jurídica.

2. O caso julgado nos ordenamentos jurídico de Portugal e Brasil.

2.1. O caso julgado no ordenamento jurídico português.

2.1.1. O caso julgado na Constituição da República Portuguesa.

O instituto do caso julgado é expressamente referido pela Constituição da República Portuguesa apenas uma vez. Encontra-se inserido em dispositivo que versa sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade a ser proferida pelo Tribunal Constitucional no âmbito da “Fiscalização da Constitucionalidade”, que é a rubrica trazida pelo Título I, da Parte IV, esta destinada à “Garantia e revisão da Constituição”. Trata-se do art. 282.º, n.º 3, cuja redacção enuncia que “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”.

Embora o aludido dispositivo constitucional seja insuficiente para estabelecer conceito de caso julgado, possibilita aferir importante característica desse instituto, o que é de imperiosa valia para sua compreensão. Afinal, na medida em que protege o caso julgado fundamentado em norma declarada inconstitucional por decisão proferida pelo Tribunal Constitucional, é porque não determina tratamento mais rigoroso para a hipótese de o caso julgado fundamentar-se em lei que não afronte o texto da Constituição⁶. Confere a esse instituto, em verdade, o atributo da imutabilidade, mesmo que assim o faça de forma relativa, haja vista a ressalva contida na parte final de sua redacção.

Não obstante, deve-se ainda atentar para outra conseqüência que resulta da redacção do art. 282.º, n.º 3. É que a Constituição, haja vista a posição que detém de norma ápice do ordenamento jurídico, ao ser responsável pela instituição do atributo da imutabilidade para o caso julgado, finda por ser o único diploma normativo capaz de excepcionar tal regra. Será a circunstância, por exemplo, não apenas da exceção contida no próprio art. 282.º, n.º 3, mas também daquela prevista no art. 29.º, n.º 6, adiante analisado. Isso porque, caso se entenda o contrário, possibilitar-se-á que norma de inferior patamar hierárquico restrinja comando constitucional, algo que chega a ser explicitamente vedado pela própria Constituição através

⁶ Nesse sentido, consultar: OTERO, Paulo. Op. cit., p. 50.

de seu art. 3.º, n.º 2, segundo o qual “o Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática”.

Deste modo, de início já é possível aferir que o atributo constitucional da imutabilidade do caso julgado é relativo, vez que sofre as mencionadas ressalvas⁷. Outrossim, consoante igualmente será possível deduzir após a análise dos dispositivos infraconstitucionais que possibilitam conceituar o caso julgado em plenitude, o atributo da imutabilidade não incide sobre o instituto em si, mas tão somente sobre o âmbito de incidência de seus efeitos. Porém, para fins de melhor exposição, por hora continuar-se-á a abordar o que é estabelecido pelo texto constitucional.

Nesse sentido, importa mencionar que o atributo da imutabilidade não decorre unicamente do art. 282.º, n.º 3. Existem outros comandos na Constituição que permitem deduzi-lo. O art. 205.º, n.º 2, por exemplo, ao estabelecer que “as decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades”, de forma implícita termina por atribuir a característica da imutabilidade a tais decisões. Concluir de maneira diversa seria desprover o dispositivo de significado, pois não haveria lógica em se possibilitar àquelas entidades ou pessoas, mediante análise própria de dado assunto, divergir de decisão prolatada por tribunal sobre igual matéria. A obrigatoriedade estabelecida pelo art. 205.º, n.º 2, implica, em síntese, a imutabilidade das decisões proferidas pelos tribunais contra a ação de organismos sem competência jurisdicional. Desautoriza, assim, eventual negação e mesmo insurgência contra os comandos judiciais, o que representaria patente violação ao princípio da separação dos poderes instituído pelo art. 2.º, da Constituição. Afinal, conforme aduz CANOTILHO, “(...) a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”⁸.

Não fosse suficiente, ainda é possível encontrar o atributo da imutabilidade do caso julgado instituído pelo art. 282.º, n.º 3, na seara penal, através de dispositivo que versa sobre a aplicação da lei criminal. Deduz-se, pois, da redacção do art. 29.º, n.º 5, que ao tratar de garantia pessoal do indivíduo, determina que “ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”. Através desse comando, a Constituição veda a duplicidade de julgamento de uma mesma conduta delituosa, de modo a impedir que o arguido corra o risco

⁷ Nesse sentido, consultar: MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo III. Coimbra Editora: Coimbra. 2007, p. 836.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Almedina: Coimbra. 2003, p. 1224.

de ser desproporcionalmente punido pela aplicação de sanções sucessivas sobre mesmo facto⁹. É, enfim, um obstáculo à possibilidade de ilimitado exercício do poder punitivo estadual, determinação que se harmoniza com o teor do anteriormente aludido art. 205.º, n.º 2, responsável pela fixação do dever de observância das decisões dos tribunais para todas as entidades públicas e privadas, bem como demais autoridades. Representa, ademais, limitação ao exercício da própria função jurisdicional, que em regra não poderá alterar os efeitos de julgado proferido, salvo explícita exceção como aquela inserida no já discorrido art. 283.º, n.º 3, ou a contida no art. 29.º, n.º 6, adiante estudado.

Por fim, expõe-se ser igualmente possível reconhecer o atributo da imutabilidade que acompanha o caso julgado pela interpretação conjunta de três outros dispositivos constitucionais. Dois deles são os arts. 110.º, n.º 1; e 202.º, n.º 1, responsáveis pela classificação dos tribunais como órgãos de soberania, sendo que o ultimo, ressalta-se, também estabelece a competência para esses órgãos de administrar a justiça em nome do povo. Já o terceiro é o art. 111.º, n.º 2, cujo comando determina que tal competência para o exercício da função jurisdicional será quase que exclusiva, pois ela somente poderá ser exercida por órgão de natureza diversa mediante delegação advinda de expressa previsão na Constituição e na lei dos casos e termos em que ocorrerá. Daí porque, haja vista essa quase exclusividade dos tribunais quanto à administração da justiça, a qual se reforça pelo princípio da separação dos poderes instituído pelo art. 2.º, não seria exacerbado concluir pela existência do atributo da obrigatoriedade das decisões judiciais (CRP; art. 205.º, n.º 2) - em especial as que encerrem processo judicial - e, via de consequência, da imutabilidade. Afinal, como instituições responsáveis pela administração da justiça que são, cabe aos tribunais proferir a última palavra sobre os assuntos dessa índole, o que necessariamente implica a imutabilidade de suas decisões contra a ação de organismos desprovidos de competência jurisdicional. É o que OTERO sintetiza, ao expor que o

(...) princípio da separação de poderes e a inerente reserva da função jurisdicional a cargo dos tribunais constituem fundamentos impeditivos de qualquer ações dos demais poderes do Estado (político, legislativo e administrativo) tendente a colocar em causa a decisão judicial transitada em julgado.¹⁰

⁹ Nesse sentido, consultar: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I. 4ª ed. Coimbra Editora: Coimbra. 2007, p. 497.

¹⁰ OTERO, Paulo. Op. cit. p. 50.

Todavia, conforme exposto no início deste Tópico, a característica da imutabilidade implicitamente atribuída ao caso julgado pelo art. 282.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, bem como decorrente da interpretação conjunta dos arts. 110.º, n.º 1; 202.º, n.º 1; e 205.º, n.º 2, não é absoluta. Comporta exceções e, portanto, deve ser entendida como imutabilidade relativa¹¹, o que implica conseqüências para a compreensão do instituto em análise, em especial, a possibilidade de seu controlo. Também não deve ser esquecido que somente a Constituição representa o documento normativo apto a excepcionar tal característica ou atributo.

Nesse contexto, convém recordar a relativização do atributo da imutabilidade do caso julgado efectuada pelo próprio art. 282.º, n.º 3, que ao protegê-lo dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal Constitucional da norma que o fundamenta, excepciona, desde que haja decisão do próprio Tribunal nesse sentido, o caso julgado fundamentado em norma tida por inconstitucional que abranja matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social, e, além disso, possua conteúdo menos favorável ao arguido. O que faz art. 282.º, n.º 3, é, em verdade, criar hipótese de revisão do caso julgado nas circunstâncias que enuncia, o que nada mais é, ressalta-se, do que possibilitar controlo sobre o âmbito de incidência do instituto, haja vista a autorização concedida ao Tribunal Constitucional para decidir ou não por sua manutenção. Esta, contudo, não é a única mitigação constitucional sobre a matéria.

Com efeito, a possibilidade de controlo do caso julgado e a conseqüente relativização do atributo da imutabilidade que lhe é inerente igualmente encontra previsão no art. 29.º, n.º 6, da Constituição. Segundo este dispositivo, “os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos”. Tal comando, aliás, possui singular importância, pois amplia o rol de hipóteses de controlo do caso julgado trazido pelo art. 282.º, n.º 3. Isso porque, enquanto este último tão somente alude à mitigação de espécies de casos julgados que encontrem fundamento em norma declarada inconstitucional por decisão do Tribunal Constitucional, o comando do art. 29.º, n.º 6, não restringe a circunstância em que ocorrerá condenação injusta ensejadora de revisão, a qual poderá resultar não apenas de caso julgado fundamentado em norma inconstitucional, mas também daquele cujo fundamento seja norma tida por

¹¹ Nesse sentido, ao reconhecer a inexistência de valor absoluto para o caso julgado, consultar o Acórdão n.º 86/04, lavrado pelo Tribunal Constitucional de Portugal, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040086.html>.

constitucional, ou então que diretamente afronte o texto da lei ou Constituição. O dispositivo ainda possibilita aferir, mesmo que implicitamente, que a sentença constituiria condição necessária para a formação do caso julgado.

Decerto, não obstante a aludida imutabilidade relativa, verifica-se que a Constituição também apresenta outros aspectos relevantes para correcta compreensão do instituto. Um deles seria a sugerida imprescindibilidade de sentença indicada pelo art. 29.º, n.º 6, condição esta que se reforça pelo disposto no art. 32.º, n.º 2, segundo o qual “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”. Este dispositivo, como se percebe, ao instituir garantia em processo criminal, determina que, na hipotética circunstância de um tribunal prolatar decisão condenatória sem natureza de sentença, não se farão presentes os atributos da obrigatoriedade e da imutabilidade inerentes ao caso julgado, pois o arguido permanecerá protegido dos efeitos dessa decisão em decorrência do perduro da garantia da presunção de inocência. Para a Constituição, a sentença é, enfim, um acto processual necessário para a formação do caso julgado, ao menos na seara penal.

Já o outro aspecto resultaria da expressão “trânsito em julgado” utilizada pelo próprio art. 32.º, n.º 2, a qual se reporta, em verdade, ao momento de formação do caso julgado. Afinal, conforme se afere da leitura de seu texto, ao menos no que igualmente tange à matéria penal, o caso julgado formar-se-á tão somente após a ocorrência do trânsito em julgado da sentença de condenação prolatada contra o arguido. E outra não poderia ser a conclusão, vez que, em semelhança às razões expostas no parágrafo anterior, será apenas a partir dessa circunstância que o réu em acção criminal deixará de ser beneficiado pela garantia da presunção de inocência. Ou seja, é com o advento do trânsito em julgado da sentença que o comando judicial condenatório expedido por tribunal apresentará a obrigatoriedade determinada pelo já analisado art. 205.º, n.º 2, pois não mais será possível ao arguido valer-se da dita presunção para evitar que recaiam sobre si os efeitos da decisão judicial, que não somente passará a deter a característica da obrigatoriedade, mas também o atributo da imutabilidade, mesmo que relativo, contra a acção de organismos desprovidos de competência jurisdicional.

Daí porque, constata-se, por força do disposto nos artigos 29.º, n.º 6 e 32.º, n.º 2, da Constituição, o caso julgado dependerá de dois pressuposto para se formar: que seja prolatada

sentença judicial e que ocorra o advento do trânsito em julgado¹². Todavia, a despeito de esses dispositivos se reportarem a matéria penal, não se deve restringir ditos pressupostos a essa seara. Afinal, não haveria lógica em concluir pela possibilidade de surgimento de caso julgado sem a prévia ocorrência de um provimento judicial, seja este sentença ou outro acto que lhe faça a vez, bem como a ausência de transcurso de lapso temporal para tanto, o que é ora representado pelo trânsito em julgado.

A Constituição da República Portuguesa, porém, apesar das considerações expostas nos parágrafos anteriores, não se revela suficiente para a estipulação de um conceito de caso julgado. Seus dispositivos apenas possibilitam aferir a existência desse instituto, bem como lhe concedem o atributo da imutabilidade relativa, além de instituírem dois pressupostos para sua formação. Isso, contudo, não constitui algo de importância menor.

Com efeito, em razão de a Constituição representar o ápice hierárquico do ordenamento jurídico e, via de consequência, ser o documento normativo perante o qual todas as demais normas encontram o respectivo fundamento de validade e a ele devem se harmonizar, é que o atributo da imutabilidade inerente ao caso julgado deve ser tido como princípio geral do direito português. Não fosse assim, desprovido de sentido estaria o art. 3.º, n.º 2, da própria Constituição, segundo o qual “o Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática”. É o que também conclui OTERO, ao lecionar sobre a dita caracterização da imutabilidade do caso julgado como princípio, pois,

(...) se a Constituição ressalva os casos julgados que se fundam em norma declarada inconstitucional com força obrigatória geral, fazendo com que, apesar de tal inconstitucionalidade, os mesmos permaneçam na ordem jurídica, por maioria de razão, daí se deve extrair que não pode ser destruído ou retirada a obrigatoriedade a um caso julgado que se funda numa lei válida.¹³

No entanto, conforme as indicadas ressalvas contidas no texto constitucional, o atributo da imutabilidade não pode ser tido como princípio absoluto. Comporta exceções criadas pela própria Constituição, o que permite concluir que o caso julgado também se sujeita a mecanismos de controlo, mesmo que restritos, consoante assim expõe CANOTILHO, ao afirmar que

¹² Consultar Tópico 2.1.2.

¹³ OTERO, Paulo. Op. cit. p. 50.

Embora o princípio da intangibilidade do caso julgado não esteja previsto, *expressis verbis*, na Constituição, ele decorre de vários preceitos do texto constitucional (CRP; arts. 29.º/4, 282.º/3) e é considerado como subprincípio inerente ao princípio do Estado de direito na sua dimensão de princípio garantidor de certeza jurídica. As excepções ao caso julgado deverão ter, por isso, um fundamento material inequívoco (exs.: “revisão de sentença”, no caso de condenação injusta ou “erro judiciário”; aplicabilidade retroactiva de sentença do TC declarativa da inconstitucionalidade ou ilegalidade com força obrigatória geral).¹⁴

Ademais, como conseqüência desse atributo, valendo-se mais uma vez das palavras de OTERO, “(...) a garantia de respeito do caso julgado encontra uma tutela constitucional que impossibilita, sob pena de inconstitucionalidade, a existência de leis individuais ou decisões administrativas que o derroguem ou desrespeitem (...)”¹⁵. Assume, portanto, a natureza de garantia do cidadão contra a actividade estadual, assunto que será melhor tratado no Capítulo 7.

O que realmente importa deduzir do texto constitucional, porém, não obstante o estabelecimento do princípio geral da imutabilidade do caso julgado - mesmo que relativo - e a instituição de dois pressupostos para sua formação – a sentença e o trânsito em julgado -, é que foi outorgada à norma infraconstitucional a tarefa de explicitar o que se deva entender por caso julgado. É, pois, para a lei que incube a maior parte da atribuição de definir os pressupostos necessários para a formação desse instituto, aí incluídas a determinação do lapso temporal e actos processuais necessários para tanto, mas, sobretudo, o objecto sobre o qual incidirão os efeitos da imutabilidade.

Daí porque, conclui-se, em razão de a lei ordinária ser responsável pela determinação dos requisitos para a formação do caso julgado - desde que observados o pertinente princípio constitucional da imutabilidade e a necessária fixação de acto processual para seu surgimento, além da estipulação de marco temporal para sua concretização -, o vício desses requisitos pode resultar em possibilidade de controlo, mesmo que dos requisitos em si, o que indiretamente ensejaria a revisão do caso julgado, conforme será exposto no Tópico seguinte.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Almedina: Coimbra. 2003, p. 265.

¹⁵ OTERO, Paulo. Op. cit. p. 51.

2.1.2. O caso julgado na legislação infraconstitucional portuguesa.

Conforme exposto no Tópico anterior, a Constituição da República Portuguesa enuncia dois pressupostos para a formação do caso julgado, além de lhe atribuir a característica da imutabilidade, a qual adquire o *status* de princípio geral. Limita-se, portanto, a estabelecer elementos formadores e identificadores desse instituto, que a despeito de lhe constituírem aspectos fundamentais, são insuficientes para a elaboração de um conceito. É, pois, tão somente no âmbito da legislação infraconstitucional que se torna possível a plena definição do caso julgado no ordenamento jurídico português.

Nesse contexto, sobressai-se o art. 497.º, do Código de Processo Civil, que sob a rubrica de “conceitos de litispendência e caso julgado”, enuncia em seu n.º 1 que “as exceções da litispendência e do caso julgado pressupõe a repetição de uma causa; se a causa se repete estando a anterior ainda em curso, há lugar à litispendência; se a repetição se verifica depois de a primeira causa ter sido decidida por sentença que já não admite recurso ordinário, há lugar à exceção do caso julgado”.

Leitura atenta do citado dispositivo, contudo, permite observar que os conceitos ali trazidos reportam-se a dois tipos de exceção, o que nada mais é, por sua vez, do que uma modalidade de defesa processual que tem lugar quando se alegam “(...) factos que obstem à apreciação do mérito da acção ou que, servindo de causa impeditiva, modificativa ou extintiva do direito invocado pelo autor, determinam a improcedência total ou parcial do pedido” (CPC; art. 487.º, n.º 2). Em verdade, o artigo em análise trata dos conceitos das exceções da litispendência e do caso julgado, espécies de exceção dilatória¹⁶ enumeradas pelo art. 494.º, *i*, e que, de acordo com o art. 493.º, n.º 2, servem para obstar a que o tribunal conheça do mérito da causa e assim ocorra a absolvição de instância. Daí porque, conclui-se, se alguma referência ao conceito do instituto do caso julgado é efectuada pelo art. 497.º, n.º 1, essa apenas ocorre indiretamente, ou seja, de maneira aquém do sugerido por sua rubrica.

¹⁶ Em sentido contrário, embora ainda sob a óptica do revogado art. 500.º, do Código de Processo Civil, mas já ciente das correntes doutrinárias que classificam a exceção do caso julgado como dilatória, REIS insiste na defesa de sua natureza peremptória, pois, para ele, “(...) a sentença que verifica a existência de caso julgado é, na realidade, sentença de fundo, que incide sobre a relação jurídica substancial e tem como efeito a absolvição do pedido. O tribunal, abstendo-se de conhecer de novo do mérito da acção já decidida por sentença com trânsito em julgado, inclina-se perante a força e autoridade da sentença anterior, obsta a que ela seja alterada, e portanto proclama como resultado definitivamente adquirido o que tal sentença tenha estabelecido”. (REIS, Alberto dos. **Código de Processo Civil anotado**. Vol. III. 4ª ed. Coimbra Editora: Coimbra. 1985, p. 87).

Com efeito, o comando normativo em questão somente revela dois aspectos do instituto. O primeiro deles encontra-se no trecho final de sua redacção e consiste na reprodução dos pressupostos previstos pela Constituição Portuguesa para a formação do caso julgado, em que um corresponde à sentença enquanto acto processual imprescindível para sua caracterização e o outro à circunstância temporal que incidirá sobre esse acto, em especial, o término do prazo para a interposição das pertinentes medidas recursais. Este último pressuposto, aliás, talvez seja o mais relevante, pois se reporta à ideia de trânsito em julgado trazida pelo art. 32.º, n.º 2, da Constituição, que é explicitamente conceituada através do art. 677.º, do Código de Processo Civil, segundo o qual “a decisão considera-se transitada em julgado logo que não seja susceptível de recurso ordinário ou de reclamação, nos termos dos artigos 668.º e 669.º”. Como se observa, em razão da clara simetria entre o disposto no art. 497.º, n.º 1 e art. 677.º, no que tange à circunstância temporal concretizada pela total fluência do prazo para interposição de recurso contra decisão, haverá, por força do primeiro dispositivo, a formação do caso julgado quando dita impossibilidade de manejo de recurso incidir sobre sentença¹⁷. A lei infraconstitucional, portanto, finda por regulamentar o instituto do trânsito em julgado genericamente previsto pela Constituição, o que representa importante contribuição para a elaboração de um conceito para o caso julgado, vez que, conforme discorrido, constitui-lhe pressuposto.

Já o outro aspecto revelado pelo art. 497.º, n.º 1, alude ao objecto do caso julgado, ou seja, sobre que matéria incidirá. Afinal, ao afirmar que haverá lugar para excepção do caso julgado quando a repetição de uma causa se verificar depois de a primeira ter sido decidida por sentença, a norma intenta coibir que o órgão de soberania jurisdicional profira decisão sobre assunto que apreciara anteriormente. É, pois, um reflexo do princípio geral da imutabilidade do caso julgado previsto pelo art. 282.º, n.º 3, da Constituição, cujo intento de preservação consiste na garantia do primado da segurança jurídica mediante a salvaguarda de seus efeitos sobre a ordem social¹⁸, ideias estas reforçadas pelos arts. 2.º, n.º 1, e 497.º, n.º 2, do Código de Processo Civil. Não é por outro motivo, complementa-se, que de acordo com o art. 495.º, desse mesmo Código, “o tribunal deve conhecer officiosamente de todas as excepções dilatórias, salvo da incompetência relativa nos casos não abrangidos pelo disposto no art. 110.º, bem como da preterição do tribunal arbitral voluntário”. Em síntese, o art. 497.º,

¹⁷ O termo “sentença” deve ser compreendido como qualquer decisão que encerre a actividade jurisdicional do órgão de soberania em um processo.

¹⁸ Nesse sentido, consultar: REIS, Alberto dos. Op. cit. p. 94.

n.º 1, além de enunciar pressupostos de formação, também identifica a causa como o objecto do caso julgado¹⁹, o que, conforme demonstrar-se-á, não é essencial para a caracterização do que se deva compreender por caso julgado, mas sim do âmbito de incidência dos efeitos da imutabilidade, assunto devidamente analisado no Capítulo 3.

Igual conclusão é passível de ser formulada após análise do art. 498.º, que a despeito de possuir a rubrica “requisitos da litispendência e do caso julgado”, tão somente trata do objecto desses institutos. Para tanto, basta observar que o n.º 1 desse dispositivo estabelece que “repete-se a causa quando se propõe uma acção idêntica a outra quanto aos sujeitos, ao pedido e à causa de pedir”. Deste modo, no que tange ao caso julgado em si, não se vislumbram requisitos para sua formação, mas apenas a relação de elementos que possibilitam distinguir a perfeita identidade entre causas de duas ou mais acções, o que ocorre quando há repetição dos sujeitos, pedido e causa de pedir. Esse raciocínio, aliás, também é válido para os números 2, 3 e 4, cujos teores versam, respectivamente, sobre cada um daqueles elementos. Na verdade, o art. 498.º trata dos requisitos necessários para a formação da pertinente excepção dilatória aludida pelo art. 497.º, pois, assim como este, apenas indiretamente refere-se ao instituto do caso julgado, vez que se restringe à identificação da causa enquanto seu objecto, muito embora vá um pouco além do comando a que sucede, ao sujeitar a causa à imprescindibilidade de ditos elementos.

Nesse contexto, convém alertar que a identificação da causa como objecto do caso julgado, a qual é feita pelo art. 497.º, n.º 1, e desenvolvida pelo art. 498.º, n.º 1, não obstante interesse para a análise do âmbito de incidência dos efeitos da imutabilidade incidente sobre o instituto, pouco ou nada serve para determinar sua natureza e conceito. Isso porque, embora o Código de Processo Civil intente coibir a existência de mais de um caso julgado com mesmo objecto, explicitamente admite a existência dessa situação quando, por uma razão qualquer, não foi apresentada a pertinente excepção do caso julgado ou, previamente, da litispendência. É o que se compreende da redacção do art. 675.º, n.º 1, segundo a qual, “havendo duas

¹⁹ Em verdade, a redacção do Código de Processo Civil não adopta boa técnica, pois o objecto do caso julgado corresponderá ao objecto da sentença, ou seja, ao objecto de um de seus elementos de formação. Isso porque, enquanto a excepção da litispendência tem lugar para aferir a identidade entre os objectos de dois processos em trâmite, a excepção do caso julgado surge após aferição de identidade entre o objecto de um processo em trâmite e o objecto de uma decisão jurisdicional definitiva que lhe é anterior. O caso julgado incide, pois, sob o objecto da sentença, que embora dependente do objecto do processo, deste é figura autónoma (Nesse sentido, consultar: SOUSA, Miguel Teixeira de. O objeto da sentença e o caso julgado material (estudo sobre a funcionalidade processual). In: Revista Forense. Vol. 292, Belo Horizonte. 1985, p. 192; REIS, Alberto dos. Op. cit. p. 91-92).

decisões contraditórias sobre a mesma pretensão, cumprir-se-á a que passou em julgado em primeiro lugar”. É também o que sintetiza SOARES, ao expor que

É interessante perceber que, no Direito Processual português, o critério adotado para a solução de decisões contraditórias permite o entendimento de que é possível uma segunda ação idêntica à primeira ter sua decisão judicial passada em julgado em data anterior à decisão judicial da primeira ação, em virtude da ausência de interposição de recurso. Por disposição legal, essa é que valerá para fins de cumprimento da sentença.²⁰

Como se percebe, o art. 675.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, apenas limita os efeitos da imutabilidade do segundo caso julgado formado sobre mesmo objecto, mas não o instituto em si, que continua a existir²¹. Isso, porém, não pode ser compreendido como desrespeito ao princípio constitucional da imutabilidade do caso julgado. Trata-se, ao contrário, de ratificação deste, pois ao fazer cessar seus efeitos quanto ao caso julgado advindo de segunda decisão com mesmo objecto, o dispositivo infraconstitucional nada mais almeja do que a manutenção dos efeitos em relação ao primeiro caso julgado. Respeita, assim, não apenas a respectiva imutabilidade, mas também a obrigatoriedade das decisões judiciais determinada pelo art. 205.º, n.º1, da Constituição.

Tal restrição de efeitos, não obstante, assemelha-se àquela ordenada pelo art. 672.º, n.º 1, dispositivo cujo comando determina que “as sentenças e os despachos que recaiam unicamente sobre a relação processual têm força obrigatória dentro do processo”. O que essa norma faz é, sob a rubrica de “caso julgado formal”, delimitar situação em que o caso julgado, consoante aduz SOARES, “(...) só tem um valor intraprocessual, ou seja, só é vinculativo no próprio processo em que a decisão foi proferida”²². O art. 672.º, n.º 1, trata, enfim, de caso julgado cujo objecto e conseqüente âmbito de incidência de efeitos da imutabilidade estão circunscritos ao processo em que se originaram, pois serão insuficientes para possibilitar o

²⁰ SOARES, Carlos Henrique. **Coisa Julgada Constitucional: Teoria Tridimensional da Coisa Julgada: Justiça, Segurança Jurídica e Verdade**. Coimbra: Almedina. 2009, p. 94.

²¹ É a conclusão a que também chega MENDES, ao afirmar que na hipótese de sentença lavrada já depois de haver outra proferida no processo, “(...) a hipótese é de ineficácia, por aplicação do art. 675.º, n.º 2, mas não de inexistência”. (MENDES, João de Castro. **Direito Processual Civil. III Vol.** Associação Académica da Faculdade de Direito: Lisboa. 1982, p. 300). A própria revogação da antiga alínea *f*, do art. 771.º, do Código de Processo Civil, corrobora essa afirmação, pois não existia sentido prático em se permitir a interposição do recurso extraordinário de revisão contra segundo caso julgado sobre mesmo objecto, tal como discorrido no Capítulo 4.

²² SOARES, Carlos Henrique. Op. cit. p. 92.

surgimento da excepção do caso julgado prevista pelo art. 497.º, n.º 1, na hipótese de posterior demanda com mesmo objecto²³.

Tanto o art. 672.º, n.º 1, quanto o art. 675.º, n.º 1, são fundamentais para a compreensão do caso julgado, pois revelam que a norma infraconstitucional, em harmonia com a Constituição, regula os efeitos do atributo da imutabilidade incidente sobre o instituto, de modo a possibilitar, inclusive, a existência de dois casos julgados sobre uma mesma matéria, onde apenas uma das decisões transitadas em julgado apenas gerará efeitos externos ao processo. Há, portanto, caso julgado cujo atributo da imutabilidade unicamente produz efeitos intraprocessuais, mesmo que a decisão judicial possua conteúdo de mérito.

Deste modo, importa perceber que no direito português não se deve confundir o caso julgado com o seu objecto. Este apenas se forma após a concretização daquele, ou seja, no momento imediato ao advento do trânsito em julgado de sentença. Antes disso, há somente mera expectativa, vez que, como constitui obviedade, o objecto depende da existência do instituto a que se relaciona. Enquanto ainda em trâmite a acção, somente possível se falar em objecto do processo, bem como de excepção da litispendência.

Afere-se, ademais, mediante a observância dos dispositivos normativos enunciados pela Constituição e pelo Código de Processo Civil, que estrita definição do caso julgado em Portugal não deve levar em consideração o seu objecto, este entendido como o âmbito de incidência dos efeitos do atributo da imutabilidade. Em verdade, o caso julgado deve ser compreendido como um acto composto, cuja formação impescinde, ao menos, de dois elementos, quais sejam: a sentença jurisdicional e o trânsito em julgado.

Daí porque, conclui-se, no ordenamento jurídico português, o conceito de caso julgado se aproxima daquele exposto por REIS, para quem “o facto jurídico “caso julgado” consiste afinal nisto: em existir uma sentença, com trânsito em julgado, sobre determinada matéria”²⁴; apenas com a ressalva de se entender o termo matéria utilizado pelo autor em acepção ampla, ou seja, como dado objecto, de natureza adjectiva ou substantiva.

²³ Atente-se que, tal como exposto na nota n.º 19, o objecto do caso julgado não se confunde com o objecto da demanda da qual se originou. Um claro exemplo disso é a circunstância de absolvição de instância prevista pelo art. 288.º, n.º 1, c, que decorre da parte incapaz que se apresenta em Juízo sem a devida representação ou autorização. O caso julgado que aqui se formar não impedirá o ajuizamento de futura acção sobre a mesma causa, ou seja, em que haja identidade entre sujeitos, pedido e causa de pedir, desde que sanada indicada irregularidade. O objecto do caso julgado da primeira demanda será restrito ao seu particular aspecto processual, enquanto o da segunda será sobre o mérito. Há, pois, dois casos julgados sobre a mesma pretensão, apesar de produzirem efeitos distintos e apenas um deles ser realmente relevante.

²⁴ REIS, Alberto dos. **Código de Processo Civil anotado**. Vol. III. 4ª ed. Coimbra Editora: Coimbra. 1985, p. 93.

2.2. O caso julgado no ordenamento jurídico brasileiro.

No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto do caso julgado é conhecido como coisa julgada. Tal denominação, todavia, não exclui a primeira, que a despeito de incomum, encontra previsão no art. 6.º, §3.º, do Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de Setembro de 1944²⁵, segundo o qual “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”. Entretanto, em razão de a Constituição da República Federativa do Brasil utilizar-se do termo coisa julgada, desta forma é que o instituto será tratado quando referido sob a óptica do sistema brasileiro.

2.2.1. A coisa julgada na Constituição da República Federativa do Brasil.

De maneira semelhante ao que ocorre no ordenamento jurídico português, a coisa julgada é referida pela Constituição Brasileira apenas uma vez. Encontra-se inserida no Título II, Capítulo I, cujas rubricas são, respectivamente, “dos direitos e garantias fundamentais” e “dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Trata-se, pois, do art. 5.º, XXXVI, cuja redacção, embora não forneça um conceito para o instituto, dispõe que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Mencionado dispositivo, como se percebe, expressamente confere o atributo da imutabilidade à coisa julgada, pois preserva o instituto dos efeitos de lei superveniente²⁶. Outrossim, igualmente possibilita deduzir que as decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais são obrigatórias para todas as demais entidades públicas e privadas, vez que, se nem ao titular do exercício da função legislativa do poder soberano é permitido contrariá-las, quanto mais quem não detenha tal competência²⁷. Aliás, conforme exposto quando da análise do art. 205.º, n.º 2, da Constituição Portuguesa, compreender o contrário seria o mesmo que autorizar a insurgência contra os comandos judiciais, em patente violação ao princípio da separação dos poderes, que na Constituição Brasileira é trazido pelo art. 2.º, segundo o qual

²⁵ O Decreto-Lei n.º 4.657/44, possui a rubrica de Lei de Introdução ao Código Civil.

²⁶ Nesse sentido, consultar: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores. 20ª ed. 2002, p. 435.

²⁷ Nesse sentido, ao expor que após a formação da coisa julgada nem mesmo outro tribunal poderá se manifestar de modo a alterar ou renovar a sentença irrecorrível, consultar: BRANDÃO, Fabrício dos Reis. **Coisa Julgada**. São Paulo: MP Editora. 2005, p. 27.

“são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

O aspecto mais relevante do art. 5.º, XXXVI, porém, consiste no grau de importância que a Constituição do Brasil confere ao instituto na medida em que lhe atribui a natureza de direito e garantia individual fundamental. Isso porque faz incidir sobre a coisa julgada as medidas protectoras previstas pelo §1.º, do próprio art. 5.º, bem como do art. 60, §4.º, em que a primeira garante a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, ao passo que a segunda veda deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Deste modo, não apenas liberta a coisa julgada da necessidade de eventual regulamentação para sua existência enquanto instituto apto a influir no mundo jurídico, mas também a protege de qualquer reforma constitucional que intente aboli-la ou restringi-la. Em síntese, a Constituição expressamente outorga a natureza de princípios gerais aos atributos da imutabilidade e obrigatoriedade da coisa julgada²⁸, o que é de importante valia para aferição de seu conceito.

Contudo, tal como ocorre no ordenamento jurídico português, o atributo constitucional da imutabilidade da coisa julgada é mitigado pela própria Constituição, o que obriga o intérprete a compreender essa característica de forma relativa.

Nesse sentido, basta observar que o texto constitucional brasileiro, ao regulamentar o exercício das funções jurisdicionais pelos Tribunais, expressamente atribui ao Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais a competência para julgar as revisões criminais e ações rescisórias de seus julgados (arts. 102, I, *j*; 105, I, *e*; e 108, I, *b*). Reconhece, assim, que a coisa julgada pode ser objecto de revisão, o que nada mais representa do que autorizar o controlo desse instituto, o qual incidirá, em verdade, sobre os efeitos do atributo da imutabilidade que o acoberta, consoante será explicitado no Capítulo 4 deste trabalho.

Outro aspecto fundamental extraído da Constituição Brasileira é que, de igual maneira ao sistema português, a coisa julgada impescinde de dois pressupostos para sua formação, em que um corresponderá à lavratura de acto processual e o outro à circunstância temporal que recairá sobre esse acto. Trata-se, respectivamente, de decisão que encerre o exercício de

²⁸ Recordar-se que, na Constituição da República Portuguesa, o princípio geral da imutabilidade do caso julgado apenas é revelado após interpretação conjunta de dispositivos como os arts. 283.º, n.º 2; e 205.º, n.º 2.

actividade eminentemente jurisdicional²⁹⁻³⁰ - seja uma sentença ou acórdão -, e do advento do trânsito em julgado dessa mesma decisão.

Com efeito, são diversos os dispositivos constitucionais que se valem de expressões como “sentença transitada em julgado” ou “condenação transitada em julgado”³¹. A título exemplificativo, cita-se o art. 5.º, LVII, cuja redacção dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Segundo tal dispositivo, o qual detém importância singular, vez que sobre ele também incidem as já referidas protecções dos arts. 5.º, §1.º e 60, §4.º, a atribuição de culpa ao arguido em acção penal³² somente se concretizará caso haja sentença penal transitada em julgado. Ou seja, antes do advento de sentença penal transitada em julgado não poderá haver presunção de culpa, pois eventual decisão proferida por tribunal nesse sentido não deterá o atributo da obrigatoriedade³³, o que, conforme visto, incide sobre a coisa julgada. A formação deste instituto, portanto, ao menos na seara penal, exige a lavratura de sentença e o posterior trânsito em julgado.

A conclusão acima também se aplica a outros subsistemas jurídicos do ordenamento brasileiro que não o penal. É o que se dá no âmbito do direito administrativo, por exemplo, em que o art. 41, §1.º, I, da Constituição, determina que o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado. E o mesmo ocorre na seara cível, em que o art. 100, §1.º, ao dispor sobre o pagamento de créditos devidos pelo Estado em face de decisões judiciais, estabelece ser “(...) obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentença transitada em julgado (...)”. A Constituição Brasileira, em síntese, estabelece a obrigatoriedade de, ao menos, dois pressupostos para a formação da coisa julgada, quais sejam: a lavratura de sentença judicial e o respectivo advento do trânsito em julgado. São, todavia, pressupostos lógicos, já que não seria razoável concluir pela possibilidade de surgimento de coisa julgada sem a prévia ocorrência de um provimento judicial que

²⁹ Chama-se de actividade eminentemente jurisdicional aquela em que o órgão jurisdicional apresenta a resposta final à pretensão que lhe foi submetida por um jurisdicionado.

³⁰ Consoante leciona SILVA, “somente a sentença – e nem todas elas – poderá oferecer este tipo de estabilidade protetora daquilo que o juiz haja declarado como sendo a “a lei do caso concreto”, de tal modo que isto se torne um preceito imodificável para as futuras relações jurídicas que se estabelecerem entre as partes perante as quais a sentença tenha sido proferida”. (SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de Processo Civil**. Vol 1. Rio de Janeiro: Ed. Revista dos Tribunais. 5ª ed. 2001, p. 484).

³¹ Nesse sentido, consultar os seguintes artigos: 5.º, LVII; 15, I e III; 41, §1.º, I; 55, VI; 95, I; 100, §1.º e §3.º; 128, §5.º, I, a; 142, §3.º, VII; e 86, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

³² No direito brasileiro, o arguido em acção penal é tratado como réu ou acusado (CPP; arts; 41 e 46).

³³ A obrigatoriedade da decisão judicial é decorrência da incidência do atributo da imutabilidade sobre a coisa julgada.

encerrasse o exercício de actividade eminentemente jurisdicional, assim como a ausência do transcurso de lapso temporal para tanto.

Todavia, assim como a Constituição Portuguesa, a Constituição do Brasil não possibilita a elaboração de um conceito para a coisa julgada, tarefa que termina por recair sobre a legislação ordinária. O texto constitucional fornece, tão somente, pressupostos de formação e características ou atributos desse instituto, os quais, dada a posição de ápice do ordenamento jurídico detida pela Constituição, assumem a natureza de princípios gerais a serem obedecidos pela legislação infraconstitucional.

2.2.2. A coisa julgada na legislação infraconstitucional brasileira.

Há dois dispositivos na legislação infraconstitucional brasileira que aparentam estabelecer uma definição para a coisa julgada. Um deles é o já transcrito art. 6º, §3º, do Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de Setembro de 1944, segundo o qual “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”. O outro corresponde ao art. 467, do Código de Processo Civil, cuja redacção dispõe que “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Tais definições, como primeira leitura logo evidencia, apesar de não serem idênticas, também não são contraditórias, o que impede conclusão tendente a afirmar que o art. 467, do Código de Processo Civil, cuja vigência é posterior ao Decreto-Lei n.º 4.657/44³⁴, haveria revogado o art. 6º, §3º, deste último, por regulamentar a mesma matéria³⁵.

Com efeito, enquanto o Decreto-Lei n.º 4.657/44 apresenta conceito restrito aos elementos formadores da coisa julgada, o Código de Processo Civil vai além, pois lhe evidencia atributo e objecto. Não nega, assim, que a coisa julgada, para se formar, impescinde de uma sentença contra a qual não mais caiba recurso. Porém, o que precipuamente faz, acentua-se, é estabelecer que a eficácia da sentença tornar-se-á imutável

³⁴ A Lei n.º 5.869, de 11 de Janeiro de 1973, que instituiu o Código de Processo Civil brasileiro, entrou em vigor no dia 1º de Janeiro de 1974.

³⁵ Em sentido contrário, concluindo pela revogação do Decreto-Lei n.º 4.657/44, SILVA defende que a coisa julgada, enquanto garantia constitucional “(...) refere-se à coisa julgada material, não à coisa julgada formal. Ficou, pois, superada a definição do art. 6º, §3º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Prevalece, hoje, o conceito do Código de Processo Civil (...)”. (SILVA, José Afonso da. Op. Cit. p. 434).

após a formação do instituto³⁶. Explicita, deste modo, o atributo da imutabilidade garantido pela Constituição Brasileira³⁷ ao simultaneamente dispor sobre o objecto da coisa julgada, que será, por sua vez, a referida eficácia³⁸. Em síntese, o Código de Processo Civil atribui a classificação de coisa julgada material ao objecto da coisa julgada: a eficácia da sentença³⁹.

Todavia, na referida lei processual civil brasileira, ainda é possível encontrar uma terceira definição para a coisa julgada, a qual se assemelha àquela sugerida pelo art. 497.º, n.º 1, do Código de Processo Civil português, norma segundo a qual o caso julgado seria uma modalidade de excepção utilizada para evitar julgamentos contraditórios sobre idêntica causa. Trata-se, pois, do disposto nos parágrafos 1.º e 3.º, do art. 301, que ao estabelecerem elementos identificadores para a coisa julgada, respectivamente explicitam que “verifica-se a litispendência e a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada” e “(...) há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso”. Tais comandos normativos, que assim como o art. 467, delimitam o objecto da coisa julgada - porém de maneira mais clara, conforme assim será discorrido no Capítulo 3⁴⁰, findam por actuar como parâmetros identificadores de espécie de defesa processual, o que ocorre por força do inciso VI, do mesmo artigo a que pertencem. Afinal, de acordo com este último dispositivo, compete ao réu, em sua petição de contestação e antes de se referir ao mérito da acção, alegar a coisa julgada.

A importância de dita objecção estabelecida pelo art. 301, VI, do Código de Processo Civil brasileiro, para a compreensão da coisa julgada, torna-se evidente após a leitura do art. 267, V, dessa codificação, cujo comando determina a extinção do processo sem resolução do

³⁶ Afinal, como a coisa julgada somente se forma após o trânsito em julgado da sentença ou decisão de igual natureza, a eficácia a que se refere o art. 467, do Código de Processo Civil brasileiro, naturalmente será a da sentença, pois se trata da eficácia não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. Não é por outra razão, aliás, que MACHADO leciona que “(...) a coisa julgada forma-se a partir de um fenômeno extrínseco à sentença, não se tratando, destarte, de efeito do próprio ato decisório, mas de uma qualidade conferida por lei aos seus efeitos”. (MACHADO, Daniel Carneiro. **A coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Del Rey. 2005, p. 64).

³⁷ Nesse sentido, consultar: MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2006, p. 11.

³⁸ O objecto do caso julgado em Portugal e no Brasil será tratado no Capítulo 3.

³⁹ Assemelha-se, assim, ao art. 671.º, do Código de Processo Civil português, que sob a rubrica de “valor da sentença transitada em julgado” em secção destinada aos “efeitos da sentença”, expõe que a decisão sobre a relação material controvertida, após o advento do trânsito em julgado, passará a deter força obrigatória dentro e fora do processo, nos limites da lei. A eficácia é, pois, a qualificação dos efeitos da decisão através do manto da imutabilidade.

⁴⁰ A eficácia da sentença será a resposta jurisdicional a dada pretensão após o advento do trânsito em julgado, assunto que será abordado no Capítulo 3. Nesse sentido, ao lecionar que o instituto da coisa julgada outorga o atributo da imutabilidade à sentença, consultar: MACHADO, Daniel Carneiro. Op. cit. p. 51.

mérito⁴¹ quando o juiz acolher a alegação de coisa julgada. Aliás, consoante assim ordena o §3.º, do próprio art. 267, tal circunstância deverá ser declarada de ofício pelo juiz em qualquer tempo e grau de jurisdição enquanto não proferida a sentença de mérito. Observa-se, assim, que a lei infraconstitucional preserva o atributo da imutabilidade conferido pela Constituição ao instituto, pois intenta proibir que o órgão jurisdicional possibilite a formação de nova coisa julgada sobre o mesmo objecto.

Igual orientação normativa é encontrada na seara criminal, pois o art. 95, V, do Código de Processo Penal brasileiro, possibilita a interposição de excepção da coisa julgada, a qual, de acordo com §2.º, do art. 110, “(...) somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença”.

Não obstante, também se deve atentar que mencionados comandos da lei brasileira findam por admitir o advento de coisa julgada cujo objecto e conseqüente âmbito de incidência dos efeitos da imutabilidade estarão circunscritos ao processo em que se originaram. Aliás, vai além, pois igualmente não impede a posterior formação de coisa julgada oriunda de demanda com mesmo objecto, ou seja, não veda segunda coisa julgada resultante de idêntica pretensão - civil ou penal - sem que isto represente violação ao atributo constitucional da imutabilidade do instituto⁴². Afinal, conforme exposto em passagem anterior, não se deve confundir o objecto da coisa julgada com o objecto do processo, o qual somente poderá dar ensejo à excepção da litispendência enquanto não transitada em julgado a decisão que encerrar a actividade jurisdicional⁴³.

Todavia, ainda há na legislação infraconstitucional brasileira dispositivos normativos que firmam hipóteses de controlo dos efeitos da imutabilidade incidente sobre a coisa julgada. Tratam-se do §1.º, do art. 475-L; do parágrafo único, do art. 741, do Código de Processo Civil⁴⁴; e do §5.º, do art. 884, da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo os quais se consideram inexigíveis os títulos judiciais fundados em lei ou acto normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundados em aplicação ou interpretação da lei ou acto normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a

⁴¹ Equivale, no direito português, à absolvição de instância (CPC; art. 288.º).

⁴² Trata-se do fenómeno da coisa julgada formal, a qual, à semelhança do que ocorre no ordenamento jurídico português (CPC; art. 672.º), o atributo da imutabilidade que sobre si incide restringe-se ao próprio processo em que prolatada a decisão transitada em julgado.

⁴³ Consultar notas n.º 15 e 19.

⁴⁴ Foi ajuizada acção directa de inconstitucionalidade contra esse comando normativo, o qual foi introduzido no Código de Processo Civil brasileiro por força da Lei n.º 11.232, de 22 de Dezembro de 2005, ainda em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal sob o registro ADIn 2418-3/DF. Nesta acção existe parecer lavrado pelo Ministério Público Federal favorável à declaração de inconstitucionalidade.

Constituição⁴⁵⁻⁴⁶. Com efeito, ao se considerar que, de acordo com o art. 475-N, da lei processual civil, título executivo judicial é a sentença judicial, verifica-se que mencionados comandos, em verdade, restringem a imutabilidade da coisa julgada⁴⁷, pois permitem posterior decisão contrária ao instituto, seja esta emanada de órgão jurisdicional ou administrativo, desde que a coisa julgada afrontada encontre fundamento em lei ou acto normativo declarado inconstitucional ou tido por incompatível com a Constituição⁴⁸ pelo Supremo Tribunal Federal. Controla-se, assim, uma das modalidades de coisa julgada inconstitucional, qual seja, a coisa julgada cujo fundamento seja lei ou acto normativo inconstitucional.

Nesse contexto, é curioso observar que referida circunstância de controlo efectuada pela lei brasileira sobre os efeitos do atributo da imutabilidade da coisa julgada fundamentada em lei ou acto normativo inconstitucional não encontra semelhança no ordenamento português, cuja Constituição, conforme visto, ao dispor sobre os efeitos do controlo de constitucionalidade das leis pelo Tribunal Constitucional, estatui em seu art. 282.º, n.º. 3, que “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”.

Por fim, ressalta-se que a lei brasileira, tal como em Portugal, ao se harmonizar com os respectivos preceitos constitucionais, enuncia como pressupostos para a formação da coisa julgada dois elementos, em que um corresponde à necessidade de acto judicial que encerre o processo, enquanto o outro seria o respectivo término do prazo para a interposição de recurso ordinário ou extraordinário, ou seja, o trânsito em julgado⁴⁹. É o que se observa não apenas da já referida redacção do art. 6.º, §3.º, do Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de Setembro de 1944, segundo a qual “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”, mas também do art. 467, do Código de Processo Civil, que se reporta à eficácia não

⁴⁵ Sobre o controlo da constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, consultar o Capítulo 5.

⁴⁶ O anteprojecto de Novo Código de Processo Civil, em trâmite perante o Congresso Nacional brasileiro, não faz nenhuma alteração quanto ao trato da coisa julgada, além de repetir em seu art. 496, §4.º as redacções dos atuais arts. 475-L, §1.º; e 741, parágrafo único, do vigente Código de Processo Civil.

⁴⁷ Em sentido semelhante, ao expor que a relativização do atributo da imutabilidade não incide sobre a coisa julgada em si, mas sobre seus efeitos, consultar: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Del Rey. 2005, p. 6.

⁴⁸ Os dispositivos albergam, assim, lei anterior ou posterior à promulgação da Constituição de 1988.

⁴⁹ Nesse sentido, consultar: ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **O Controle da Coisa Julgada Inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2006, p. 66; BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. Salvador: Edições Podium. 2007, p. 486.

mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário que torna imutável e indiscutível a sentença. Há, ainda, diversos outros dispositivos dessa codificação que se valem das expressões “transitada em julgado a sentença”, “passada em julgado a sentença” ou “trânsito em julgado da decisão”⁵⁰, assim como na seara criminal, onde o Código de Processo Penal, em variados artigos, reitera, explícita ou implicitamente, a necessidade de decisão que encerre o processo e o respectivo trânsito em julgado⁵¹.

⁵⁰ Nesse sentido, consultar os arts. 352, II; 405, §.º, I; 474; 485; 495; 510; 772, §2.º; 777; 949; 959; 974, §1.º; 1.027; 1.027, parágrafo único; 1.028; 1.031, §2.º; 1.048; 1.060, II; 1.062; 1.158; 1.165; 1.167, II; 1.186, §2.º.

⁵¹ Nesse sentido, consultar os arts. 92; 118; 119; 122; 123; 130; 131, III; 133; 143; 269; 313, III; 323, III; 334; 337; 377; 379; 428; 581, XIX; 625, §1.º; 669; 674; 675; 686; 689, §2.º; 691; 742; 752; 753; 778; 788, III; e 809, §3.º.

3. O objecto do caso julgado.

Conforme exposto no Capítulo anterior, o presente estudo não possui a finalidade discorrer sobre o objecto do caso julgado. A temática que se propõe investigar é mais restrita. Versa sobre uma modalidade desse instituto, a qual se classifica como caso julgado inconstitucional.

No entanto, análise sobre o objecto do caso julgado não pode ser dispensada, embora prescindida de acurada abordagem. Isso porque, tal como igualmente exposto no Capítulo anterior, o caso julgado, seja no ordenamento jurídico português, seja no ordenamento jurídico brasileiro, é um instituto jurídico constituído pelo advento de dois actos, em que um corresponde à decisão final prolatada por órgão jurisdicional em processo e o outro ao respectivo trânsito em julgado. Como logo se evidencia, semelhante definição, cuja natureza é eminentemente técnica, não é suficiente para possibilitar a identificação de eventual inconstitucionalidade que afete o instituto. E de outra forma não poderia ser, pois o que afrontará o texto constitucional não será a decisão judicial final transitado em julgado em si, mas tão somente o comando revelado pelo caso julgado, o efeito jurídico extrínseco que dele emana⁵². O caso julgado inconstitucional, em síntese, será o caso julgado cujo objecto afronte a Constituição⁵³. Razão pela qual, para bem compreender o fenómeno do caso julgado inconstitucional, faz-se necessário abordar o objecto do caso julgado, gênero do qual aquele é espécie⁵⁴.

Não obstante, em coerência com o método da microcomparação adoptado, indispensável que a análise sobre o objecto do caso julgado seja iniciada através do que é

⁵² Conforme será analisado no Capítulo 7, todo caso julgado possui efeito normativo, mesmo que restrito ao processo de que emanou. Isso ocorre porque o instituto é consequência natural da função jurisdicional que incube ao Estado, que deve apresentar resposta a todas as pretensões que lhe sejam dirigidas. Não é por outra razão, aliás, que a Constituição Portuguesa a todos assegura o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos (art. 20.º, n.º 1); além de garantir a todos o direito de que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo (art. 20.º, n.º 4). Outrossim, expressamente outorga aos tribunais a competência para administrar a justiça em nome do povo (art. 202.º, n.º 1) e obriga-os, no exercício dessa atribuição, a assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados (art. 202.º, n.º 2), vedando-lhes a aplicação de norma que infrinja a Constituição ou os princípios nela consignados (art. 204.º).

⁵³ Não haveria imprecisão técnica se o presente estudo possuísse como tema “o objecto inconstitucional do caso julgado do direito luso-brasileiro”.

⁵⁴ Outra espécie de caso julgado, além da conhecida classificação do caso julgado quanto aos seus efeitos em formal e material, seria o caso julgado ilegal, ou seja, aquele caso julgado cujo objecto afronta norma não constitucional, o qual será abordado no Capítulo 4.

determinado pelos preceitos constitucionais, sob pena de o estudo ser maculado por falha ou falta de completude. Afinal, frisa-se, o objecto do caso julgado não será correctamente identificado se seu estudo possuir como parâmetro precípua a legislação processual civil, como assim é comumente realizado pela doutrina portuguesa e brasileira⁵⁵. Com efeito, deve-se atentar que se trata de instituto sobre o qual incidu o fenómeno da constitucionalização, o que se verifica, por exemplo, ao se observar a história constitucional brasileira, em que, a despeito de existir na legislação ordinária desde o período imperial⁵⁶, o caso julgado apenas galgou patamar constitucional após a promulgação da Constituição de 1934 (Art. 113, 3)⁵⁷. A consequência é que, muito embora as normas e doutrina até então existentes sobre a matéria eventualmente hajam influenciado o legislador constituinte, tão logo o instituto fora avocado para o texto constitucional, passou a deter a forma determinada por este, perante a qual as todas normas de inferior patamar hierárquico deverão se adequar, bem como a doutrina restará obrigada a considerar em seus estudos⁵⁸.

3.1. O objecto do caso julgado no ordenamento jurídico português.

Grande debate desenvolvido ao longo da história na seara do direito processual e que influenciou bastante o direito português reporta-se ao objecto do caso julgado⁵⁹, que, conforme introduzido no Capítulo anterior, relaciona-se com o âmbito de incidência dos

⁵⁵ Nesse sentido, consultar: SOUSA, Miguel Teixeira de. Op. cit. p. 123-192; BAPTISTA, José João. **Processo Civil I**. Coimbra Editores: Coimbra. 8ª ed. 2006, p. 470.; SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o Novo Processo Civil**. 2ª ed. Lisboa: Ed. Lex, 1997, p. 567; MENDES, João de Castro. **Limites Objectivos do Caso Julgado em Processo Civil**. Lisboa: Edições Ática. 1968, p. 16-17.

⁵⁶ MACHADO alude que, “(...) após a independência do Brasil, as primeiras regras legislativas a respeito da coisa julgada eram encontradas no Regulamento n. 737, de 1850, que normatizou o processo comercial na Resolução de Consulta de 28 de dezembro de 1876, do Poder Executivo, que aprovava e tornava obrigatória a Consolidação das Leis do Processo Civil (...)”. (MACHADO, Daniel Carneiro. **A Coisa Julgada Inconstitucional**. Belo Horizonte: Del Rey. 2005, p. 18).

⁵⁷ Nesse sentido, consultar: ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Op. cit., p. 47.

⁵⁸ O fenómeno da constitucionalização pode ser compreendido à luz da teoria de LUHMANN acerca da constante mutação sofrida pelos sistemas, em que estes, após atentarem a um elemento da realidade a fim de encontrar a solução para dado problema, com ela interagem até modificá-la, de modo que surjam empecilhos inéditos e que demandam novas soluções (Nesse sentido, consultar: LUHMANN, Niklas. **A Improbabilidade da Comunicação**. Tradução de Anabela Carvalho, Vega, 1992).

⁵⁹ Nesse sentido, consultar: CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Vol. I. Tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro S.A. 1997; CHIOVENDA, Giuseppe. **Princípios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Tradução para o espanhol de Jose Casais y Santaló. Madrid: Reus S.A. 2000; SCHWAB, Karl H.. **El Objeto Litigioso en el Proceso Civil**. Tradução para o espanhol de Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America. 1968, p. 244; e SOUSA, Miguel Teixeira de. **Sobre a Teoria do Processo Declarativo**. Coimbra: Coimbra Editora. 1980, 154.

efeitos⁶⁰ do instituto em si, especialmente do atributo da imutabilidade imposto pela Constituição de 1976. Daí porque não seria equivocado afirmar que tal discussão é passível de ser desenvolvida à luz dos chamados limites do caso julgado, estes classificados pela doutrina em objectivos e subjectivos⁶¹⁻⁶², como também à eficácia desses mesmos limites, consubstanciadas pela actuação do caso julgado enquanto autoridade ou excepção⁶³.

Nesse contexto, sob a óptica de o caso julgado ser um instituto jurídico constituído pelo advento de dois actos – decisão processual final proferida por órgão com competência jurisdicional e respectivo trânsito em julgado -⁶⁴, precipuamente se faz necessário perquirir se seu objecto encontra-se concomitantemente albergado nesses dois actos, ou em apenas um deles; e, nessa última hipótese, em qual e em que circunstância.

Todavia, a despeito da aparente dificuldade dessa sugerida análise, ela actualmente representa pouco mais do que mera obviedade. Afinal, ressalta-se, dita controvérsia não

⁶⁰ O âmbito de incidência dos efeitos do atributo da imutabilidade do caso julgado deve ser compreendido de forma ampla, para assim abranger não somente os classificados pela doutrina como limites objectivos e subjectivos, mas também as manifestações desses limites, aferidos pela autoridade e excepção do caso julgado.

⁶¹ Consoante elucida MENDES sobre os limites objectivos e subjectivos do caso julgado, corresponde o “(...) primeiro, a fronteira que limita o domínio de afirmações cuja subsistência ou insubsistência é indiscutível, separando-as das afirmações que continuam em possível situação de incerteza; em segundo lugar, a fronteira que limita o grupo de pessoas a que a resolução autoritária se impõe, separando-as daqueles que podem continuar a tomar a decisão como juridicamente incerta” (MENDES, João de Castro. **Limites Objectivos do Caso Julgado em Processo Civil**. Lisboa: Edições Ática. 1968, p. 56-57). Reportam-se, pois, à matéria e sujeitos que serão atingidos pelo atributo da imutabilidade do caso julgado, característica esta que é não gerada pelo instituto em si, mas sobre ele imposto por fatores extrínsecos, que são os comandos advindos do ordenamento jurídico.

⁶² MENDES também informa que “alguns autores costumam acrescentar a estas duas figuras uma terceira: limites temporais do caso julgado, para exprimirem o que consta, no nosso direito, do art. 663º, 1: a decisão final – sentença – deve corresponder “a situação existente no momento do encerramento da discussão” (MENDES, João de Castro. **Direito Processual Civil. III Vol.** Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito. 1982, p. 279).

⁶³ A actuação do caso julgado enquanto autoridade e excepção reporta-se ao atributo da imutabilidade que incide sobre o instituto, em especial, sobre seus limites. Daí porque se chama eficácia do caso julgado à qualificação gerada sobre a matéria e sujeitos circunscritos em seus limites objectivos e subjectivos, ou seja, ao que SOUSA denomina de “qualificação do objeto da sentença” (SOUSA, Miguel Teixeira de. O objeto da sentença e o caso julgado material (estudo sobre a funcionalidade processual). In: Revista Forense. Vol. 292, Belo Horizonte. 1985, p. 153). Deste modo, consoante aduz o citado autor, “(...) verifica-se que o caso julgado material pode valer em processo posterior como autoridade de caso julgado, quando o objeto da ação subsequente é dependente do objeto da ação anterior, ou como excepção de caso julgado, quando o objeto da ação posterior é idêntico ao objeto da ação antecedente”. (SOUSA, Miguel Teixeira de. Op. cit. p. 177). É o que igualmente leciona REIS, segundo o qual não se deve esquecer que “(...) autoridade do caso julgado e excepção de caso julgado não são duas figuras distintas; são, antes, duas faces da mesma figura” (REIS, Alberto dos. Op. cit. p. 93). Em síntese, o caso julgado não apenas simultaneamente detém limites objectivos e subjectivos, mas também seu objecto, dado à qualificação que adquire, manifesta duas formas de efeitos, uma positiva – autoridade do caso julgado – e outra negativa – excepção de caso julgado.

⁶⁴ Consultar o Capítulo anterior, Tópico 2.1.2.

apenas já foi decifrada à exaustão pela doutrina ao longo dos anos⁶⁵, mas sobretudo porque não é o elemento temporal necessário para a formação do caso julgado que certamente constitui ou porta seu objecto. Nesse sentido, deve-se atentar que a norma, ao discorrer sobre o trânsito em julgado, tão somente atribui efeitos jurídicos ao transcurso de certo lapso de tempo, cuja fluência, se isoladamente considerada, nada implicaria sobre a realidade. Para tanto, é suficiente considerar que o tempo flui independente da vontade humana ou legal, mas passada certa medida de tempo após o advento de acto jurisdicional que encerre o processo judicial, a lei institui o efeito preclusivo quanto à interposição de medidas processuais recursais⁶⁶, circunstância que possibilita o advento do caso julgado. Mencionada preclusão temporal, deste modo, liga-se à impossibilidade de questionamento da decisão – que agora se tornou definitiva face o trânsito em julgado -, e, por consequência, impescinde desse outro elemento de formação do caso julgado para existir. Assim, em razão de todo recurso judicial ser a exteriorização de um acto de vontade de sujeito processual que apresenta pretensão contrária à manifestação de órgão jurisdicional, o objecto do caso julgado naturalmente encontrar-se-á nessa manifestação, que passará a submeter a pretensão processual enquanto comando estadual soberano tão logo advenha dita preclusão. Em síntese, o objecto do caso julgado reside em apenas um dos elementos formadores desse instituto, que é a decisão jurisdicional final que encerra o processo⁶⁷.

Essas considerações, a despeito de lógicas e mesmo óbvias, são importantes para fins de exposição argumentativa, pois claramente evidenciam que o objecto do caso julgado não será o acto jurisdicional decisório final em sua literalidade, mas sim o conteúdo desse acto⁶⁸, que lhe constitui o objecto. O valor dessa afirmação tornar-se-á claro quando da análise dos mecanismos de controlo do caso julgado, discorridos no Capítulo 4. Por hora, necessário

⁶⁵ Nesse sentido consultar: SOUSA, Miguel Teixeira de. Op. cit. p. 123-192; MENDES, João de Castro. Op. cit. p. 275; e BAPTISTA, José João. Op. cit., p. 470; embora este último considere o caso julgado um efeito da própria sentença ao invés de uma qualidade que sobre ela incide por força do trânsito em julgado.

⁶⁶ Código de Processo Civil, art. 677.º. A decisão considera-se transitada em julgado logo que não seja susceptível de recurso ordinário ou de reclamação, nos termos dos arts 668.º e 669.º.

⁶⁷ É o que explicita o art. 671.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, ao estabelecer que o atributo da imutabilidade do caso julgado incidirá sobre a decisão acerca da relação material controvertida.

⁶⁸ Consoante elucida SOUSA, “toda a atividade jurisdicional, como função cognoscitiva, tende para uma conclusão decisória” (SOUSA, Miguel Teixeira de. Op. cit. p. 160). Representa, assim, uma resposta às pretensões deduzidas em juízo pelos sujeitos processuais, que por sua vez constituem o objecto do processo, o qual, segundo o citado autor, “(...) é formado pela causa de pedir, que é o elemento de individualização fatural da pretensão processual constante do pedido, e pelo pedido, que é a forma de tutela judicial requerida para a individualização da pretensão processual” (Idid. ibid. p. 137-138).

salientar que tais conclusões encontram fundamento no próprio texto da Constituição da República Portuguesa.

Nesse sentido, suficiente observar dispositivos normativos constitucionais como os arts. 29.º, n.º 6; e 32.º, n.º 2, que se utilizam, respectivamente, das expressões “injustamente condenados” e “sentença de condenação”. Também o art. 283.º, n.º 3, da Constituição, vale-se do período “conteúdo menos favorável ao arguido” ao tratar da ressalva aos casos julgados quando do controlo de constitucionalidade. Todas essas expressões, em especial aquela do art. 32.º, n.º 2, classificam a sentença⁶⁹ em razão de seu conteúdo, de modo a evidenciar distinção entre o acto sentença e o objecto que ele porta. Verifica-se, assim, que o objecto do caso julgado confunde-se com o objecto da sentença, mas não com esse acto processual em si - que apenas será um de seus elementos formadores -, muito menos com o objecto do processo, que lhe é necessariamente anterior⁷⁰.

Daí a razão pela qual outra vez se afirma que estudo sobre o objecto do caso julgado necessariamente transpassa pela análise do objecto da decisão que encerra o processo. Porém, tal como igualmente exposto em passagem anterior, a temática do objecto do caso julgado é extremamente abrangente, a ponto de, inclusive, possibilitar a escrita de tese própria, o que implicaria fuga ao tema ora proposto. Deste modo, por não representar o intuito da presente investigação esgotar a temática do caso julgado, mas tão somente perquirir uma espécie desse instituto, discorrer-se-á acerca da ocasião em que o objecto da decisão que encerre o processo afrente a Constituição.

Nesse contexto, necessário desvendar o que constitui o objecto da decisão processual final, ou seja, se seria formado unicamente pelo conteúdo de seu segmento decisório, ou também pelo segmento que expõe sua fundamentação⁷¹, ou até mesmo se dependeria de circunstância exterior, como a pretensão deduzida em Juízo pelos sujeitos processuais, apesar de eventualmente não total e explicitamente aludida pela manifestação jurisdicional. E, como não poderia deixar de ser, resposta a tal controvérsia também possui como ponto precípua de estudo os ditames da Constituição, documento basilar do ordenamento jurídico, que nela encontra sua validade e a ela deve se subordinar.

⁶⁹ O termo “sentença” deve ser compreendido como qualquer acto processual que encerre o processo judicial como, por exemplo, o acórdão lavrado por tribunal (CPC; art. 713.º).

⁷⁰ Consultar nota n.º 19.

⁷¹ De acordo com o art. 659.º, do Código de Processo Civil, a sentença é composta de um relatório (n.º 1); um segmento destinado à fundamentação, em que o juiz discrimina os factos que considera provados e indica, interpreta e aplica as normas jurídicas correspondentes (n.º 2); e o segmento decisório, em que o órgão de soberania determina como deve ser resolvida a demanda (n.º 2, parte final).

Com efeito, a Constituição da República Portuguesa porta dispositivo que explicita os fundamentos jurídicos da decisão que encerra processo jurisdicional como parte integrante de seu objecto e, conseqüentemente, do objecto do caso julgado. Trata-se do art. 282.º, n.º 3, já citado no Capítulo anterior quando se discorreu sobre o atributo da imutabilidade. Segundo esse comando normativo, protegem-se os casos julgados que digam respeito a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social, contra os efeitos de decisão prolatada pelo Tribunal Constitucional em sede de controlo de constitucionalidade. Como se observa, esse órgão de soberania, ao exercer dita atribuição, em momento algum declarará a inconstitucionalidade de caso julgado, mas sim da norma jurídica em que um dos elementos de formação do instituto, a decisão judicial que encerra o processo, encontra o fundamento para expor a declaração final sobre a pretensão deduzida em juízo. Em síntese, ao proteger o caso julgado dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de norma, a Constituição finda por reconhecer relação de interdependência entre o conteúdo decisório da decisão e sua fundamentação, de modo que não se pode desconsiderar que esta última integra o objecto do caso julgado. Não é por outra razão, aliás, que o art. 205.º, n.º 1, da própria Constituição, exige que “as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei”.

Outrossim, ressalta-se que o art. 282.º, n.º 3, ainda explicita o reconhecimento constitucional a uma das três modalidades de caso julgado inconstitucional⁷², que é o caso julgado cuja fundamentação da decisão que lhe forma afronta a Constituição.

É, porem, na seara da legislação infraconstitucional portuguesa que, assim como os elementos de formação, pode-se precisamente aferir o objecto do caso julgado.

Nesse sentido, sobressai-se um dos primeiros dispositivos do Código de Processo Civil português, inserido no livro I desse diploma, que versa sobre a acção. Trata-se do art. 2.º, n.º 1, que sob a rubrica da garantia de acesso aos tribunais, dispõe que “a protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar”.

⁷² Conforme será exposto no Capítulo 6, existem três manifestações de caso julgado inconstitucional, a saber: a) o caso julgado decorrente de decisão que directa e imediatamente viole a Constituição; b) o caso julgado cujo fundamento seja um lei inconstitucional – implicará sua aplicação; e c) o caso julgado que resulta na recusa de aplicação de norma constitucional sob o fundamento de que ela seria inconstitucional.

Esse comando, ao tratar da tutela jurisdicional⁷³, utiliza-se da expressão caso julgado em uma terceira acepção, ainda não exposta no presente estudo. Ele não menciona o caso julgado com a finalidade de apresentar ou evidenciar seus elementos de formação, como também não se restringe a expor seu objecto, embora o faça de modo diferenciado. Seu intento é discorrer sobre o atributo da imutabilidade, ao expressamente se referir aos efeitos que o caso julgado é capaz de gerar no ambiente social. Lida, conforme expõe a redacção do dispositivo, sobre a “força” desse instituto.

No entanto, o que verdadeiramente interessa para o presente Tópico é a alusão feita à pretensão enquanto seu objecto. O dispositivo claramente enuncia que a força do caso julgado recairá sobre a pretensão levada a juízo. Seus efeitos, portanto, não serão restritos à mera declaração trazida pela sentença em seu segmento decisório. Abrangerão, pois, a pretensão deduzida pelos sujeitos processuais a fim de que o órgão jurisdicional sobre ela decida⁷⁴. Constata-se, assim, que também no âmbito da legislação infraconstitucional portuguesa, o objecto do caso julgado recairá sobre o objecto da decisão que encerra o processo, que na maior parte das vezes, salvo as hipóteses de absolvição de instância, corresponderá ao próprio objecto do processo⁷⁵⁻⁷⁶. Deste modo, quando esta for a circunstância, estar-se-á frente ao que se classifica como caso julgado material⁷⁷. Já se a decisão que encerrar a actividade jurisdicional não versar sobre a pretensão, mas tão somente sobre questão de índole processual, que normalmente provocará a absolvição de instância, terá vez o chamado caso julgado formal⁷⁸.

A atribuição de força do caso julgado sobre a pretensão e sua conseqüente classificação enquanto objecto desse instituto é reforçada pelos artigos 497.º e 498.º, do

⁷³ A tutela jurisdicional referida pelo Código de Processo Civil corresponde à tutela efectiva prevista no art. 20.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa. Nesse sentido, consultar o Capítulo 7.

⁷⁴ Daí porque o art. 661.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, impõe uma adequação da sentença ao pedido, ao estabelecer que “a sentença não pode condenar em quantidade superior ou em objecto diverso do que se pedir”. Orientação ratificada pelo art. 671.º, n.º 1, segundo o qual “transitada em julgado a sentença ou o despacho saneador que decida do mérito da causa, a decisão sobre a relação material controvertida fica a ter força obrigatória dentro do processo e fora dele nos limites fixados pelos artigos 497.º e 498.º, sem prejuízo do disposto nos artigos 771.º a 777.º”.

⁷⁵ Consultar nota n.º 23.

⁷⁶ A sentença que julgue além do pedido padece do vício de nulidade segundo o art. 668.º, n.º 1, e, do Código de Processo Civil, o que apenas corrobora a necessidade de adequação de dito acto decisório ao objecto do processo.

⁷⁷ O conceito de caso julgado material é legalmente previsto pelo art. 671.º, do Código de Processo Civil.

⁷⁸ Sobre o caso julgado formal, consultar a nota n.º 42.

Código de Processo Civil, que discorrem sobre as excepções da litispendência e do caso julgado⁷⁹.

Tal como visto anteriormente, esses dispositivos tratam do objecto do caso julgado, pois versam a respeito dos elementos que permitem identificar a repetição desse instituto. Segundo o comando que revelam, haverá identidade entre casos julgados quando idênticos forem os sujeitos, o pedido e a causa de pedir.

A identidade entre sujeitos condiz aos limites subjetivos do caso julgado, elemento extraprocessual do instituto. Já a identidade entre pedidos e entre causas de pedir surge, respectivamente, quando numa ou noutra causa se pretende obter o mesmo efeito jurídico⁸⁰, e quando a pretensão deduzida nas duas acções procede do mesmo facto, seja este jurídico ou concreto⁸¹. Todos esses elementos, frisa-se, são apresentados ao poder judiciário pelos sujeitos processuais que demandam, razão pela qual, outra não pode ser a conclusão que, se considerados em conjunto, eles constituirão a pretensão⁸².

Nesse contexto, importa considerar a causa de pedir, a qual, conforme se afere da leitura do art. 498.º, n.º 4, é formada pelos factos jurídicos ou factos concretos do qual resulta a pretensão. A consequência é que, por ser a causa de pedir um dos elementos que compõe a pretensão, quando o objecto do caso julgado coincidir com esta⁸³, necessariamente os fundamentos acolhidos pelo órgão jurisdicional em sua decisão que encerre o processo serão abarcados pelo objecto do caso julgado, dada à necessária relação de interdependência entre esses e o comando decisório contido naquele acto jurisdicional⁸⁴, algo já implicitamente preceituado pelo art. 282.º, n.º 3, da Constituição. Afinal, consoante leciona SOUSA,

⁷⁹ Consultar nota n.º 52.

⁸⁰ Código de Processo Civil; Art. 498.º (...); n.º 3 – Há identidade de pedido quando numa e noutra causa se pretende obter o mesmo efeito jurídico.

⁸¹ Código de Processo Civil; Art. 498.º (...); n.º 4 – Há identidade de causa de pedir quando a pretensão deduzida nas duas acções procede do mesmo facto jurídico. Nas acções reais a causa de pedir é o facto jurídico de que deriva o direito real; nas acções constitutivas e de anulação é o facto concreto ou a nulidade específica que se invoca para obter o efeito pretendido.

⁸² A pretensão processual ou objecto do processo é formada pela actividade de todas as partes que interferem no mérito da demanda, sobretudo os sujeitos processuais ativo e passivo. Afinal, não é apenas o autor da acção que exercer este direito, mas também o réu, que através de sua defesa igualmente o exerce e busca tutela jurisdicional. Sobre a construção do objecto do processo por autor e réu, consultar: SOUSA, Miguel Teixeira. **As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa**. Lisboa: Lex. 1995, p. 119-125.

⁸³ Trata-se de hipótese em que se constituirá caso julgado material.

⁸⁴ Não é por outra razão, aliás, que o Código de Processo Civil considera nula a sentença quando não sejam especificados os fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão (art. 668.º; n.º 1, *b*) ou quando os fundamentos estejam em oposição com a decisão (art. 668.º; n.º 1, *c*); pontos a serem especificamente discorridos no Capítulo 4.

(...) a implicação recíproca entre as premissas e a conclusão existe igualmente entre os fundamentos e a decisão – os fundamentos implicam a decisão e a decisão implica os fundamentos -, pois o valor, ou a qualificação, dos fundamentos para o valor, ou qualificação, da decisão para o valor, ou qualificação, dos fundamentos. Deste modo, irreleva, lógica e juridicamente, a inclusão da qualificação jurídica da fundamentação da sentença ou no conteúdo da decisão, pois a qualificação dos fundamentos qualifica a decisão e a qualificação da decisão qualifica os fundamentos, pelo que a reciprocidade entre o elemento considerado – fundamentação ou decisão – e o elemento implicado – decisão ou fundamentação – desmente a participação unilateral da qualificação jurídica num dos componentes da sentença, fundamentos ou conclusão.

Metodologicamente, esta asserção impõe uma concepção integrada do âmbito objetivo do caso julgado material: o caso julgado material recai sobre a decisão e sobre os fundamentos, de fato, e de direito, pois incide sobre a decisão fundamentada⁸⁵.

A conclusão exposta na lição acima transcrita resulta da simples análise do trabalho de subsunção dos factos à norma que é realizado pelos órgãos jurisdicionais⁸⁶, o qual, consoante exemplifica BAPTISTA, ao analisarem a pretensão deduzida em juízo, consideram

(...) não o “usucapião”, mas os factos ou actos concretos que substanciam a posse susceptível de conduzir ao “usucapião”; não o “dolo”, mas os factos concretos que integram este conceito; não a “injúria grave” ou “violação dos deveres conjugais”, mas os actos concretos integrativos destes conceitos; não a “compra e venda”, mas um concreto contrato cujo conteúdo contenha os elementos essenciais deste tipo de contrato etc.⁸⁷

Ideia da qual compartilha REIS, para quem

(...) a causa de pedir nada tem que ver com a qualificação jurídica do facto ou factos submetidos à apreciação do tribunal; a causa de pedir está no facto oferecido pela parte, e não na valoração jurídica que ela entende atribuir-lhe. Essa valoração é simples apreciação ou ponto de vista mental; se a parte ou o tribunal modificar a qualificação ou valoração, nem por isso se dirá que houve mudança na causa de pedir.⁸⁸

Todavia, face a determinação do art. 673.º, do Código de Processo Civil, ainda poderia existir dúvida sobre si os fundamentos da decisão que encerrasse o processo integrariam o objecto do caso julgado. Isso porque, segundo a redacção desse comando de aparente índole

⁸⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de. Op. cit. p. 189.

⁸⁶ De acordo com SOUSA, “(...) o silogismo judiciário pode ser reduzido a um raciocínio linear em que um facto concreto (FTs) subsumido a um facto-típico (FTa) implica uma consequência jurídica (Cs) (...)”. (Id. Ibid. p. 127).

⁸⁷ BAPTISTA, José João. Op. cit., p. 282.

⁸⁸ REIS, Alberto dos. Op. cit. p. 127.

restritiva, “a sentença constitui caso julgado nos precisos limites e termos em que julga: se a parte decaiu por não estar verificada uma condição, por não ter decorrido um prazo ou por não ter sido praticado determinado facto, a sentença não obsta a que o pedido se renove quando a condição se verifique, o prazo se preencha ou facto se pratique”. Com efeito, leitura do segmento inicial desse dispositivo poderia, a princípio, sugerir a limitação dos efeitos do caso julgado ao segmento decisório da decisão que encerra o processo. Todavia, devida interpretação não pode ser realizada sem a observância dos ditames constitucionais (CRP; art. 282.º, n.º 3), bem como do já aludido art. 2.º, n.º 1, do próprio Código de Processo Civil. Como consequência, os limites e termos referidos pelo art. 673.º corresponderão à tutela jurisdicional da pretensão deduzida em juízo, mediante a resposta que lhe foi dada pelo órgão de soberania judicial à causa de pedir que lhe foi apresentada. O art. 673.º, pois, não exclui a pretensão – e consequentemente seus fundamentos - dos limites do caso julgado, mas sim a reforça enquanto seu objecto. É, em verdade, uma regra protectiva, vez que coíbe ampliação indevida do objecto do caso julgado para além da pretensão deduzida em juízo, para assim garantir a segurança jurídica não apenas de quem foi parte na demanda, mas também de quem dela não participou.

Contudo, a despeito de os fundamentos da decisão que encerra o processo integrarem o objecto do caso julgado, não se pode afirmar que sobre si plenamente incidirá o atributo da imutabilidade, pois os fundamentos jurídicos da decisão nada mais são do que a classificação jurídica atribuída pelo órgão de soberania aos fundamentos fáticos da demanda. É o que igualmente sintetiza REIS, ao expor que

(...) o caso julgado só se forma, em princípio, sobre a decisão contida na sentença. O que adquire força e autoridade de caso julgado é a posição tomada pelo juiz quanto aos bens ou direitos (materiais) litigados pelas partes e à concessão ou denegação da tutela jurisdicional para esses bens ou direitos. Não a motivação da sentença: as razões que determinaram o juiz, as soluções por ele dadas aos vários problemas que teve de resolver para chegar àquela conclusão final (pontos ou questões prejudiciais). Mas este princípio comporta restrições porventura de grande transcendência. Nem exclui que se possa e deva recorrer à parte motivatória da sentença para interpretar a decisão (para reconstituir e fixar o seu verdadeiro conteúdo). Neste sentido é comunis opinio.⁸⁹

⁸⁹ REIS, Alberto dos. Op. cit. p. 139-140.

Semelhante constatação é reforçada pelos ditames do art. 96.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, segundo o qual “a decisão das questões e incidentes suscitados não constitui, porém, caso julgado fora do processo respectivo, excepto se alguma das partes requerer o julgamento com essa amplitude e o tribunal for competente do ponto de vista internacional e em razão da matéria e da hierarquia”.

Todavia, fugiria à temática ora investigada perquirir a extensão do âmbito de incidência do atributo da imutabilidade sobre os fundamentos da decisão que encerra o processo. É suficiente apenas aferir que ditos fundamentos, mesmo quando não atingidos pelo atributo da imutabilidade, integram o objecto do caso julgado face o papel que possuem na tarefa de subsunção entre facto e norma realizada pelo órgão jurisdicional ao decidir uma demanda. Daí porque, conclui-se, o caso julgado no ordenamento jurídico português terá como objecto aquele correspondente ao objecto da decisão que encerra o processo, o qual, face a qualificação outorgada pelo advento do próprio instituto do caso julgado, passará a deter a força obrigatória garantida pelo art. 205, n.º 1, da Constituição, ou seja, tornar-se-á coercitivo como a lei, embora não detenha a mesma natureza de comando abstracto⁹⁰ por ser direccionado a sujeitos específicos⁹¹.

Importa à presente investigação, portanto, tratar das circunstâncias em que o comando expresso pelo caso julgado afronte a Constituição, seja porque se fundamenta em norma inconstitucional, seja porque diretamente confronta o texto constitucional, ou ainda porque que recuse a aplicação de uma norma constitucional sob o fundamento de inconstitucionalidade.

3.2. O objecto do caso julgado no ordenamento jurídico brasileiro.

À semelhança do que ocorre no ordenamento jurídico português, a Constituição Brasileira não é explícita no que se reporta ao objecto do caso julgado, instituto que, como visto, trata sob a denominação de coisa julgada. Limita-se, tão somente, a revelar o atributo geral da imutabilidade que recai sobre ele, bem como seus elementos de formação, estes já

⁹⁰ Nesse sentido, consultar: NETO, Abílio. **Código de Processo Civil Anotado**. Lisboa: Ediforum. 20ª ed.. 2008, p. 950.

⁹¹ A decisão judicial final não detém a natureza de norma jurídica em razão de seus efeitos serem obrigatórios tão somente dentro dos limites subjectivos do caso julgado, ou seja, por não atingir os indivíduos abstractamente, à medida em que suas condutas forem subsumíveis ao preceito. A decisão judicial, pois, realiza o direito em situação concreta.

identificados como a decisão que encerra o processo e o pertinente marco temporal a que se denomina trânsito em julgado⁹².

É, porém, no âmbito desses elementos de formação que se encontra o objecto da coisa julgada brasileira. Isso porque, por razões semelhantes às discorridas no Tópico 3.1, enquanto o trânsito em julgado é uma circunstância processual que resulta do fluxo de prazo para interposição de recurso contra decisão que encerra o processo, é justamente o efeito preclusivo para a apresentação dessa pretensão que possibilita reconhecer o objecto do instituto. Afinal, ao se observar que a preclusão incidirá sobre a possibilidade de manifestação contrária à decisão que encerrou o processo, evidencia-se que o objecto da coisa julgada no Brasil também se confunde com o objecto da sentença, ou seja, com a resposta fornecida pelo poder jurisdicional ao pleito que lhe foi formulado⁹³.

Nesse sentido, suficiente verificar, a título exemplificativo, a redacção do art. 5.º, LVII, da Constituição Brasileira, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Neste dispositivo, responsável pelo estabelecimento de garantia criminal⁹⁴, afere-se em simples leitura que fenómeno do trânsito em julgado incidirá sobre a sentença condenatória. Ou seja, o efeito obrigatório da decisão do tribunal que considerou alguém culpado de determinada conduta criminosa apenas ocorrerá após o trânsito em julgado, o que expõe, tal como ocorre no direito português, que o objecto da sentença somente produzirá efeitos obrigatórios após o trânsito em julgado⁹⁵. Em síntese, é a coisa julgada que, no exemplo escolhido, gera a culpa sobre o arguido, pois seu objecto confunde-se com o objecto de um de seus elementos de formação, que é a decisão final de um processo.

As considerações expostas no parágrafo anterior, todavia, não se restringem à seara do direito criminal. A Constituição Brasileira alberga vários outros dispositivos que identificam o objecto da coisa julgada com o objecto da decisão que encerra o processo noutros subsistemas do ordenamento jurídico como o direito administrativo e o direito civil. Com efeito, seu art. 41, §1.º, I, estabelece que o servidor público estável perderá o cargo por força de decisão judicial transitada em julgado, enquanto o art. 100, §1.º, já na seara cível, ao dispor sobre o

⁹² Consultar Tópico 2.2.1.

⁹³ Em sentido semelhante, ao considerar que a coisa julgada possui como objecto a prestação jurisdicional do Estado que se realiza com a resposta a um conflito de interesses, consultar: MACHADO, Daniel Carneiro. Op. cit., p. 75.

⁹⁴ O art. 5.º, da Constituição da República Federativa do Brasil, enuncia o rol de direitos e deveres individuais e colectivos e se encontra no Título II, cuja rubrica é “dos direitos e garantias fundamentais”.

⁹⁵ Nesse sentido, consultar: MACHADO, Daniel Carneiro. Op. cit., p. 52.

pagamento de obrigações pelo Estados advindas de decisão judicial, exige que a condenação manifestada por estes actos jurisdicionais já haja transitado em julgado.

Entretanto, assim como sucede em relação à definição exposta sobre coisa julgada no Capítulo anterior, é apenas no âmbito das normas infraconstitucionais que o objecto desse instituto torna-se completamente evidente.

Com efeito, disposto no Título VIII, do Código de Processo Civil brasileiro, em Capítulo que também trata da sentença, o já aludido art. 467, desse diploma normativo, denomina “(...) coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Nesta definição restrita a uma modalidade de coisa julgada - a material -, o preceito legal, a despeito de possuir como objectivo principal expor o atributo da imutabilidade que deve incidir sobre o instituto por força de imperativo constitucional⁹⁶, também finda por delimitar seu objecto, ao considerá-lo como a eficácia da sentença, conforme assim foi explicitado no Tópico anterior. Contudo, apenas após a leitura de três outros dispositivos seguintes é que essa ideia e a extensão do termo eficácia tornam-se plenamente compreensíveis.

Nesse sentido, o primeiro dispositivo seria o art. 468, que permite compreender a extensão do termo “eficácia”, ao estabelecer que “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide das questões decididas”. Como se observa, esse comando normativo explicitamente restringe o âmbito de incidência do atributo da imutabilidade da coisa julgada, vez que, na medida em que concede força de lei à sentença, assim o faz para circunscrever tal efeito apenas aos “limites da lide das questões decididas”. Não é, portanto, todo o conteúdo da decisão que encerra o processo que será alcançado pelo atributo da imutabilidade, mas tão somente seu pertinente segmento decisório da lide⁹⁷, a que o Código de Processo Civil brasileiro identifica como de eficácia da sentença e que, após o trânsito em julgado, necessariamente transmutar-se-á em eficácia da coisa julgada⁹⁸.

Já outro dispositivo que explicitamente restringe o âmbito de incidência do atributo da imutabilidade e finda por reforçar a conclusão exposta no parágrafo anterior sobre o alcance do comando trazido pelo art. 468 é o preceito que lhe sucede, o art. 469. Segundo este, não

⁹⁶ A despeito de o Código de Processo Civil haver entrado em vigor no ano de 1974 e, por consequência, ser anterior à Constituição de 1988, já na Constituição de 1969 existia dispositivo de igual natureza (CF 1969; art.152, §3.º).

⁹⁷ Nesse sentido, consultar: BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; e OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 486.

⁹⁸ Afinal, conforme exposto no Capítulo 2, a decisão judicial somente adquirirá o atributo da obrigatoriedade após o trânsito em julgado, ocasião a partir da qual não mais poderá ser rediscutida a pretensão deduzida em juízo.

fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; a verdade dos factos, estabelecida como fundamento da sentença; e a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo. Verifica-se, pois, que o art. 469 faz incidir sobre a parte dispositiva da sentença⁹⁹ a força de lei a que se reporta o art. 468, em interpretação quase que autêntica deste último comando¹⁰⁰.

Por fim, em harmonia com seus dois predecessores, o art. 470 também complementa a elucidação do termo “eficácia” trazido pelo art. 467, para indiretamente reiterar que o atributo da imutabilidade da coisa julgada somente incidirá sobre os “limites da lide das questões decididas” pela decisão que encerra o processo. Isso porque, ao afirmar que “faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (artigos 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto, necessário para o julgamento da lide”, o comando normativo ratifica a regra geral do direito processual brasileiro de que, a menos que a parte, à semelhança do direito português¹⁰¹, intente a acção declaratória incidental prevista no art. 5.º, do Código de Processo Civil¹⁰², os fundamentos da decisão que encerra o processo não transitarão em julgado, aí incluídas as questões que devam ser decididas pelo juiz como pressuposto para julgamento da lide.

Tais dispositivos, porém, devem ser lidos com cautela, de modo que outros elementos da sentença, como os fundamentos, não se tornem irrelevantes para a caracterização do objecto da coisa julgada.

Isso porque, conforme visto no Capítulo anterior, não obstante a exposta restrição do âmbito de incidência do atributo da imutabilidade da coisa julgada à parte dispositiva da decisão que encerre o processo, o próprio Código de Processo Civil brasileiro reconhece a influência dos fundamentos jurídicos da decisão sobre seu segmento dispositivo e, conseqüentemente, sobre sua eficácia. Em verdade, aparenta estabelecer uma tênue distinção entre os fundamentos jurídicos apresentados na decisão terminativa do processo e os fundamentos jurídicos da demanda que foi objecto de tutela jurisdicional. Com efeito, já se mencionou que o art. 301, §§1.º e 3.º, ao tratar da coisa julgada enquanto excepção dilatória,

⁹⁹ O art. 458, do Código de Processo Civil brasileiro, determina que a sentença seja composta de três partes - relatório, fundamentos e dispositivo -, sendo que, de acordo com seu inciso III, é somente na parte dispositiva da sentença que o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeteram.

¹⁰⁰ Nesse sentido, consultar: BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; e OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 487-488.

¹⁰¹ Art. 96.º, n.º 2, do Código de Processo Civil português.

¹⁰² Art. 5.º. Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença.

apresenta como elementos de identificação de eventual duplicidade desse instituto a repetição de acção que já foi decidida por sentença contra a qual não caiba recurso. Finda, em resumo, por reconhecer o trabalho de subsunção realizado pelo órgão jurisdicional sobre o objecto do processo e a conseqüente relação de interdependência entre os fundamentos da decisão e seu conteúdo decisório, à semelhança do que foi explicado acerca do direito português no Tópico 3.1.

Nesse sentido, acrescenta-se, ainda há o §1.º, do art. 475-L; e o parágrafo único, do art. 741, que expressamente enunciam ser inexigível o título judicial fundado em lei ou acto normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou acto normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição. Como se constata, esses comandos mitigam a eficácia preclusiva da coisa julgada, pois permitem que o órgão jurisdicional, ou mesmo um órgão administrativo, haja de forma contrária ao conteúdo da parte dispositiva da decisão que encerrou o processo, que não mais poderá ser alvo de execução ou cumprimento. Retiram-lhe, assim, a força de lei que deveria possuir por determinação do art. 468. Daí porque outra não pode ser a conclusão senão a de que os fundamentos jurídicos da demanda integram o objecto da coisa julgada, mesmo que não sejam alvo da plenitude da incidência do atributo da imutabilidade. Afinal, se o contrário fosse e no direito brasileiro vigorasse a regra intangível de apenas a parte dispositiva da decisão que encerrasse o processo transitar em julgado, não haveria relevância se a decisão fosse fundamentada em norma inconstitucional¹⁰³. Tais comandos, ressalta-se, claramente inserem os fundamentos jurídicos da demanda no âmbito de constituição do objecto da coisa julgada, pois reconhecem a relação de interdependência que eles possuem com a parte dispositiva da decisão que encerra o processo.

Conclui-se, deste modo, que o caso julgado no ordenamento jurídico brasileiro, à semelhança do português, terá como objecto aquele correspondente ao objecto da decisão que encerra o processo, o qual, por sua vez, face a tarefa de subsunção dos factos à norma que é realizada pelos órgãos jurisdicionais, será composto por seus fundamentos jurídicos e parte dispositiva, embora sobre os primeiros não incida o atributo da imutabilidade que é outorgado ao instituto pela Constituição.

¹⁰³ Isso porque, sendo a sentença “a lei do caso concreto”, importa apenas averiguar se o comando que ela expressa afronta a Constituição, independente de seus fundamentos.

4. O caso julgado ilegal.

Importante marco para a distinção conceitual entre o instituto do caso julgado e seu objecto é revelado por mecanismos de controlo expressamente estabelecidos pelos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

Tais mecanismos, como será exposto adiante, também reforçam o discurso desenvolvido no Capítulo 2 deste estudo, no sentido de que o caso julgado não porta natureza absoluta, pois poderá ser desconstituído em dadas ocasiões. A conseqüência directa dessa constatação é que o atributo da imutabilidade igualmente poderá ser relativizado, o que também implica a adequação do princípio da segurança jurídica, uma das funções precípua que incumbe aos tribunais¹⁰⁴.

Por outro lado, verifica-se que os mecanismos de controlo firmados pelo ordenamento jurídico indiretamente findam por reconhecer a existência de uma modalidade de caso julgado ainda aqui não examinada, que seria o caso julgado cujo objecto viole o direito, o caso julgado ilegal¹⁰⁵.

O controlo dessa última modalidade de caso julgado, por sua vez, em especial as circunstâncias em que poderá ocorrer, são fundamentais para a análise do objecto do presente estudo, pois o caso julgado inconstitucional, se compreendido em sentido amplo, nada mais representa do que uma espécie de caso julgado ilegal, qual seja, aquele cujo objecto viola uma norma jurídica vigente, a norma de natureza constitucional.

4.1. O caso julgado ilegal no ordenamento jurídico português.

A exemplo da metodologia adoptada nos Tópicos anteriores, a análise do caso julgado ilegal no ordenamento jurídico português possui como ponto inicial a Constituição, cujo art. 29.º, n.º 6, expressamente estabelece hipótese de controlo dessa espécie de manifestação do instituto caso julgado. Com efeito, ao firmar garantia de índole processual penal, referido comando constitucional determina que “os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos”. A abrangência do significado de injustiça trazido pelo dispositivo reporta-se à errónea

¹⁰⁴ Sobre o princípio da segurança jurídico, consultar Capítulo 7.

¹⁰⁵ Nesse sentido, consultar: OTERO, Paulo. Op. cit. p. 53-62.

subsunção que órgão jurisdicional realiza do facto à norma penal, ou mesmo à eventual condenação viciada por erro processual.

Nesse contexto, interessa observar que, exceptuando-se a genérica previsão do art. 282.º, n.º 3, a qual, conforme exposto no Tópico 2.1.1, refere-se ao caso julgado inconstitucional - independente da natureza de seu objecto ser cível ou criminal -, não se encontra na Constituição da República Portuguesa nenhuma referência específica à possibilidade de controlo do caso julgado ilegal cujo objecto detenha natureza não criminal. Todavia, a legislação infraconstitucional de Portugal expressamente admite a respectiva possibilidade de controlo dessa modalidade do instituto, sem que tal previsão seja considerada como indevida restrição ao princípio geral da imutabilidade que a Constituição faz incidir sobre o caso julgado¹⁰⁶. Como então conciliar esta aparente antinomia entre normas de diferentes patamares hierárquicos?

A resposta a essa indagação parece ser trazida pelo artigo 771.º, do Código de Processo Civil¹⁰⁷⁻¹⁰⁸, que versa sobre o recurso extraordinário de revisão. Segundo enuncia a redacção desse dispositivo, referida medida somente terá oportunidade quando a decisão transitada em julgado for afectada por algum dos seguintes vícios:

- a) quando outra sentença transitada em julgado tenha dado como provado que a decisão resulta de crime praticado pelo juiz no exercício das suas funções;
- b) quando se verifique a falsidade de documento ou acto judicial, de depoimento ou das declarações de peritos ou árbitros, que possam, em qualquer dos casos, ter determinado a decisão a rever, não tendo a matéria sido objecto de discussão no processo em que foi proferida;
- c) quando se apresente documento de que a parte não tivesse conhecimento, ou de que não tivesse podido fazer uso, no processo em que foi proferida a decisão a rever e que, por si só, seja suficiente para modificar a decisão em sentido mais favorável à parte vencida;
- d) quando se verifique nulidade ou anulabilidade de confissão, desistência ou transacção em que a decisão se fundou;

¹⁰⁶ Sobre a inexistência de princípios de natureza absoluta, consultar o Capítulo 8.

¹⁰⁷ Art. 771.º . A decisão transitada em julgado só pode ser objecto de revisão quando: (...).

¹⁰⁸ Outra hipótese de controlo infraconstitucional do caso julgado era o recurso de terceiro prejudicado previsto pelos arts. 778.º a 782.º, do Código de Processo Civil, o qual, todavia, foi revogado.

- e) quando tendo ocorrido a acção e a execução à revelia, por falta absoluta de intervenção do réu, se mostre que faltou a citação ou que é nula a citação feita;
- f) quando seja inconciliável com decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português;
- g) quando o litígio assente sobre acto simulado das partes e o tribunal não tenha feito uso do poder que lhe confere o artigo 665.º, por se não ter apercebido da fraude.

Nota-se, pois, que o objecto do recurso extraordinário de revisão não é o instituto do caso julgado em si, mas um de seus elementos de formação, qual seja, a decisão final prolatada em processo judicial. E, conforme restrição estabelecida pelo próprio comando do art. 771.º, não se permite a revisão de qualquer decisão judicial após o advento do trânsito em julgado, mas apenas daquela atingida pelos vícios que enuncia, vícios estes que, por sua vez, não são do conteúdo da decisão, mas, como se verá, do exercício da função jurisdicional.

É essa última distinção que se torna fundamental para a constatação da constitucionalidade do recurso de revisão do caso julgado ilegal e, conseqüentemente, de sua admissibilidade no ordenamento jurídico português. Afinal, se seu objecto fosse o conteúdo da decisão judicial final transitada em julgado, esta já estaria abrigada sob o manto protector do atributo da imutabilidade do caso julgado, cujo objecto, conforme visto, confunde-se com o objecto da decisão judicial, que é o seu conteúdo¹⁰⁹. Conclusão diversa irremediavelmente atentaria contra a correcta exegese do texto constitucional, pois, consoante visto, a interpretação de seus preceitos deve ser efectuada da forma que maior eficácia lhes dê¹¹⁰. Deste modo, quando a Constituição dispõe sobre o caso julgado enquanto instrumento de garantia à segurança jurídica, a menos que ela própria expressamente estabeleça excepção, é a preservação desta condição de intangibilidade que deve prevalecer¹¹¹. Daí porque, ao discorrer sobre o recurso em análise, REIS afirma que a

(...) revisão apresenta, à primeira vista, o aspecto duma aberração judicial: o aspecto de atentado contra a autoridade do caso julgado. Há uma sentença transitada em julgado, cercada, portanto, da força, do prestígio e do respeito que merecem as decisões que atingem tal grau de segurança. Como se compreende, então, que seja lícito pôr novamente em causa a exactidão

¹⁰⁹ Consultar Capítulo 3.

¹¹⁰ Consultar nota n.º 8.

¹¹¹ Consultar Capítulo 8.

dessa sentença? Como se justifica que seja admitida a impugnar esse acto jurisdicional uma pessoa para quem ele constitua caso julgado?¹¹²

Nesse contexto, necessário compreender que a sentença não apenas representa um acto jurídico¹¹³, mas também, consoante leciona MENDES, “(...) é um acto de soberania”¹¹⁴, pois traduz a manifestação de órgão de soberania investido de poder jurisdicional (CRP; art. 202.º, n.º 1). Pode ser analisada, portanto, sob dois enfoques, o que também serve para estabelecer distinção entre as espécies de vícios que sobre ela podem incidir. Aliás, é o que o próprio Código de Processo Civil português reconhece ao enunciar as circunstâncias que viciam a decisão judicial em dispositivos distintos e que acarretam, por sua vez, conseqüências igualmente diferenciadas. Tratam-se, pois, dos arts. 668.º e 771.º, cujos comandos versam, respectivamente, sobre as hipóteses de vício do acto jurídico sentença e do acto de soberania expressado por tal decisão após o trânsito em julgado.

No que se reporta ao enfoque da decisão judicial final enquanto acto de soberania e que, conforme exposto, em dadas circunstâncias, pode constituir o objecto do recurso de revisão previsto pelo art. 771.º, importa aludir à ideia de tutela jurisdicional trazida pelo art. 20.º, n.º 1, da Constituição, a qual possui a natureza de direito fundamental¹¹⁵. De acordo com este comando, “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”, o que também inclui a garantia de produção dos necessários meios de prova¹¹⁶. E, como igualmente assegura o n.º 5, do mesmo artigo, tal tutela deverá ser prestada de forma a ser efectiva, o que assim ocorre em razão da obrigação imposta ao legislador por esse dispositivo constitucional de que a lei assegure “(...) procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter a tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”. Esta garantia de busca pela efectividade é, ademais, reforçada pelo art. 202.º, n.º 2, que ao dispor sobre a administração da justiça pelos tribunais, determina que estes órgãos ajam para “(...) assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da

¹¹² REIS, Alberto dos. **Código de Processo Civil Anotado**. Vol VI. Coimbra: Coimbra Editora. Reimpressão. 1985, p. 335.

¹¹³ Nesse sentido, consultar: MENDES, João de Castro. Op. cit. p. 301.

¹¹⁴ MENDES, João de Castro. Op. cit. p. 311

¹¹⁵ A garantia de tutela jurisdicional prevista no art. 20.º está inserida no Título I, dos princípios gerais, da Parte I, destinada aos direitos e deveres fundamentais, da Constituição da República Portuguesa.

¹¹⁶ O Código de Processo Civil regulamenta os meios de prova do art. 513.º ao art. 645.º.

legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados”. Por fim, cita-se o art. 204.º, segundo o qual, “nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”.

O enfoque da decisão judicial final enquanto acto de soberania também pode ser encontrado no âmbito da legislação infraconstitucional, em que o Código de Processo Civil, através de seu art. 2.º, n.º 2, determina que “a todo o direito, excepto quando a lei determine o contrário, corresponde a acção adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercitivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da acção”. E isso é reforçado pelos arts. 3.º e 3.º- A, que garantem a contradição e a igualdade das partes. Deste modo, “o tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição” (art. 3.º, n.º 1), bem como “o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório (...)” (art. 3.º, n.º 3), além de igualmente “(...) assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação das cominações ou de sanções processuais” (art. 3.º - A).

Do exposto, vê-se que a tutela jurisdicional no ordenamento jurídico português corresponde a direito fundamental do cidadão, que se materializa pelo livre acesso aos tribunais para a defesa da pretensão, de forma que os direitos e interesses deduzidos em juízo recebam efectivo amparo ou tutela. Para tanto, torna-se imprescindível que o processo, mecanismo posto à disposição dos cidadãos para o desenvolvimento deste diálogo judicial com e por intermédio do Estado, possibilite a paridade no uso das armas e, conseqüentemente, a adequada exposição do discurso forense sem a existência de barreiras económicas ou sociais capazes de coibir as actuações do jurisdicionado e do órgão julgador.

Daí porque, frisa-se, a decisão judicial final, quando observada sob o enfoque de acto de soberania, deve ser analisada como o último elemento formador de outro acto complexo, que é a tutela jurisdicional ou tutela efectiva¹¹⁷. E é neste sentido que igualmente devem ser estudados os vícios a que se reporta o art. 771.º, do Código de Processo Civil, os quais, por conseguinte, são vícios que maculam esse acto de soberania sintetizado após o trânsito em julgado da decisão que encerrou o processo. Não é com outro intuito, aliás, que REIS, ao discorrer sobre respectiva espécie de recurso extraordinário, explicita

¹¹⁷ Sobre a tutela efectiva enquanto princípio constitucional, consultar o Capítulo 7.

(...) que a revisão tem por origem uma anomalia de extrema gravidade. No processo em que foi proferida a sentença a rever ocorreu vício que comprometeu a sinceridade ou inteireza da decisão. A revisão destina-se a expurgar o processo desse vício e, conseqüentemente, a preparar uma nova sentença emitida em condições regulares.¹¹⁸

Note-se que o vício que enseja a revisão, consoante elucida o citado autor na passagem transcrita, incide sobre o processo, ou seja, sobre o instrumento de prestação da tutela jurisdicional, mas com gravidade suficiente para comprometê-la. Enfim, são vícios que, ora por impossibilitar o real exercício do direito de defesa de um ou mais sujeitos processuais, ora por afastar a correcta análise do Poder Judiciário a respeito dos factos que fundamentam a pretensão processual¹¹⁹, implicam inevitável e inadmissível falha ao exercício da função jurisdicional do Estado.

Com efeito, ao se analisar as hipóteses descritas nas alíneas do art. 771.º, percebe-se que nenhuma delas se reporta a vício intrínseco ao processo judicial e, em especial, ao acto decisório que o encerra. Referem-se, na verdade, a fator externo, impossível de ser descoberto mediante averiguação unicamente circunscrita ao âmbito desses elementos. Imprescindível, portanto, que correlatos vícios sejam aferidos pelo Poder Judiciário mediante a análise de circunstâncias estranhas à demanda originária que se crê viciosamente tutelada. Daí porque, ressalta-se, o recurso de revisão possui natureza de acção¹²⁰, pois seu objecto, na verdade, corresponde a uma nova pretensão deduzida em juízo para sanar vício que impediu o devido exercício da função jurisdicional pelo Estado, o qual, por conseqüência, assim violou a garantia de índole constitucional quanto à efectiva tutela da pretensão processual deduzida em juízo.

Em razão de minuciosa análise das alíneas do art. 771.º escapar ao objectivo do presente estudo, apenas se discorrerá sobre algumas delas, pois interessa ao discurso apenas a

¹¹⁸ REIS, Alberto dos. Op. cit. p. 339.

¹¹⁹ Sobre a pretensão processual e sua identidade com o objecto de processo, consultar nota 19.

¹²⁰ Se devidamente analisado o procedimento previsto pelos arts. 772.º a 776.º, a despeito da nomenclatura legal que recebe, o recurso de revisão pode ser tido como uma acção, pois se inicia com um requerimento semelhante a uma petição inicial (art. 773.º), notificando-se o recorrido pessoalmente para respondê-lo (art. 774.º), podendo, inclusive, haver instrução (art. 775.º) antes do pertinente julgamento.

natureza que os vícios ali enunciados portam. Nesse sentido, adequada é a classificação elaborada por REIS, que os reúnem nas seguintes quatro ordens¹²¹:

- a) vícios fundados em mácula processual;
- b) vícios fundados na actuação dolosa do juiz;
- c) vícios fundados na falsidade de provas ou actos judiciais;
- d) vícios fundados na superveniência de elementos decisivos.

Os vícios fundados em mácula processual actualmente correspondem aos descritos na alínea *e*. Este dispositivo talvez denuncie o mais relevante de todos, pois se reporta à acção judicial julgada à revelia do réu por falta absoluta de citação ou nulidade desta. Almeja coibir, assim, a actuação ilegítima dos tribunais, de modo a impedir que a vontade destes órgãos de soberania prevaleça contra cidadão que não integrou a relação processual que lhe afectará, em evidente conduta arbitrária, antagónica ao Estado de Direito Democrático baseado na soberania popular que foi instituído pela Constituição Portuguesa através de seu art. 2.º e reforçado, dentre outros, pelos já analisados arts. 20.º, 202.º e 204.º, além de reiterado a nível infraconstitucional pelos também aludidos arts. 2.º, 3.º e 3.º-A, do Código de Processo Civil. A alínea *e* trata, enfim, de espécie particularmente gravosa de revelia, que retira a legitimidade da prestação jurisdicional ao impossibilitar o exercício de defesa¹²². Daí porque elucida REIS, ao discorrer que

Revelia, para os efeitos do n.º 6, do art. 771.º, significa falta absoluta de intervenção, por si ou por meio de representante, no processo em que foi proferida a sentença a rever.

Estamos, por isso, muito longe, quer da revelia que se traduz na simples falta de contestação, quer da revelia a que alude o art. 668.º combinado com a 2.ª alínea do art. 255.º; esta espécie é comum ao autor e ao réu; aquela é privativa do réu; mas uma e outra diferem da revelia que o n.º 6.º do art. 771.º tem em vista.

(...)

¹²¹ Muito embora a classificação de REIS haja sido realizada anteriormente às alterações procedidas ao art. 771.º, do Código de Processo Civil, pelo Decreto Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto, ela ainda permanece actual. Acerca dessa classificação, consultar: REIS, Alberto dos. Op. cit. p. 339.

¹²² Como alegoria ao sentido de revelia a que se refere o art. 771.º, *e*, do Código de Processo Civil português, pode-se mencionar o drama vivido pela personagem fictícia do escritor checo Franz Kafka, de nome Josef K, que na obra *O Processo*, em dado momento descobre-se réu de um processo do qual desconhece o objecto e nele não pode interferir.

Suponhamos agora que o réu não foi citado. Então a revelia tem carácter grave; inquina o processo de que emanou a sentença de vício ou defeito insuperável: falta de contraditório.

(...) quando a citação é defeituosa, quando nela não se observaram todas as formalidades legais, não pode afirmar-se com segurança que se o réu não se defendeu, foi porque não quis.¹²³

Já os vícios fundados em actuação dolosa do juiz correspondem aos descritos na actual alínea *a*, do art. 771.º. Condizem, pois, com a violação intencional dos deveres funcionais por parte do órgão julgador¹²⁴, o que chega a ser auto-explicativo. Afinal, a quebra da imparcialidade mina o fundamento maior da função jurisdicional, que é a aplicação do direito ao caso concreto¹²⁵. Quando o juiz actua com dolo, irrelevante será o esforço do sujeito processual de persuadi-lo em defesa de sua pretensão pelo uso dos instrumentos de processo que lhe são disponibilizados pelo ordenamento. Estará, pois, à mercê do arbítrio e, portanto, fadado ao fracasso pela invencível intenção do órgão julgador de não conceder a correcta tutela à pretensão processual que lhe foi deduzida.

Por fim, os vícios fundados na falsidade de provas ou actos judiciais e aqueles fundados na superveniência de elementos decisivos, previstos, respectivamente, nas actuais alíneas *b*, *d* e *g*; e *c*, do art. 771.º, possuem semelhança com a consequência advinda do vício referido no parágrafo anterior, ao menos quanto ao aspecto de que a correcta tutela da pretensão processual deduzida em juízo resta impossibilitada. Afinal, ambas descrevem circunstâncias em que o órgão de soberania judicial não aprecia factos verdadeiros, seja porque estes, na primeira hipótese, reportam-se a elementos fácticos falsos ou nulos, seja porque, na última hipótese, relaciona-se à omissão de elemento fáctico fundamental, mas até então desconhecido ou intangível.

Há, todavia, uma quinta ordem de vícios não analisada por REIS, a qual foi inserida pela alteração produzida pelo Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto. Este dispositivo normativo promoveu diversas modificações na redacção originária do art. 771.º, dentre elas, a substituição da redacção da alínea *f*, para que esta, ao invés de expressar “quando seja contrária a outra que constitua caso julgado para as partes, formado anteriormente”, passasse a conter o seguinte texto: “seja inconciliável com decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português”.

¹²³ REIS, Alberto dos. Op. cit. p. 363-364.

¹²⁴ Atente-se, tão somente, que a circunstância expressa na alínea *a* não se refere ao erro de julgamento, o qual, caso não questionado, convalescerá.

¹²⁵ Sobre o fundamental papel dos intérpretes para a realização do direito, consultar o Capítulo 7.

Com efeito, o referido autor havia inserido a antiga redacção da alínea *f*, do art. 771.º, na ordem dos vícios fundados na superveniência de elementos decisivos. Porém, ele próprio reconhecia que, tão somente pela contrariedade de anterior caso julgado, “(...) não se pode dizer que o processo esteja inquinado de vício. O que então acontece é que surgiram ou se descobriram elementos novos que impõe decisão diversa da que foi proferida”¹²⁶⁻¹²⁷. Esta observação, aparentemente reveladora de falha de sua teoria acerca da natureza dos fundamentos que ensejam o recurso de revisão, em verdade demonstra incorrecção do próprio sistema normativo, a qual foi solucionada pela edição do mencionado Decreto-Lei n.º 303/2007.

Para tanto, necessário observar que, conforme exposto no Capítulo 2, o art. 675.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, admite a existência de um segundo caso julgado sobre mesma pretensão, apenas restringindo seus efeitos, para que assim prevaleça o primeiro comando judicial. A clareza deste último dispositivo findava por retirar a utilidade da antiga alínea *f*, do art. 771.º, pois podia ser aplicado imediatamente enquanto direito garantido ao cidadão, independente do transcurso do prazo para interposição da revisão previsto pelo art. 772.º. Aliás, é o que esclarece NETO, ao expor que

(...) a anterior al. *f*), que permitia a revisão da decisão transitada em julgado quando fosse “contrária a outra que constitua caso julgado para as partes, formado anteriormente”, foi suprimida, ao que se crê por inutilidade, face à regra fixada no art. 675.º, relativa aos casos julgados contraditórios.¹²⁸

Diz-se que a alteração da redacção da alínea *f* deu ensejo a uma quinta ordem de vício à tutela jurisdicional, pois o novo texto legal, consoante igualmente esclarece NETO, “(...) visou adequar o regime de revisão quer à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, quer às normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte”¹²⁹. Reconheceu, assim, que a tutela jurisdicional deve ser harmonizada a uma ordem jurídica supranacional, em especial, os casos julgados proferidos por instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português, como é a hipótese, por exemplo, dos julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. O que interessa

¹²⁶ REIS, Alberto dos. Op. cit. p. 339.

¹²⁷ O autor também insere a descoberta de documento novo previsto na actual alínea *c*, do art. 771.º, na ordem dos vícios fundados na superveniência de elementos decisivos.

¹²⁸ NETO, Abílio. Op. cit. p. 1180.

¹²⁹ Idid. ibid. p. 1180.

observar, salienta-se, é que a alínea *f* não deixa claro se a decisão do organismo internacional deve ser prolatada antes ou depois da decisão judicial do órgão de soberania nacional, o que, por consequência, caso inexista limitação temporal, implicará o reconhecimento de que uma norma de patamar hierárquico superior poderá, a princípio, dar ensejo à revisão de decisão judicial final transitada em julgado¹³⁰. Tal conclusão pode auxiliar a análise do tratamento do caso julgado inconstitucional, pois esse, em sentido amplo, nada mais é do que um caso julgado ilegal, conforme exposto no Tópico 4 deste Capítulo.

Por fim, no que se reporta às circunstâncias enunciadas pelas alíneas do art. 771.º que autorizam o uso da revisão, resta expor que todas elas convalidam se a parte prejudicada não intentar tal medida recursal nos prazos indicados pelo art. 772.º¹³¹. A consequência imediata desse dispositivo é o reconhecimento de que o acto de soberania expresso pelo trânsito em julgado da decisão que encerra o processo, mesmo que viciado, existe e permanece inserido na ordem jurídica a produzir efeitos enquanto não questionado, circunstância esta que será especialmente examinada no Capítulo 5, dada a sua importância para o objecto do presente estudo.

A observação do parágrafo acima, aliás, reporta a outra modalidade de vício que incide sobre a decisão final de processo judicial enquanto acto jurídico, que são os vícios de nulidade enunciados pelo art. 668.º, do Código de Processo Civil¹³². Este comando normativo

¹³⁰ Diz-se norma de patamar hierárquico superior porque a decisão de instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português fundamenta-se no Direito Europeu ou em outras normas de Direito Internacional.

¹³¹ Art. 772.º (*Prazo para a interposição*)

1 – O recurso é interposto no tribunal que proferiu a decisão a rever.

2 – O recurso não pode ser interposto se tiverem decorrido mais de cinco anos sobre o trânsito em julgado da decisão e o prazo para a interposição é de 60 dias, contados:

a) No caso da alínea *a*) do art. 771.º, do trânsito em julgado da sentença em que se funda a revisão;

b) No caso da alínea *f*) do artigo 771.º, desde que a decisão em que se funda a revisão se tornou definitiva;

c) No caso da alínea *g*) do art. 771.º, desde que o recorrente teve conhecimento da sentença;

d) No outros casos, desde que o recorrente obteve o documento ou teve conhecimento do facto que serve de base à revisão.

3 – Nos casos previstos na segunda parte do n.º 3 do artigo 680.º, o prazo previsto no n.º 2 não finda antes de decorrido um ano sobre a aquisição da capacidade por parte do incapaz ou sobre a mudança do seu representante legal.

4 – Se, porém, devido a demora anormal na tramitação da causa em que se funda a revisão existir risco de caducidade, pode o interessado interpor recurso mesmo antes de naquela ser proferida decisão, requerendo logo a suspensão da instância no recurso, até que essa decisão transite em julgado.

5 – As decisões proferidas no processo de revisão admitem os recursos ordinários a que estariam originariamente sujeitas no decurso da acção em que foi proferida a sentença a rever.

¹³² Art. 668.º (*Causas de nulidade da sentença*)

1 – É nula a sentença quando:

a) Não contenha a assinatura do juiz;

b) Não especifique os fundamentos de facto e de direito que justifiquem a decisão;

dispõe sobre as chamadas causas de nulidade da sentença e seu tratamento muito se assemelha àquele concedido ao erro de julgamento. Isso porque, ao contrário dos vícios descritos no art. 771.º, as hipóteses do art. 668.º podem ser aferidas mediante análise intrínseca do próprio processo, ou seja, sem a prévia necessidade de perquirição de elementos externos à pretensão deduzida em juízo, como seria necessário na circunstância de dolo do órgão de soberania. Tais vícios, ademais, a despeito de afectarem o próprio conteúdo da decisão jurisdicional, não possuem gravidade suficiente para macular a prestação jurisdicional em si, pois, como dito, decorrem de erro de apreciação pelo órgão julgador, e não da impossibilidade de correcta tutela da pretensão processual. Deste modo, são vícios não apenas evitáveis, mas também perfeitamente sanáveis quando ainda em trâmite o processo, pois são oferecidas ao sujeito processual afectado as oportunidades e instrumentos adequados para atacá-los, caso assim julgue necessário. E é justamente essa possibilidade de enfrentamento pelo de uso de armas como, por exemplo, medidas recursais, que legitima o trânsito em julgado de decisão a princípio ilegal, pois não houve desrespeito aos preceitos do art. 2.º, 20.º, 202.º e 204.º, da Constituição, bem como aos arts. 2.º, 3.º e 3.º-A, do Código de Processo Civil. Ademais, em razão de a sentença ser um acto de soberania, não se pode esquecer dessa dimensão constitucional outorgada ao órgão julgador, que, consoante destacam BEZERRA, NORA e VARELA, “(...) é um autêntico e permanente reconstrutor substancial de normas, na delimitação do campo de aplicação e na fixação do sentido decisivo de cada norma legal, em face da mesma realidade concreta”¹³³. Daí porque, quanto a esta modalidade de vício, incide si o princípio da imutabilidade do caso julgado outorgado pela Constituição, haja vista a

c) Os fundamentos estejam em oposição com a decisão;

d) O juiz deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar ou conheça de questões de que não podia tomar conhecimento;

e) O juiz condene em quantidade superior ou em objecto diverso do pedido;

f) Seja omissa no que respeita à fixação da responsabilidade por custas, nos termos do n.º 4 do artigo 659.º.

2 – A omissão prevista na alínea *a*) do número anterior é suprida oficiosamente, ou a requerimento de qualquer das partes, enquanto for possível colher a assinatura do juiz que proferiu a sentença, devendo este declarar no processo a data em que após a assinatura.

3 – Quando a assinatura seja aposta por meios electrónicos, não há lugar à declaração prevista no número anterior.

4 – As nulidades mencionadas nas alíneas *b*) e *e*) do n.º 1 só podem ser arguidas perante o tribunal que proferiu a sentença se esta não admitir recurso ordinário, podendo o recurso, no caso contrário, ter como fundamento qualquer dessas nulidades.

¹³³ BEZERRA, Antunes; NORA, Sampaio e; BEZERRA, J. Miguel. **Manual de Processo Civil**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2004, p. 673.

referida ausência de impedimento para a correcta apreciação da pretensão processual deduzida em juízo¹³⁴.

Outrossim, no que condiz ao âmbito criminal, há considerável distinção em relação ao que sucede na seara cível, pois o art. 29.º, n.º 6, da Constituição, autoriza a revisão do caso julgado fundado em decisão que erroneamente realizou a subsunção do facto à norma penal, ou seja, por critérios de injustiça da condenação, a despeito de assim o fazer mediante a outorga da tarefa de decidir as circunstâncias em que a mitigação do instituto será possível ao legislador infraconstitucional, o qual, por sua vez, deverá ditá-las em lei, que veio a ser o Código de Processo Penal, em especial, seu art. 499.^{o135}.

Nesse contexto, verifica-se que as alíneas *a*, *b*, *d*, e *e*, do n.º 1, assemelham-se às circunstâncias referidas pelo art. 771.º, do Código de Processo Civil, que atacam a decisão processual final enquanto acto de soberania, onde a própria tutela jurisdicional restou inevitavelmente prejudicada face a impossibilidade de o sujeito processual atingido pelo vício impugná-lo através dos instrumentos processuais que lhe são permitidos no curso do processo. Outras hipóteses são as trazidas pelas alíneas *f* e *g*, em que a primeira reproduz a já comentada excepção constitucional firmada pelo art. 282.º, n.º 3, enquanto a segunda detém o mesmo sentido da alínea *f*, do art. 771.º, do diploma processual civil, igualmente analisado neste mesmo Tópico.

¹³⁴ Consultar Capítulo 7.

¹³⁵ Art. 449.º. (Fundamentos e admissibilidade da revisão)

1 – A revisão de sentença transitada em julgado é admissível quando:

- a)* Uma outra sentença transitada em julgado tiver considerado falsos meios de prova que tenham sido determinantes para a decisão;
- b)* Uma outra sentença transitada em julgado tiver dado como provado crime cometido por juiz ou jurado e relacionado com o exercício da sua função no processo;
- c)* Os factos que servirem de fundamento à condenação forem inconciliáveis com os dados como provados noutra sentença e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação;
- d)* Se descobrirem novos factos ou meios de prova que, de per si ou combinados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação.
- e)* Se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos n.ºs 1 a 3 do artigo 126.º;
- f)* Seja declarada, pelo Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha servido de fundamento à condenação;
- g)* Uma sentença vinculativa do Estado Português, proferida por uma instância internacional, for inconciliável com a condenação ou suscitar graves dúvidas sobre a sua justiça.

2 – Para o efeito do disposto no número anterior, à sentença é equiparado despacho que tiver posto fim ao processo.

3 – Com fundamento na alínea *d)* do n.º 1, não é admissível revisão com o único fim de corrigir a medida concreta da sanção aplicada.

4 – A revisão é admissível ainda que o procedimento se encontre extinto ou a pena prescrita ou cumprida.

Interessa, pois, a circunstância expressa pela alínea *c*, do n.º 1, do art. 499.º, do Código de Processo Penal, cuja redacção autoriza o manejo da revisão quando “os factos que servirem de fundamento à condenação forem inconciliáveis com os dados como provados noutra sentença e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça de decisão”. Esta alínea, em verdade, versa sobre vício da decisão processual final enquanto acto jurídico, pois não se liga à impossibilidade de efectiva tutela jurisdicional, mas sim à prestação estadual maculada por erro de julgamento, em que o sujeito processual poderia combatê-la no próprio curso do processo pela utilização dos instrumentos processuais que lhe cabiam.

Deste modo, como se observa, essa hipótese de mitigação dos efeitos do caso julgado harmoniza-se com o comando estabelecido pelo art. 29.º, n.º 6, da Constituição, na medida em que autoriza nova análise dos factos tidos como típicos, algo que, como se sabe, constitui o objecto do processo penal e, conseqüentemente, acoberta-se pelo trânsito em julgado da decisão processual final, cuja natureza, ao menos nesse aspecto, é declaratória, pois reconhece a ocorrência do facto criminoso. Afinal, consoante ensina EIRAS, na seara penal, “o objecto do processo é constituído pelos fatos descritos na acusação ou no requerimento para a abertura de instrução e pela pretensão aí formulada”¹³⁶, sendo este, portanto, atingido pelo efeitos do caso julgado, conforme assim afirma ISASCA, ao identificar dito objecto do processo penal como

(...) o acontecimento da vida que, como e enquanto unidade, se submeteu à apreciação de um tribunal. Isto significa que todos os factos praticados pelo arguido até a decisão final que directamente se relacionem com o pedaço de vida apreciado e que com ele formam a aludida unidade de sentido, ainda que efectivamente não tenham sido conhecidos ou tomados em consideração pelo tribunal, não podem ser posteriormente apreciados. Quer porque enquanto isoladamente considerados não seriam susceptíveis de se consubstanciar como objecto de um processo. Quer porque a sua apreciação violaria frontalmente a regra *ne bis in idem*, entrando em aberto conflito com os fundamentos do caso julgado. Quer ainda porque, fornecendo o Código, como se demonstrou, todos os mecanismos necessários para uma apreciação esgotante do facto processual e portanto a possibilidade de se alcançar a verdade material e conseqüentemente uma justa decisão do caso concreto, far-se-ia responder o arguido pela negligência de outros na prossecução da justiça, ou pelos inevitáveis vícios do sistema, acabando, em última análise, por frustrar totalmente as legítimas expectativas de quem foi julgado e sentenciado,

¹³⁶ EIRAS, Henriques. **Processo Penal Elementar**. Lisboa: Quid Júris. 7ª ed. 2008, p. 47.

comprometendo assim, inabalavelmente, o respeito pela própria dignidade da pessoa humana.¹³⁷

Há, enfim, ao menos na seara criminal, expressa mitigação do caso julgado fundado em erro de julgamento, ou seja, em decorrência da errónea aplicação da norma penal ao facto em que fundou a pretensão punitiva, o que demonstra que sequer a nível infraconstitucional o atributo da imutabilidade do caso julgado é absoluto.

4.2. A coisa julgada ilegal no ordenamento jurídico brasileiro.

O fenómeno da coisa julgada ilegal é reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, cuja Constituição prevê a possibilidade de criação de mecanismos de controlo mais abrangentes do que os instrumentos correlatos actualmente existentes em Portugal. Como consequência, observa-se que o atributo da imutabilidade incidente sobre o instituto apresenta um grau de relativização pouco mais acentuado no Brasil.

Isso ocorre porque, na medida em que a Constituição da República Portuguesa somente se reporta de forma expressa à possibilidade de controlo do caso julgado ilegal na seara criminal, o que faz através de seu art. 29.º, n.º 6, a Constituição da República Federativa do Brasil traz previsão dessa medida para as esferas cíveis e criminais, conforme assim possibilitam os arts. 102, I *j*¹³⁸; 105, I, *e*¹³⁹; 108, I, *b*¹⁴⁰; e 27, § 10, este último integrante do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹⁴¹. Deste modo, não há dúvida de que, no

¹³⁷ ISASCA, Frederico. **Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal**. Coimbra: Livraria Almedina. 2ª ed. 1999, p.229.

¹³⁸ CF; **Art. 102**. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I – processar e julgar, originariamente:

(...)

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

(...).

¹³⁹ CF; **Art. 105**. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente:

(...)

e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;

(...).

¹⁴⁰ CF; **Art. 108**. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I – processar e julgar, originariamente:

(...)

b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;

¹⁴¹ O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias cuida da transição do regime constitucional iniciado em 1969 e findo com a promulgação da Constituição de 1988.

ordenamento jurídico brasileiro, não emerge a aparente antinomia entre normas de diferentes patamares hierárquicos que existe em Portugal, tal como mencionado no item anterior¹⁴².

Com efeito, o texto constitucional brasileiro, ao distinguir os instrumentos processuais da revisão criminal e da ação rescisória, finda por igualmente reconhecer que o primeiro se destina a atacar os julgados de natureza criminal e o segundo aqueles de natureza cível. E, como também ocorre em Portugal, a revisão criminal e a ação rescisória não atacam a coisa julgada em si, mas tão somente um de seus elementos de formação, qual seja, a decisão judicial transitada em julgado.

Porém, ambos os instrumentos são previstos como ações judiciais a serem intentadas perante o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, circunstância esta que, a princípio, poderia restringir a aplicação dessas ações ao âmbito da competência dos mencionados tribunais. Afinal, outra não poderia ser a interpretação de normas que restringem a garantia de natureza fundamental representada pelo instituto da coisa julgada por força do art. 5.º, XXXVI¹⁴³. Tal conclusão, todavia, logo é superada após análise do art. 27, § 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cuja redação dispõe que “compete à Justiça Federal julgar as ações nela propostas até a data da promulgação da Constituição, e aos Tribunais Regionais Federais bem como ao Superior Tribunal de Justiça julgar as ações rescisórias das decisões até então proferidas pela Justiça Federal, inclusive daquelas cuja matéria tenha passado à competência de outro ramo do Judiciário”. Esse último segmento, em especial, evidencia que a Constituição possibilita o uso do instituto da ação rescisória no âmbito de quaisquer tribunais, pois a transferência de competência para o processamento de ações rescisórias para os Tribunais Regionais Federais demonstra que os Tribunais de Justiça dos Estados da federação brasileira, por exemplo, já detinham dita competência.

Essa conclusão, aliada ao aspecto de que o texto constitucional nada dispõe sobre a regulamentação da revisão criminal e da ação rescisória, permite aferir que essa tarefa foi

¹⁴² Conforme exposto no item 4.1, em Portugal, a únicas menções constitucionais para a relativização do caso julgado são as previstas pelos arts. 29.º, n.º 6; e 282.º, n.º 3, em que a primeira versa sobre matéria criminal e a segunda sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de norma proferida pelo Tribunal Constitucional. O combate ao caso julgado ilegal estranho às hipóteses aludidas é, tão somente, abordado pelas leis infraconstitucionais, a exemplo do art. 771.º, do Código de Processo Civil.

¹⁴³ Conforme exposto no Tópico 2.2.1, a coisa julgada no Brasil constitui direito fundamental, de aplicação imediata e restrição vedada por norma que não detenha natureza constitucional, haja vista a condição de cláusula pétrea que possui por força do art. 60, §4.º, da Constituição.

outorgada ao legislador infraconstitucional, que deverá cumpri-la de modo a possibilitar o uso de ambas as acções em todas as esferas de tribunais judiciais.

Nesse contexto, no que se reporta à seara cível, ressalta-se o Código de Processo Civil brasileiro, cujo art. 485¹⁴⁴ enuncia as hipóteses em que a sentença de mérito transitada em julgado poderá ser rescindida¹⁴⁵. Estas, porém, dada a permissividade legislativa autorizada pela Constituição¹⁴⁶, mesclam circunstâncias que em Portugal representam vícios da decisão judicial enquanto acto jurídico e da decisão judicial enquanto acto de soberania¹⁴⁷. Há, deste

¹⁴⁴ **Art. 485.** A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I – se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III – resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV – ofender a coisa julgada;

V – violar literal disposição de lei;

VI – se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria acção rescisória;

VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

a) quando outra sentença transitada em julgado tenha dado como provado que a decisão resulta de crime praticado pelo juiz no exercício das suas funções;

b) quando se verifique a falsidade de documento ou acto judicial, de depoimento ou das declarações de peritos ou árbitros, que possam, em qualquer dos casos, ter determinado a decisão a rever, não tendo a matéria sido objecto de discussão no processo em que foi proferida;

c) quando se apresente documento de que a parte não tivesse conhecimento, ou de que não tivesse podido fazer uso, no processo em que foi proferida a decisão a rever e que, por si só, seja suficiente para modificar a decisão em sentido mais favorável à parte vencida;

d) quando se verifique nulidade ou anulabilidade de confissão, desistência ou transacção em que a decisão se fundou;

e) quando tendo ocorrido a acção e a execução à revelia, por falta absoluta de intervenção do réu, se mostre que faltou a citação ou que é nula a citação feita;

f) quando seja inconciliável com decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português;

g) quando o litígio assente sobre acto simulado das partes e o tribunal não tenha feito uso do poder que lhe confere o artigo 665.º, por se não ter apercebido da fraude.

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efectivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

¹⁴⁵ Outra hipótese de mitigação da coisa julgada na seara cível reporta ao Direito Trabalhista, em que o art. 836, da Consolidação das Leis do Trabalho, estabelece ser “(...) vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste Título e a acção rescisória, que será admitida na forma do disposto no Capítulo IV do Título IX da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, sujeita ao depósito prévio de 20% (vinte por cento) do valor da causa, salvo prova de miserabilidade jurídica do autor”. Como se observa, a norma trabalhista remete à acção rescisória prevista no Código de Processo Civil.

¹⁴⁶ A despeito de o Código de Processo Civil haver entrado em vigor anteriormente à promulgação da actual Constituição, indicados dispositivos com ela se harmonizam. Nesse sentido, consultar nota n.º 96.

¹⁴⁷ Classificação semelhante é adoptada por CUNHA e DIDIER JR, para quem “a acção rescisória serve ao desfazimento da coisa julgada material, quer por motivos de invalidade (art. 485, II e IV, p. ex.), quer por

modo, a possibilidade de rescisão da decisão judicial transitada em julgado cujo conteúdo viole o direito vigente, ou seja, em razão de vício que não apenas poderia ser descoberto por elementos integrantes do próprio processo, mas também oportunamente combatido pelo manejo de instrumentos postos à disposição do sujeito processual, como são os mecanismos recursais, por exemplo.

Entre as diversas circunstâncias que possibilitam o uso da ação rescisória por ocasião de mácula do conteúdo da decisão judicial, a mais relevante é a prevista no inciso V, que trata da prestação da tutela jurisdicional viciada por evidente erro quanto à subsunção da pretensão processual deduzida em juízo ao pertinente preceito legal. Segundo esse dispositivo, é cabível o manejo da ação rescisória quando a decisão judicial transitada em julgado “violou literal disposição de lei”. Trata-se, como se percebe, de espécie de julgamento viciado pela errônea aplicação do comando normativo pertinente à pretensão, o que difere do vício da tutela jurisdicional, o qual, conforme visto, resulta da impossibilidade da correcta subsunção do facto à norma. A circunstância enunciada pelo inciso V, do art. 485, representa, deste modo, possível solução para o problema da coisa julgada inconstitucional no direito brasileiro, que, afinal, também se revela como a violação de uma disposição de lei, embora de natureza constitucional.

Todos os vícios enunciados pelo art. 485, contudo, convalidam-se se não arguidos no prazo de dois anos contados do trânsito em julgado da decisão, conforme assim determina o art. 495. O fundamento deste comando é o mesmo para justificar os prazos fixados pelo art. 772.º, do Código de Processo Civil português, pois no Brasil os tribunais também são órgãos de soberania, vez que exprimem uma das funções do poder soberano que fundamenta o Estado. As decisões judiciais são, portanto, a manifestação legal do Estado para as pretensões que lhe são especificadamente dirigidas e, por isso, detêm força de lei.

Ademais, o reconhecimento de que a coisa julgada ilegal convalida-se após o transcurso de dado prazo serve para evidenciar que ela não somente possui presunção de legitimidade enquanto acto de soberania estadual, mas que também existe como acto capaz de produzir efeitos enquanto não retirado do ordenamento jurídico¹⁴⁸⁻¹⁴⁹.

motivos de injustiça (art. 485, VI e IX, p. ex.). Não se deve, pois, estabelecer uma relação necessária entre os defeitos processuais e a ação rescisória, pois esta tem espectro mais amplo”. (CUNHA, Leonardo José Carneiro; DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 2ª ed. 2006, p. 245).

¹⁴⁸ O art. 489, do Código de Processo Civil brasileiro, é claro ao enunciar que “o ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela”.

Por fim, na seara criminal, a revisão da coisa julgada ilegal assemelha-se ao disposto para esfera cível, pois o vício autorizador da revisão do julgado incide sobre a decisão judicial final maculada, seja em sua dimensão de acto jurídico, seja sob o aspecto de acto de soberania destinado à tutela jurisdicional¹⁵⁰. Aliás, é o que se percebe da leitura do art. 621, do Código de Processo Penal brasileiro, cujas circunstâncias permissivas da revisão são:

- a) quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;
- b) quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
- c) quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Aspecto peculiar é que, dada a maior gravidade que as decisões criminais assumem, as transcritas hipóteses autorizadoras da revisão criminal não convalidam, ao contrário do âmbito cível. É o que assim determina o art. 622, do Código de Processo Penal brasileiro, de forma a evidenciar que no ordenamento jurídico vigente no Brasil, o princípio geral da imutabilidade da coisa julgada sofre maior mitigação no campo criminal do que no cível¹⁵¹. Há, pois, evidente preponderância do princípio da justiça da decisão sobre o princípio da segurança jurídica, o que igualmente sugere a preponderância do bem jurídico da liberdade¹⁵².

¹⁴⁹ No ordenamento jurídico brasileiro, não se admite a ação rescisória no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis (art. 59 da Lei n.º 9.099/1995); na ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade; (art. 26 da Lei n. 9.868/1999); e na arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 12 da Lei n. 9.882/1999).

¹⁵⁰ Não é o que ocorre, todavia, com o Processo Penal Militar, cujo respectivo Código de Processo, em seu art. 551, apenas firma como hipóteses autorizadoras de revisão criminal as circunstâncias em que a sentença condenatória for contrária à evidência dos autos, se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos ou que, após ser prolatada, descubram-se novas provas que invalidem a condenação ou que determinem ou autorizem a diminuição da pena. Não há aqui, como se verifica, a possibilidade de revisão fundada em erro na aplicação do direito, ou seja, quando a decisão condenatória for contrária a texto expresso da lei penal militar. Protege-se, tão somente, a decisão judicial final enquanto acto de soberania concessivo da tutela jurisdicional.

¹⁵¹ Além do exposto na nota n.º 150, salienta-se que o art. 706, do Código de Processo Penal Militar, veda a revisão criminal de decisões proferidas por juízos de 1ª Instância, o que, por conseguinte, somente terá vez para acórdãos.

¹⁵² É o que igualmente se pode deduzir do comando exposto pelo art. 626, do Código de Processo Penal, segundo o qual “julgando procedente a revisão, o tribunal poderá alterar a classificação da infracção, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo”. Este dispositivo ainda é composto por um parágrafo único, que ao restringir a actuação do órgão de soberania revisor, esclarece que, “de qualquer maneira, não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista”.

5. O valor do acto inconstitucional.

Aferida a natureza e os elementos de formação do caso julgado, interessa ao presente estudo discorrer acerca do valor do acto inconstitucional, o que não apenas possibilitará detalhar a natureza jurídica dessa espécie viciada do instituto, mas também os efeitos que dela decorrem e os correlatos mecanismos de controlo.

Nesse sentido, por não representar mais do que mera obviedade definir o acto inconstitucional como a conduta comissiva ou omissiva que afronte a Constituição¹⁵³⁻¹⁵⁴, desde logo se ressalta que não será qualquer inconstitucionalidade relevante à presente pesquisa. Afinal, se todas as suas manifestações fossem investigadas em especificidade, a complexa temática a ser descrita fugira ao objectivo inicialmente proposto. Deste modo, nada será dito a respeito dos actos realizados por particulares que afrontem a Constituição¹⁵⁵, nem em relação aos actos inconstitucionais praticados por agentes ou órgãos públicos que não exercitem poder soberano, ou mesmo à inconstitucionalidade por omissão¹⁵⁶. Interessa à pesquisa, tão somente, o acto de soberania inconstitucional, pois é deste que as Constituições de Portugal e Brasil expressamente tratam.

Nesse contexto, se faz necessário recordar o exposto no Capítulo introdutório, no tocante à ausência de qualquer preocupação dos textos constitucionais português e brasileiro quanto ao caso julgado inconstitucional, apesar de este resultar de um viciado acto de

¹⁵³ Nesse sentido, consultar: SOUSA, Marcelo Rebelo. **O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional**. Lisboa. 1988, p. 11-14.

¹⁵⁴ Também a Constituição da República Portuguesa define o que se deva compreender por inconstitucionalidade, o que faz através de seu art. 277.º, n.º 1, cuja redacção preceitua que “são inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”.

¹⁵⁵ A doutrina portuguesa reconhece a existência de actos inconstitucionais praticados por particulares, o que faz com fundamento no art. 18.º, n.º 1, da Constituição. É o que se observa, por exemplo, da lição proferida por QUEIROZ, para quem “os particulares ao agir na sua vida quotidiana podem contradizer a Constituição ou os princípios nela consignados, apesar de o disposto no artigo 18.º/1 afirmar que os preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis, vinculando entidades públicas e privadas. (QUEIROZ, Cristina. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Editora Coimbra. 2009. p. 294). Em verdade, invocado preceito constitucional se relaciona com a teoria da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, também admitida no Brasil, segundo a qual, mediante o reconhecimento da constitucionalização de certos direitos de natureza privada, as violações de direitos fundamentais não somente ocorre no âmbito das relações entre os cidadãos e o Estado, mas também entre as relações travadas entre particulares. Nesse sentido, consultar: VALE, André Rufino do. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: comentários ao RE 201.819. In: *A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Editora Saraiva. 2010, p. 54-75.

¹⁵⁶ O controlo da inconstitucionalidade por omissão é previsto no art. 283.º, da Constituição da República Portuguesa, e art. 103, §2.º, da Constituição da República Federativa do Brasil, e em ambos os ordenamentos condiz com a não edição de norma regulamentar exigida pela Constituição para a plena eficácia de seus comandos.

soberania da função jurisdicional do poder soberano, que é a decisão judicial final. Em verdade, ambas as Constituições, a despeito de fundamentarem e vincularem os respectivos ordenamentos jurídicos, apenas tratam do acto normativo de soberania inconstitucional, seja ele decorrente do exercício da função legislativa do poder soberano, seja ele excepcionalmente advindo da função executiva¹⁵⁷.

Todavia, é desse tratamento determinado para a espécie normativa do acto de soberania atentatório à Constituição que se tornará possível distinguir qual o valor que a própria ordem constitucional vigente¹⁵⁸ confere ao gênero. Afinal, o acto de soberania viciado de inconstitucionalidade existirá? E, se existir, padecerá de nulidade e produzirá efeitos independente de tão grave vício?

As conseqüências advindas das soluções para os questionamentos acima são contundentes, pois implicam reflexos em pontos polêmicos da própria ciência do direito processual, como assim o são o objecto do processo e a submissão dos fundamentos da decisão judicial final transitada em julgada ao atributo da imutabilidade.

5.1. O valor das inconstitucionalidades no ordenamento jurídico português.

5.1.1. O valor do acto normativo inconstitucional no ordenamento jurídico português.

Em fidelidade à metodologia adoptada nos Capítulos anteriores, a análise sobre o valor do acto normativo inconstitucional no ordenamento jurídico português inicia-se pela observância dos preceitos da Constituição. E de outra forma não poderia ser, pois conceber que norma infraconstitucional regulamentasse o regime das inconstitucionalidades seria o mesmo que negar a supremacia normativa da Constituição, cujos comandos, nessa circunstância, poderiam ser alterados ou sofrer restrição de eficácia por quaisquer dos actos de

¹⁵⁷ Nesse aspecto, necessário recordar que o poder soberano do Estado é uno e indivisível, pois, de acordo com os arts. 3.º, n.º 1; e 108.º, da Constituição, a soberania reside no povo. Seu exercício, todavia, ocorre pela prática de três diferentes manifestações, usualmente designadas de funções ou poderes, que seriam: a função legislativa, a função administrativa e a função jurisdicional (CR; arts. 2.º; e 111.º, n.º 1).

¹⁵⁸ Por contradizer os pressupostos metodológicos da microcomparação em estudo de direito comparado, não se adopta a teoria de BACHOF sobre normas constitucionais inconstitucionais, pois esta se fundamenta, em fatores não positivos e, portanto, impassíveis de segura comparação, como é o caso do reconhecimento de uma ordem jurídica supralegal que subordina a Constituição, a exemplo do direito de ocupação que vigorou na Alemanha logo após o término da 2ª Guerra Mundial por ocasião do controlo de seu território pelas potências aliadas. Nesse sentido, consultar: BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** São Paulo: Almedina Brasil. 2009.

soberania praticados pelos diversos agentes dos poderes constituídos¹⁵⁹. Daí porque, assevera SOUSA, “uma consequência primária da inconstitucionalidade é, em regra, a desvalorização da conduta inconstitucional, sem a qual a garantia da Constituição não existira”¹⁶⁰, de modo que, complementa QUEIROZ, “os valores jurídicos da inconstitucionalidade dependem do “sistema de garantia” existente e efectivamente praticado”¹⁶¹.

Com efeito, perquirir o valor do acto jurídico inconstitucional – aí inserido o acto normativo - em verdade representa investigar desvalores, o que, de acordo com GOUVEIA, são “(...) as consequências jurídicas negativas da inconstitucionalidade intrínseca de um acto do poder político do acto. Perante algo que contradiz a Constituição, o ordenamento jurídico estipula efeitos que o depreciam e afirma a supremacia jurídica daquela”¹⁶².

É natural, portanto, especular que o valor do acto jurídico inconstitucional seja, em regra, depreciado por força do vício de inconstitucionalidade incidente sobre seu conteúdo ou forma¹⁶³, com severas consequências no âmbito da eficácia, validade e, quiçá, existência.

Nesse sentido, a primeira disposição constitucional que versa sobre o tratamento da inconstitucionalidade no âmbito do ordenamento jurídico português é o art. 3.º, n.º 3, cuja redacção determina que “a validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição”.

Mencionado dispositivo, inserido no segmento destinado aos princípios fundamentais, não apenas ratifica a superioridade da Constituição enquanto diploma normativo, como também determina que o acto jurídico inconstitucional padeça de invalidade. Tal efeito do vício de inconstitucionalidade, porém, como assim é possível aferir da parte final do citado dispositivo, poderá ser amenizado por tratamento excepcional estabelecido pela própria

¹⁵⁹ A supremacia da Constituição foi reconhecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos quando do julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, em que o juiz Marshall expôs, consoante discorre BONAVIDES, “(...) uma proposição evidente e incontestável: ou a Constituição controla todo ato legislativo que a contrarie, ou o legislativo, por um ato ordinário, poderá modificar a Constituição. Não há meio termo entre tais alternativas. Logo, (...) ou a Constituição é lei superior e suprema, que se não pode alterar por vias ordinárias, ou entra na mesma esfera e categoria dos atos legislativos ordinários, sendo como tais suscetível também de modificar-se ao arbítrio da legislatura”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Malheiros. 2002, p. 277).

¹⁶⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo. Op. cit., p. 15.

¹⁶¹ QUEIROZ, Cristina. Op. cit. p. 331.

¹⁶² GOUVEIA, Jorge Bacelar. **O Valor Positivo do Acto Inconstitucional**. Reimpressão. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa. 2000, p. 28.

¹⁶³ A inconstitucionalidade, em síntese, pode ser sintetizada na incompatibilidade do conteúdo do acto com a Constituição ou, apesar de com ela harmónico, do desrespeito ao procedimento para sua formação estabelecido pelo próprio texto constitucional.

Constituição, o que indica a possibilidade de atribuição de valor positivo ao acto inconstitucional, algo que, segundo igualmente leciona GOUVEIA, “(...) significa a ausência de quaisquer conseqüências jurídicas negativas da inconstitucionalidade intrínseca e menor de um acto do poder político do Estado”¹⁶⁴.

Não obstante, é tão somente na Parte IV, da Constituição, em especial seu Título I, destinado à “Fiscalização da Constitucionalidade”, que se torna possível identificar a real extensão conferida pelo ordenamento jurídico português ao tratamento das inconstitucionalidades. Afinal, é neste segmento que o texto constitucional expõe os mecanismos necessários para a identificação e combate das normas que contradigam seus comandos, parâmetros estes que permitem detalhar a identidade do valor atribuído ao acto inconstitucional. Aliás, marco diverso dificilmente poderia existir – a menos que previsto na própria Constituição -, pois essas normas sujeitas a controlo representam os actos de soberania do Estado enquanto poder constituído, ou seja, são as derradeiras manifestações do órgão criado (CRP; arts. 1.º e 2.º) e necessariamente subordinado à Constituição (CRP; art. 3.º, n.º 2).

O controlo das inconstitucionalidades português, todavia, reporta-se aos actos decorrentes do exercício primário¹⁶⁵ das funções executiva e legislativa, os quais, conforme se verá, são actos de natureza normativa¹⁶⁶. A Constituição, ao menos directamente, não versa sobre o controlo dos actos jurisdicionais viciados de inconstitucionalidade. E aparente ausência de completude não deve ser interpretada como falha ou mesmo vedação¹⁶⁷ para a respectiva fiscalização. Isso porque, diga-se, o controlo de inconstitucionalidade dos actos normativos em regra é de competência dos tribunais¹⁶⁸, órgãos titulares da função jurisdicional do poder soberano. Nesse sentido, sob a óptica da teoria da tripartição do poderes¹⁶⁹, idealmente não se pode esperar que o órgão incumbido de exercer a função jurisdicional para assim firmar a última palavra sobre a validade e eficácia do direito a dada

¹⁶⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar. Op. cit. p. 17.

¹⁶⁵ Utiliza-se o termo primário para se referir à principal atribuição de cada função do poder soberano, como seria elaborar normas para o poder legislativo ou julgar para o poder judiciário.

¹⁶⁶ Para se identificar um acto de natureza normativa, deve-se investigar a existência dos seguintes elementos caracterizadores, quais sejam: a bilateralidade, a generalidade, a abstractividade, a imperatividade e a coercibilidade. Nesse sentido, consultar: NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2008, p. 87-88.

¹⁶⁷ Afinal, à Constituição deve ser atribuída a interpretação que máxima efectividade lhe permita. Para tanto, consultar nota n.º 8 e Capítulo 7.

¹⁶⁸ Diz-se “em regra” porque a Constituição Portuguesa autoriza o controlo preventivo de constitucionalidade, tal como assim se prevê em seu art. 278.º.

¹⁶⁹ Consultar nota n.º 157.

pretensão erroneamente os preceitos legais¹⁷⁰. Afinal, a função jurisdicional é o último baluarte para a defesa do ordenamento jurídico, haja vista que, sem sua actuação harmônica e obrigatória a respeito e sobre a legislação¹⁷¹, vigoraria o arbítrio, seja pela retirada da própria imperatividade que caracteriza a norma, seja pela possível alteração de conteúdo em quase espécie de revogação¹⁷².

Deve-se ressaltar, porém, que não é pelo aparente silêncio acerca do valor do acto jurisdicional inconstitucional que a ele não se pode aplicar o regime atribuído pela Constituição aos actos normativos emanados pelos órgãos titulares das funções executivas e legislativas do poder soberano. Orientação contrária somente poderia prevalecer caso a Constituição expressamente estabelecesse regramento distinto sobre a matéria, o que não ocorre. Afinal, se os actos jurisdicionais e os actos normativos são detentores da mesma natureza, qual seja, de actos de soberania¹⁷³⁻¹⁷⁴, como distinguir o valor de eventuais inconstitucionalidades que os viciem?

É nesse contexto que importa perquirir as relações de existência, validade e eficácia do acto normativo inconstitucional no ordenamento jurídico português, de modo a revelar se tal acto poderá existir enquanto acto jurídico normativo e, se for o caso, se possuirá validade, bem como se restará apto a produzir efeitos independente ou não dessa última característica.

Assim, face à ordem natural que se evidencia, comentários sobre o valor de acusada inconstitucionalidade necessariamente devem ser iniciados pela averiguação de sua existência enquanto acto jurídico, o que pode ser sintetizado pela aferição de seu ingresso no ordenamento jurídico. Em resumo, a norma viciada por inconstitucionalidade chega a integrar e compor o ordenamento jurídico? Na hipótese de a resposta ser negativa, logo se conclui que ela não deverá produzir qualquer efeito e, via de consequência, tratamento diferente não deverá ser dispensado ao caso julgado inconstitucional, que simplesmente por não existir, sequer poderá ser abrangido pelo atributo da imutabilidade¹⁷⁵. Já a constatação da existência, por sua vez, necessariamente implicará análise da invalidade e eficácia.

¹⁷⁰ No plano ideal, assim como as funções executivas e legislativas, a função jurisdicional também se subordina à Constituição (CR; art. 3.º, n.º 2), o que não inibe o reconhecimento de erros quanto ao respectivo exercício e, por conseguinte, mecanismos de controlo, como os previstos na Parte IV, Título I, da própria Constituição, relativo ao controlo da constitucionalidade.

¹⁷¹ CR; art. 203.º. Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei.

¹⁷² Sobre o princípio da segurança jurídica, consultar o Capítulo 7.

¹⁷³ Consultar nota n.º 157.

¹⁷⁴ Atentar que o art. 3.º, n.º 3, reporta-se a qualquer acto do Estado.

¹⁷⁵ Nesse sentido, ao concluir que a decisão jurisdicional fundada em acto normativo inconstitucional não forma caso julgado se a inconstitucionalidade acarretar inexistência, consultar: QUEIROZ, Cristina. Op. cit. p. 330.

Nessa linha, o tema da existência jurídica do acto normativo inconstitucional ainda não é pacífico na doutrina portuguesa. Diversos são os autores que lhe negam tal condição, somente não pairando controvérsia quando a inexistência fundar-se na ausência dos requisitos mínimos de aparência do acto¹⁷⁶, como, por exemplo, na circunstância de ente privado promulgar lei de competência da Assembléia da República ou tribunal promover lei de revisão constitucional. Nessas exemplificações, diga-se, é mais do que patente a incompatibilidade entre a real natureza do acto e a rubrica normativa sob a qual ele se enuncia.

Sob tal óptica, observa-se que a inexistência do acto normativo inconstitucional é defendida por parte da doutrina, ao menos em linhas gerais, sob o argumento da incompatibilidade entre o seu conteúdo e os comandos expressos na Constituição. Trata-se, em verdade, do próprio âmago da inconstitucionalidade, que é justamente dito antagonismo. Daí porque autores como MEDEIROS e MIRANDA, por exemplo, afirmam que “(...) a inexistência jurídica de uma norma inconstitucional é uma consequência da inconstitucionalidade (...)”¹⁷⁷, tese esta respaldada por SOUSA, para quem devem ser tidos como “(...) inexistentes os actos cujos pressupostos objectivos ou conteúdo material não sejam minimamente conformes à Constituição material vigente, sob pena de se ignorar a relevância primária dessa Constituição material sobre a própria Constituição formal”¹⁷⁸. Percebe-se, deste modo, que semelhante ideia se relaciona com a identidade entre inexistência e nulidade¹⁷⁹. Afinal, consoante entende CANOTILHO, “a constituição pretendeu equiparar certas aparências de lei (...) a actos que nem sequer tenham ocorrido ou inexistido”¹⁸⁰, razão pela qual, continua, “(...) as consequências jurídicas ligadas a tal vício não se diferenciam sensivelmente das consequências que a doutrina associa ao regime das nulidades absolutas (...) e daí a proclamação de tais actos como nulo-inexistentes”¹⁸¹.

¹⁷⁶ SOUSA classifica de inconstitucionalidade orgânica - para si espécie de inexistência – como a decorrente da ausência de sujeito competente e/ou usurpação de funções. (SOUSA, Marcelo Rebelo. Op. cit., p. 280).

¹⁷⁷ MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 800.

¹⁷⁸ SOUSA, Marcelo Rebelo. Op. cit., p. 160.

¹⁷⁹ A teoria da identidade entre a inexistência e nulidade do acto normativo inconstitucional pode ser sintetizada em lição de SOUSA, que a despeito de reconhecer que “a invalidade pressupõe, antes do mais, a existência do acto considerado” (SOUSA, Marcelo Rebelo. Op. cit., p. 186), considera que, em certas circunstâncias como o desrespeito aos direitos fundamentais, há “(...) um desvio do núcleo essencial da Constituição material que gera a inexistência jurídica da realidade fáctica que a consumir, por inidentificabilidade material mínima de um acto do poder político do Estado. Aquela realidade não pode ter nada que ver com a Constituição material vigente” (SOUSA, Marcelo Rebelo. Op. cit., p. 172).

¹⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 954.

¹⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 954.

Nesse aspecto, como exemplo mais robusto da teoria da inexistência dos actos normativos inconstitucionais, CANOTILHO reporta-se às hipóteses em que a inconstitucionalidade decorre da contrariedade a direito fundamental¹⁸². De acordo com esse autor, que faz como sua a exposição contida no Acórdão 868/96 do Tribunal Constitucional português,

(...) a questão deve ser transposta para o campo dos direitos fundamentais, não se limitando à parte organizatória da constituição. Assim, por ex., uma lei que elimine o direito à vida ou à integridade pessoal com justificação na declaração de estado-de-sítio, deverá considerar-se nula-existente (cfr. art. 19.º, n.º 6); uma lei que suprima o direito de constituir família é uma lei nula-inexistente. Também nestes casos o contraste com a constituição é de tal modo grave que a melhor sanção, em face da constituição, é considerá-lo como actos impensáveis, inexistentes.¹⁸³

O argumento de inexistência do acto inconstitucional, todavia, também sofre certa relativização por esse mesmo autor, que indiretamente reconhece circunstâncias em que a inconstitucionalidade ingressará no ordenamento jurídico e nele produzirá efeitos. Destarte, a despeito de “(...) considerar a inexistência como consequência jurídica da nulidade (o acto inexistente é ainda um acto e um «não acto»)”,¹⁸⁴ CANOTILHO também menciona hipóteses de ocorrência do que classifica como situações constitucionais imperfeitas, ou seja, que “(...) exigem um tratamento diferenciado, não necessariamente reconduzível ao regime da nulidade absoluta”¹⁸⁵⁻¹⁸⁶. Seriam, pois, as circunstâncias de declaração de inconstitucionalidade sem as consequências da nulidade¹⁸⁷, da interpretação em conformidade com a Constituição¹⁸⁸, da

¹⁸² A conclusão do autor encontra respaldo no art. 18.º, n.º, 1, da Constituição da República, segundo o qual, “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Tal dispositivo, conforme será abordado no Capítulo 8, sugere espécie de precedência normativa no bojo da Constituição, o que será importante para o trato do caso julgado inconstitucional.

¹⁸³ Id. Ibid, p. 955.

¹⁸⁴ Id. Ibid, p. 954.

¹⁸⁵ Id. Ibid, p. 957.

¹⁸⁶ A exceção ao regime da nulidade importa reconhecimento da existência. Nesse sentido, consultar nota n.º 187.

¹⁸⁷ Conforme esclarece, a declaração de inconstitucionalidade sem as consequências da nulidade reporta-se ao facto de que “à inequívoca inconstitucionalidade de uma norma podem não se associar, de modo automático, todos os efeitos da nulidade absoluta. É possível, por exemplo, fixar a inconstitucionalidade mas com efeitos prospectivos ou *pro futuro* e não com efeitos retroactivos (como na nulidade absoluta). (...). Por um lado, a norma continua a vigorar; por outro lado, a declaração de incompatibilidade pretende constituir uma “barreira” de aplicação dirigida aos tribunais e entidades administrativas. Relativamente ao legislador, a “sobrevivência da norma” significa que ele deve criar uma disciplina jurídica constitucional num prazo adequado (“dever de aperfeiçoamento da lei”) (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 957-958).

nulidade parcial¹⁸⁹ e da situação ainda constitucional mas a tender para a inconstitucionalidade¹⁹⁰.

Dessas situações excepcionais, destacam-se a primeira e a última, que podem ser tidas como as mais substancialmente reveladoras do real ingresso do acto normativo inconstitucional no ordenamento jurídico português e, por consequência, de sua existência. Afinal, na medida em que a declaração de inconstitucionalidade sem as consequências de nulidade, conforme igualmente salienta o citado autor, torna “(...) possível, por exemplo, fixar a inconstitucionalidade mas com efeitos prospectivos ou *pro futuro* e não com efeitos retroactivos (como na nulidade absoluta)”¹⁹¹, na situação ainda constitucional mas a tender para a inconstitucionalidade, assim prossegue,

(...) o Tribunal proferiria uma decisão que consistiria num apelo ao legislador no sentido de este emanar nova legislação em virtude de a legislação existente em breve se tornar inconstitucional, ou num sinal de perigo em virtude de ser previsível que a situação fáctica e jurídica venha a pôr em causa o regime jurídico em vigor.¹⁹²

Observa-se, deste modo, que embora CANOTILHO não chegue expressamente a reconhecer que ditas excepcionalidades minem a afirmação de inexistência do acto normativo inconstitucional, é justamente essa ciência de situações excepcionais que possibilita aferir a existência do acto normativo atentatório à Constituição e, por conseguinte, seu ingresso no ordenamento jurídico, apesar do tão grave vício que lhe acomete. Afinal, na medida em que se identifique com certas circunstâncias, o acto inconstitucional poderá produzir efeitos, algo que não ocorreria caso inexistisse, sob pena de se afirmar que o Tribunal Constitucional, quando exercesse a típica função de controlo da constitucionalidade que lhe incumbe, ocasionalmente pudesse usurpar a competência legislativa outorgada à Assembleia da República para então criar normas. E outra não poderia ser a conclusão, pois, se assim o fosse,

¹⁸⁸ Por interpretação em conformidade com a Constituição, CANOTILHO descreve que em um “(...) caso de polissemia de sentidos de um acto normativo, a norma não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada de acordo com a Constituição”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 958).

¹⁸⁹ Como nulidade parcial, o autor reporta-se à hipótese em que “(...) a desconformidade de um acto com a constituição não for total, mas meramente parcial, a inconstitucionalidade e consequente sanção da nulidade deve também ser parcial, evitando-se a completa destruição do acto sujeito a fiscalização”. Considera de duvidosa aceitação no direito português. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 959).

¹⁹⁰ O autor também reconhece ser uma figura de duvidosa aceitação no direito constitucional português, mas com algum sentido útil, sobretudo nos casos da omissão legislativa. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 958).

¹⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 957.

¹⁹² Id. Ibid, p. 958.

haveria a inevitável sobreposição da decisão de controlo no espaço antes ocupado pela norma que se pensava existir até o instante do acolhimento da pretensão declaratória de inconstitucionalidade e seu respectivo efeito constitutivo de inexistência¹⁹³. Isso porque, de acordo com lição proferida pelo autor ao comentar a natureza da força obrigatória geral das decisões do Tribunal Constitucional (CRP; art. 282.º, n.º 1),

(...) a força de lei neste sentido não significa que as sentenças declarativas da inconstitucionalidade ou da ilegalidade tenham exactamente a mesma natureza das leis; elas são “semelhantes às leis” quanto a alguns efeitos, mas não são formalmente actos legislativos nem criam normas jurídicas. Precisamente por isso não há possibilidade de requerer a declaração de inconstitucionalidade das próprias sentenças nem o próprio TC pode eliminá-las como pode o legislador fazer em relação às leis que edita.¹⁹⁴

Nesse contexto, apesar de minoritária, parece mais adequada a lição de OTERO, para quem, apesar de tratar acerca da inconstitucionalidade das decisões judiciais¹⁹⁵, distingue “(...) esta situação dos casos de inexistência jurídica (...), os quais, segundo pensamos, não se devem qualificar como situações de inconstitucionalidade”¹⁹⁶⁻¹⁹⁷. Tal posicionamento, aliás, melhor se harmoniza com o já mencionado comando do art. 3.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, que considera como inválidos – mas não inexistentes¹⁹⁸ - os actos normativos e demais actos do Estado desconformes com suas disposições. Opinião da qual compartilha GOUVEIA, que inobstante reconheça que “a doutrina portuguesa não está de acordo quanto à modalidade de invalidade acolhida pelo nosso Direito Constitucional”¹⁹⁹, estipula graus de inconstitucionalidade que podem acarretar inexistência ou invalidade do acto normativo viciado²⁰⁰, ao expor que

¹⁹³ Afinal, ao declarar a inconstitucionalidade de norma, não seria por demais afirmar que a decisão do Tribunal Constitucional portaria natureza constitutiva, na medida em que lhe é possível controlar os efeitos dessa declaração (CR; art. 282.º, n.º 4)

¹⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 898/899.

¹⁹⁵ As decisões jurisdicionais, por serem proferidas por órgão de soberania – tribunais –, devem sujeitar-se ao mesmo tratamento concedido aos actos de igual natureza, como assim são as normas emanadas via processo legislativo.

¹⁹⁶ OTERO, Paulo. Op. cit. p. 63.

¹⁹⁷ Em passagem posterior, OTERO salienta que “(...) a invalidade de um acto jurídico não significa a ausência de produção de efeitos jurídicos. Por isso mesmo, as normas inconstitucionais produzem efeitos jurídicos até que a respectiva inconstitucionalidade seja judicialmente declarada, ainda que, reconheça-se, o princípio geral seja a destruição retroactiva dos efeitos produzidos” (OTERO, Paulo. Op. cit. p. 76).

¹⁹⁸ Ao menos, a literalidade da redacção do art. 3.º, n.º 3, reporta-se ao instituto da invalidade.

¹⁹⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar. Op. cit. p. 29.

²⁰⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar. Op. cit. p. 28.

A inexistência equivale ao desvalor mais grave. Ocorre sempre que a inconstitucionalidade, sendo de tal modo grosseira, impeça a qualificação do acto em relação ao tipo para que foi concebido. Não há, sequer, verdadeiramente qualquer acto do poder político do Estado.

A invalidade consubstancia a modalidade de desvalor genericamente aplicável e tem como causa qualquer inconstitucionalidade do acto que não seja suficiente para violar os requisitos constitucionais mínimos da sua identificabilidade. Traduz-se na incapacidade de o acto produzir os efeitos prototípicos a que estaria destinado e pode apresentar duas submodalidades, que são a nulidade e a anulabilidade, dependendo a sua consagração do regime instituído por cada Direito positivo.²⁰¹

Deste modo, demonstra-se mais adequado concluir que o acto normativo inconstitucional no ordenamento jurídico português acoberta-se sob o desvalor da invalidade, mas não inexistência, sendo que dita conclusão, a despeito de aparentemente minoritária, não pode ser tida por inovadora, pois seu efeito prático, como exposto alguns parágrafos acima, se não totalmente, é quase idêntico àquele atribuído à inexistência²⁰². Concluir pela invalidade do acto inconstitucional, em síntese, possibilita inseri-lo em um único gênero classificatório de valores, o que não ocorre com a inexistência, a qual, conforme visto, demanda a indicação de excepções.

Outrossim, considerar a incompatibilidade de conteúdo do acto normativo em relação à Constituição como causa de sua inexistência enquanto acto inserido no ordenamento jurídico parece ser análise que desconsidera o natural processo de mutação sofrido pelo direito em decorrência da natural evolução das relações sociais pelo transcurso do tempo²⁰³. É, nem verdade, ignorar o há pouco referido fenómeno da situação ainda constitucional mas a tender para a inconstitucionalidade, através da qual, de acordo com explanação de QUEIROZ, a permissibilidade de um “(...) “período transitório” de vigência da norma “não ainda inconstitucional”, “mas em breve inconstitucional”, justifica-se para evitar uma situação “ainda mais inconstitucional” face à situação que se está a julgar”²⁰⁴. Nota-se, pois, que a norma vige, a despeito da mácula que começa a afetá-la.

Não obstante, talvez o mais importante indicador da existência do acto normativo inconstitucional, por mais paradoxal que a princípio pareça, seja a constatação de que dita

²⁰¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar. Op. cit. p. 28-29

²⁰² Como constitui obviedade, o que não existe não pode produzir efeitos, o que também é a consequência da nulidade.

²⁰³ À mutação que o Direito sofre pelo transcurso do tempo exemplifica-se através da alteração semântica que o texto da norma pode sofrer em sua compreensão pela sociedade, o que pode implicar, via de consequência, alteração do próprio comando que expressa.

²⁰⁴ QUEIROZ, Cristina. Op. cit. p. 335.

inconstitucionalidade em regra resultará do legítimo exercício do processo democrático²⁰⁵, um dos princípios fundamentais da República Portuguesa (CR; arts. 1.º a 11.º). Afinal, o acto viciado de inconstitucionalidade será expedido por poder constituído – seja o executivo ou o legislativo – no regular exercício das competências constitucionais que lhe foram outorgadas e, acrescenta-se, por representantes escolhidos ou admitidos via sufrágio para exercê-los em nome do titular da soberania – o povo. Deste modo, é de se presumir que agiram em observância ao procedimento regular e constitucionalmente previsto²⁰⁶, de modo que a inconstitucionalidade de conteúdo deverá acarretar a invalidade, mas não a inexistência, mesmo quando houver violação de direitos fundamentais²⁰⁷. E de outro modo não poderia ser, pois a própria Constituição reconhece a falibilidade do poderes constituídos, sendo esta uma das razões pelas quais instituiu diversos mecanismos de controlo para combater manifestações normativas de quaisquer das funções estaduais, em especial, aquelas que padeçam de vício de inconstitucionalidade²⁰⁸. Em síntese, enquanto o “erro de inconstitucionalidade”²⁰⁹ é uma conduta constitucionalmente reconhecida, o conteúdo de dito erro, contudo, geralmente não deverá produzir efeitos²¹⁰.

Nesse sentido, análise estrita da própria Constituição Portuguesa permite aferir o reconhecimento da existência do acto normativo inconstitucional e o (des)valor de invalidade que lhe acomete, o qual poder ser tido como valor positivo da inconstitucionalidade.

Com efeito, além do aludido art. 3.º, n.º 3, que expressamente determina ser a validade - e não a existência, insista-se - das leis e dos demais actos do Estado dependente de sua conformidade com a Constituição, o art. 282.º, n.º 4, autoriza o Tribunal Constitucional a limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para que eles operem a partir de marco temporal diverso do relativo à entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, o

²⁰⁵ Quando não, possivelmente deterá o valor jurídico da inexistência em decorrência da falta de competência do agente para a produção do acto.

²⁰⁶ Consultar nota n.º 202.

²⁰⁷ Conforme exposto na nota n.º 202, emerge a mesma consequência da nulidade absoluta e, deste modo, advém impossibilidade de produção de efeitos.

²⁰⁸ Consultar nota n.º 170.

²⁰⁹ Entender a expressão “erro de inconstitucionalidade” como “vício de inconstitucionalidade”.

²¹⁰ Essa conclusão não é inovadora no ordenamento jurídico português. Afinal, conforme exposto no Capítulo 3, o art. 675.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, possibilita, por exemplo, a existência de um segundo caso julgado sobre a mesma matéria, a despeito de este último não produzir efeitos. Tal circunstância, diga-se, nada mais é do que a admissão da existência de um “erro jurisdicional” cujo conteúdo, porém, não produzirá efeitos, salvo intraproceto – caso julgado formal -, pois se veda ao juízo que o prolatou alterá-lo após o advento do correspondente trânsito em julgado. Trata-se, enfim, de analogia perfeitamente aplicável ao discurso que se desenvolve neste trabalho.

que é a regra geral estabelecida pelos n.ºs. 1²¹¹ e 2²¹², do mesmo artigo. Isso é o que se observa da leitura do texto deste último comando, que, dado à importância para a temática desenvolvida neste Capítulo, segue transcrito:

Art. 282.º

(...)

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.º 1 e 2.

Trata-se, pois, do há pouco aludido valor positivo do acto normativo inconstitucional, que se traduz na possibilidade de esse acto, embora viciado, produzir efeitos. Nesse sentido, mesmo MEDEIROS e MIRANDA, a despeito de já haverem defendido a tese da inexistência do acto inconstitucional, lecionam que o art. 282.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, possibilita dita eficácia da inconstitucionalidade, pois,

Efectivamente, o n.º 4 do art. 282.º da Constituição, com a referência ao interesse público de excepcional relevo, adopta um conceito indeterminado para abarcar todos os interesses constitucionalmente protegidos não subsumíveis nas noções de segurança jurídica e de equidade. A premissa fundamental que está na base do poder de renúncia à declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroactiva e repristinatória assenta, em rigor, na verificação de que, no caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos assegura melhor a normatividade. Isto significa que a reacção à norma inconstitucional deve ser aferida, reflexivamente, a partir da própria ordem constitucional ou, o mesmo é dizer, as consequências da inconstitucionalidade da lei devem ser determinadas no quadro da Constituição no seu todo e na sua unidade. O Tribunal Constitucional, pautando-se exclusivamente por critérios constitucionais, deve portanto escolher aquela consequência que, na situação concreta, conduza à mais rápida, efectiva e abrangentemente possível optimização da Constituição e, simultaneamente, seja capaz de evitar novas fricções constitucionais. Elementos aptos para a ponderação são, essencialmente, todos os interesses tutelados constitucionalmente.²¹³

Esses autores, aliás, chegam a se reportar a situação em que

²¹¹ CR; Art. 282.º, n.º 1. 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.

²¹² CR; Art. 282.º, n.º 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

²¹³ MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 846-847.

(...) um tribunal, não obstante ter concluído pela inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma aplicável no feito submetido a julgamento, decida aplicá-la ao caso. É o que sucede quando o tribunal recorrido procede, no âmbito da fiscalização concreta, à limitação dos efeitos da inconstitucionalidade nos termos do art. 282.º, n.º 4.²¹⁴

Daí porque, conclui-se, a norma inconstitucional entra em vigor²¹⁵ e, conseqüentemente, existe, a despeito de em regra ser precipuamente inválida. Pode ser, portanto, dotada de eficácia precária, caso eventual mitigação de seus efeitos por força de decisão exarada pelo Tribunal Constitucional não retroaja até o início de sua vigência, o que lhe possibilita declarar não somente a própria existência, como excepcionalmente valor positivo – eficácia –, a despeito de padecer de grave vício. Mais correcto seria, então, atribuir-lhe a excepcional classificação de invalidade²¹⁶ sugerida por CANOTILHO, regime especial estabelecido pela Constituição para as inconstitucionalidades, o qual não se confunde com o valor da nulidade, vez que esta sempre implicará a ausência de efeitos, tampouco com o valor da anulabilidade, que se funda na manutenção da validade até o advento de decisão constitutiva. Afinal, tanto a nulidade quanto a anulabilidade são valores que, como visto, não se adequam aos preceitos constitucionais sobre a inconstitucionalidade.

²¹⁴ MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 777.

²¹⁵ Nesse sentido, consultar: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 958.

²¹⁶ A existência do acto normativo inconstitucional e, por conseguinte, sua eficácia precária – o que lhe permite atribuir excepcional valor de invalidade – também pode ser constatada de situação a que se reportam MEDEIROS e MIRANDA em comentário à fiscalização concreta da constitucionalidade regulamentada pelo art. 280.º, n.º 5, da Constituição. Para esses autores, “(...) a jurisprudência considera que a obrigatoriedade do recurso para o Ministério Público perde a sua razão de ser ou torna admissível a desistência de recurso já interposto, quando, julgando inicialmente inconstitucional certa norma, o Tribunal Constitucional vem depois a alterar essa orientação e passa a julgá-la uniformemente como não contrária à Constituição” (MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 773). Ademais, assim continuam, “como se assinalou na anotação ao artigo 280.º, as decisões proferidas em processos de fiscalização concreta, ainda que no sentido da inconstitucionalidade ou da ilegalidade da norma impugnada, não se revestem de força obrigatória geral e, por isso, a norma, mesmo que julgada inválida pelo Tribunal Constitucional, não é eliminada da ordem jurídica” (MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 810). Não obstante, também reconhecem, “a razão que levou o legislador constitucional a enunciar a regra da retroactividade a propósito da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral vale, tanto na fiscalização abstracta sucessiva, quanto em sede de controlo concreto difuso ou concentrado. Por isso, não obstante o n.º 1 do art. 282.º da Constituição só se referir expressamente à retroactividade de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, a mesma solução há de valer para as decisões de inconstitucionalidade proferidas em processos de fiscalização concreta. Na fiscalização sucessiva, todas as decisões de inconstitucionalidade originária têm, portanto, eficácia retroactiva” (MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 823). Nesse sentido, deve-se atentar que, quando houver controlo difuso, ou seja, operado em processos cujo objecto não seja a questão de inconstitucionalidade em si, mesmo que reconhecido dito vício como fundamento para a decisão de caso concreto, ela não retirará a norma jurídica do ordenamento em vigor, pois, a despeito de lhe integrar o conteúdo (Consultar Capítulo 3.), não será afectada pelo atributo da imutabilidade do caso julgado. Enfim, há mais um parâmetro de percepção acerca da existência do acto normativo inconstitucional, daí porque se justifica atribuir-lhe o excepcional valor jurídico de invalidade, excepcional porque se trata de especial regime estabelecido pela Constituição.

5.1.2. O valor do caso julgado inconstitucional no ordenamento jurídico português.

Aferido o valor do acto normativo inconstitucional no ordenamento jurídico português, interessa perquirir o valor do caso julgado acometido de vício de inconstitucionalidade, algo que dispensa, ressalta-se, a análise do correspondente valor de qualquer outro acto jurisdicional decisório que não seja elemento formador desse instituto²¹⁷. Afinal, enquanto a decisão jurisdicional não transitar em julgado, não estará sujeita à incidência do atributo geral da imutabilidade referido no Capítulo 2. Seu vício restará, portanto, passível de correcção pelo uso dos mecanismos de controlo existentes no próprio processo jurisdicional, como são, por exemplo, os recursos a que se reporta o art. 280.º, da Constituição²¹⁸. Aliás, a própria ideia de fiscalização prévia de constitucionalidade, se vista com atenção, representa uma incongruência terminológica, pois enquanto o acto inconstitucional não se formar, por evidência não gerará os efeitos que dele se esperam, pois, em verdade, o acto em si não existirá no ordenamento jurídico, nada mais sendo do que mera expectativa²¹⁹.

Nesse contexto, tal como referido no Tópico anterior, inicialmente importa recordar que o sistema português de controlo das inconstitucionalidades reporta-se aos actos

²¹⁷ Sobre a decisão judicial final como elemento formador do caso julgado, consultar Capítulo 3.

²¹⁸ CR; Art. 280.º (Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade).

1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:
 - a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade;
 - b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo;
2. Cabe igualmente recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:
 - a) Que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado;
 - b) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma;
 - c) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma;
 - d) Que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas *a*), *b*) e *c*).
3. Quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de acto legislativo ou de decreto regulamentar, os recursos previstos na alínea *a*) do n.º 1 e na alínea *a*) do n.º 2 são obrigatórios para o Ministério Público.
4. Os recursos previstos na alínea *b*) do n.º 1 e na alínea *d*) do n.º 2 só podem ser interpostos pela parte que haja suscitado a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, devendo a lei regular o regime de admissão desses recursos.
5. Cabe ainda recurso para o Tribunal Constitucional, obrigatório para o Ministério Público, das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional.
6. Os recursos para o Tribunal Constitucional são restritos à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, conforme os casos.

²¹⁹ Afinal, enquanto a norma não entrar em vigor ela não será dotada de qualquer forma de eficácia e, portanto, também não poderá ser considerada como integrante do ordenamento jurídico.

decorrentes do exercício primário das funções executiva e legislativa, já que a Constituição, ao menos directamente, não versa sobre o controlo dos actos jurisdicionais acometidos desse vício. Não é por outra razão, diga-se, que autores como GOUVEIA sustentam que “(...) a fiscalização da constitucionalidade no Direito Constitucional Português só incide sobre actos normativos”²²⁰. Também MEDEIROS e MIRANDA lecionam que restam excluídos do controlo do Tribunal Constitucional “(...) quase todos os actos políticos ou de governo e os demais actos não normativos típicos que são os actos administrativos e as decisões judiciais”²²¹.

Ademais, consoante exposto no Capítulo 4, aparentemente as duas únicas possibilidades de controlo do caso julgado no ordenamento português são o instrumento da revisão criminal previsto no art. 29.º, n.º 6, da Constituição, e o recurso de revisão instituído pelo art. 771.º, do Código de Processo Civil. Nesse sentido, enquanto o primeiro possui a natureza de garantia de índole processual penal que protege os cidadãos injustamente condenados, o segundo permite a revisão da sentença enquanto acto de soberania contra mácula que viole a efectiva tutela jurisdicional²²², a qual, por sua vez, também possui a natureza de garantia constitucional.

Quanto à última modalidade de revisão referida no parágrafo anterior, convém recordar uma de suas circunstâncias autorizadas de manejo, que é a trazida pela alínea *f*, do art. 771.º, cujo comando enuncia que a decisão transitada em julgado poderá ser objecto de revisão quando “seja inconciliável com decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português”. Este comando normativo, conforme exposto no Capítulo 4, reconheceu que a tutela jurisdicional deve se harmonizar a uma ordem jurídica supranacional, pois a decisão de instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português obrigatoriamente encontrará fundamento no Direito Europeu ou mesmo no Direito Internacional. Em resumo, caberá revisão quando o caso julgado, mesmo que indirectamente²²³, violar normas de Direito Europeu ou Internacional reconhecidas pelo

²²⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar. Op. cit. p. 39.

²²¹ MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 714.

²²² Tutela efectiva corresponde à correcta apreciação da pretensão deduzida em juízo, mas não seu deferimento, conforme é o desejo de seu titular ao acionar poder jurisdicional. Nesse sentido, consultar Capítulo 7.

²²³ Diz-se indirectamente porque, conforme exposto, a decisão de instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português obrigatoriamente encontrará fundamento no Direito Europeu ou mesmo no Direito Internacional, que por serem seu fundamento, integrarão o objecto do caso julgado, mesmo que o ordenamento internacional não lhe atribua o atributo da imutabilidade conforme o sistema português. Daí a afirmação de que a tutela jurisdicional deve se harmonizar com ordem jurídica supranacional, a qual é reconhecida pela Constituição Portuguesa em dispositivos como os arts. 8.º e 279.º.

ordenamento português, o que indica a possibilidade de revisão do caso julgado por incompatibilidade de conteúdo entre seu objecto e norma de valor reforçado²²⁴. Não é exagero concluir, portanto, que exposta circunstância necessariamente deverá possuir natureza atentatória contra a própria garantia da tutela jurisdicional efectiva, pois esse é o único fundamento constitucional que permite a revisão do caso julgado em hipóteses estranhas àquela descrita pela Constituição em seu art. 29.º, n.º 6²²⁵.

Não obstante, deve-se atentar que, para ambas as situações autorizadas da revisão, aí incluída a incompatibilidade do caso julgado com decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português, enquanto o sujeito interessado não se valer desse instrumento revisional, o caso julgado continuará a produzir efeitos, em especial, a obrigatoriedade de seu comando prevista pelo art. 205.º, n.º 2, da Constituição²²⁶. Será, portanto, dotado de eficácia, que inclusive será atingida pelo atributo geral da imutabilidade quando, para as hipóteses do art. 771.º, do Código de Processo Civil, fluírem os respectivos prazos enunciados pelo subsequente art. 772.º²²⁷.

Como se observa, mesmo quando maculado de severos vícios incidentes sobre o próprio exercício da função jurisdicional, o caso julgado continuará a existir e a produzir efeitos. Deste modo, tão somente resta perquirir se ocorrerá idêntico tratamento quando dita mácula for de inconstitucionalidade.

Nesse contexto, é pertinente recordar afirmação feita por MENDES e exposta no Capítulo 2, no sentido de que a decisão judicial final, um dos elementos formadores do caso julgado, não apenas representa um acto jurídico²²⁸, mas também simboliza um acto de soberania²²⁹, pois, conforme assim complementa GOUVEIA

(...) é outra modalidade do acto do poder político do Estado e traduz a manifestação de vontade dos tribunais – órgãos de soberania – na prossecução dos fins do Estado e no exercício da sua função jurisdicional, através da qual se dirimem conflitos e se aplica o Direito.²³⁰

²²⁴ Sobre o conceito de normas de valor reforçado, as quais podem representar pressupostos para outras normas ou por elas devem ser respeitadas, consultar o Acórdão n.º 134/2010, lavrado pelo Tribunal Constitucional de Portugal, disponível para acesso em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100134.html>. Acesso em Julho de 2010.

²²⁵ Para maiores detalhes, consultar Capítulo 4.

²²⁶ Acerca da obrigatoriedade das decisões judiciais, consultar Capítulo 2.

²²⁷ Consulta nota n.º 131.

²²⁸ Nesse sentido, consultar: MENDES, João de Castro. Op. cit. p. 301.

²²⁹ Nesse sentido, consultar: MENDES, João de Castro. Op. cit. p. 311

²³⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar. Op. cit. p. 41.

Daí porque, como acto de soberania que é, a decisão formadora de caso julgado estará sujeita à determinação do art. 3.º, n.º 3, da Constituição, que, conforme visto, pugna estar a validade dos actos do Estado dependente da sua conformidade com a própria Constituição. Todavia, indaga-se se essa invalidade que sobre si recai deverá possuir natureza semelhante à defendida por grande parte da doutrina portuguesa quanto aos actos normativos inconstitucionais?²³¹ Será, enfim, a invalidade compreendida como nulidade e, por esta razão, implicará inexistência?

A resposta, mesmo para a acusada doutrina, parece ser negativa. Com efeito, SOUSA, ao tratar do valor jurídico do acto inconstitucional e dele exceptuando os notórios casos de inexistência por ausência dos requisitos mínimos de aparência²³², exclui o caso julgado inconstitucional de sua tese de nulidade-inexistência, ao lecionar que

A Constituição não consagra a fiscalização da constitucionalidade das decisões jurisdicionais, dentro de uma visão, segundo a qual toda e qualquer decisão jurisdicional se reconduz sempre à execução de actos legislativos ordinários e que, portanto, nunca pode ser directa e imediatamente inconstitucional, mas só indirecta ou mediamente (ao aplicar um acto inconstitucional ou ao recusar a aplicação de um acto alegadamente inconstitucional que afinal o não era). Como consequência, os actos jurisdicionais inconstitucionais não podem ser considerados nulos por força da Constituição.²³³

Atribui-lhe, deste modo, valor positivo, pois não apenas lhe reconhece a existência, mas também a eficácia, pois sequer neles identifica o valor jurídico da invalidade, a despeito do mencionado comando do art. 3.º, n.º 3, da Constituição. Tese esta compartilhada por GOUVEIA, para quem

Os casos de valor positivo do acto inconstitucional admitidos pelo actual Direito Constitucional Português são três: a convenção internacional inconstitucional prevista no artigo 277.º, n.º 2, o acto político *stricto sensu* não normativo ferido por um vício intrínseco e menor de inconstitucionalidade e o acto jurisdicional, tomado em última instância, não normativo se dimanado dos tribunais comuns, ferido por um vício intrínseco e menor de inconstitucionalidade e desde que não seja causador de danos.²³⁴

²³¹ Consultar nota n.º 179.

²³² Como grave vício de competência, SOUSA faz alusão às “(...) aparências de actos jurisdicionais aprovados por uma entidade que não é órgão do Estado ou mediante alegada consulta popular” (SOUSA, Marcelo Rebelo. Op. cit., p. 324).

²³³ SOUSA, Marcelo Rebelo. Op. cit., p. 325-326.

²³⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar. Op. cit. p. 81.

Também MEDEIROS e MIRANDA, não obstante adeptos da tese da nulidade-inexistência do acto normativo inconstitucional, salientam que tratamento similar não pode incidir sobre o caso julgado inconstitucional. Para tanto, argumentam que

(...) está muito em voga a ideia de que a ressalva dos casos julgados não vale quando esteja em causa a aplicação de uma lei juridicamente inexistente. Mas, se o respeito pelos casos julgados em geral é uma consequência coerente da tese da nulidade da lei inconstitucionalidade, forçoso é também concluir, por razões análogas, que a chamada inexistência jurídica da lei inconstitucional não envolve, necessariamente, a inexistência das correspondentes decisões jurisdicionais²³⁵.

Com efeito, a despeito do severo vício de inconstitucionalidade que pode acometê-lo, o valor positivo dessa espécie de caso julgado e, conseqüentemente, sua existência, já é expressamente reconhecido quando a inconstitucionalidade resultar da norma jurídica que o fundamentou, tal como assim determina o art. 282.º, n.º 3, da Constituição. Afinal, este comando, ao dispor que ficam ressalvados os casos julgados fundados em norma declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional em sede de controlo, com a possível excepção²³⁶ das hipóteses em que a norma respeitar matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido, não somente reconhece que o caso julgado fundado em norma inconstitucional existirá, como que continuará a produzir efeitos indefinidamente, pois o atributo geral da imutabilidade não será, salvo as mencionadas excepções, afectado pela força obrigatória a que se reporta o n.º 1, do mesmo art. 282.º²³⁷.

Nota-se, deste modo, que a Constituição Portuguesa institui tratamento diferenciado quanto ao valor a ser atribuído ao caso julgado fundado em norma declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional e o próprio acto normativo assim reconhecido. Isso porque, enquanto para o primeiro predomina a concessão de valor positivo, o qual somente poderá ser revisto após declaração prolatada nas circunstâncias excepcionais do art. 282.º, n.º 3, para o

²³⁵ MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 840-841.

²³⁶ Utiliza-se o termo “possível” porque, para ocorrer a aludida excepcional mitigação do atributo da imutabilidade do caso julgado, faz-se necessária decisão do Tribunal Constitucional nesse sentido quanto a matérias de natureza penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social.

²³⁷ Estas excepções, aliás, também servem para reconhecer a existência da norma inconstitucional no ordenamento jurídico, pois, apesar de viciada, ela produzirá efeitos, na medida em que integrará o objecto do caso julgado que nela se fundar, mesmo que não atingida pelo atributo da imutabilidade. Nesse sentido, consultar Capítulo 3.

segundo há presunção de valor negativo, que por sua vez também poderá ser excepcionalmente revista nos termos do art. 282.º, n.º 4. Essa distinção quanto à atribuição de valores, todavia, não pode ser tida como contraditória, o que se justifica por duas razões.

Uma delas é que o reconhecimento de valor positivo ao acto inconstitucional, seja pela regra geral do art. 282.º, n.º 3, seja pela possibilidade de excepção prevista pelo art. 282.º, n.º 4, não pode ser tida como incompatível com o valor da invalidade estabelecido pelo art. 3.º, n.º 3. Afinal, a menos que se reconheça a inconstitucionalidade de norma constitucional, hipótese que este trabalho não considera²³⁸ salvo os casos de vício formal do processo de promulgação de Lei de Revisão Constitucional, é a Constituição que estabelece o regime de controlo dos actos que em si encontram fundamento e a si devem respeitar, motivo pelo qual, atesta-se, ela também pode autorizar excepções.

Já a outra razão que justifica o mencionado tratamento diferenciado entre o valor atribuído ao caso julgado fundado em norma inconstitucional e o próprio valor atribuído a esta espécie de acto normativo é que, conforme exposto no Capítulo 4, a decisão judicial final, quando compreendida enquanto acto de soberania, deve ser analisada como o último elemento formador de outro acto complexo, que é a tutela jurisdicional. Esta, por sua vez, para atingir a efectividade a que se reporta o art. 20.º, da Constituição, pressupõe o fiel cumprimento das determinações contidas em outros três dispositivos constitucionais, que são os arts. 202.º, n.º 2; 203.º; e 204.º. O primeiro deles firma que “na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados”. Este objectivo, contudo, deve ser perseguido de acordo com os ditames do segundo e terceiro artigos citados, que após garantirem a independência dos tribunais, determinam que a actuação desses órgãos é sujeita à lei (CR; art. 203.º) e à Constituição (CR; art. 204.º), seja quanto à aplicação do direito em si, seja quanto à observância das normas de processuais. Como consequência, é de se esperar que eles atuem em conformidade com todo o ordenamento jurídico em vigor, o que ocorre mediante fiscalização, diga-se, pois aos sujeitos processuais que entre si e com os tribunais dialogam via processo são oferecidos diversos meios para impugnar a decisão que considerem equivocada antes de o atributo geral da

²³⁸ Consultar nota n.º 158.

imutabilidade a atingir. Nesse sentido, válida é a lição de SOARES, que embora defenda uma teoria tridimensional do caso julgado não totalmente acolhida nesta pesquisa²³⁹, expõe que

O que possibilita que uma decisão jurisdicional atenda ao critério de constitucionalidade e a certeza do direito e, portanto, inviabiliza a sua modificação, não é a interpretação jurídica que se desenvolve para no caso concreto, mas, sobretudo, a garantia da democracia, que se realiza no âmbito jurisdicional, com a garantia do contraditório.²⁴⁰

Ademais, a própria obrigação de os tribunais observarem as normas constitucionais e assim realizarem o controlo concreto a que se reporta o art. 280.º, n.º 1, da Constituição, demonstra que para toda a pretensão deduzida em juízo há uma prévia ponderação sobre a constitucionalidade da norma que a fundamenta²⁴¹. Deste modo, mesmo que haja posterior declaração de inconstitucionalidade de norma proferida pelo Tribunal Constitucional em sede de controlo, a decisão anteriormente proferida por tribunal diverso existirá e, em regra, continuará a produzir efeitos, pois será detentora da obrigatoriedade a que se refere o art. 205.º, n.º 2 até decisão em contrário na forma do art. 282.º, n.º 3. E de outra forma não poderia ser, vez que qualquer órgão de natureza jurisdicional, seja juiz, tribunal de relação ou tribunal superior, representa uma das funções do poder soberano, que dada a sua peculiar natureza, não se encontra centralizada em poucos organismos como é a Presidência da República para o exercício da função executiva ou a Assembleia da República para o exercício da função legislativa. Em síntese, a decisão judicial final viciada de inconstitucionalidade por aplicar norma inconstitucional existirá, embora excepcionalmente seja passível de mitigação, pois, assim como ocorre em relação ao acto normativo aludido no item anterior, será expressão directa de órgão de soberania, sendo apenas a sua validade ocasionalmente sujeita a controlo ao contrário da última²⁴², distinção de tratamento instituída pela própria Constituição.

Há, porém, consideração diversa quanto às outras duas espécies de caso julgado inconstitucional, quais sejam, aquele directamente desafiador do texto constitucional e o que recuse a aplicação de uma norma constitucional sob o fundamento de inconstitucionalidade.

²³⁹ Nesse sentido, consultar o Capítulo 430.

²⁴⁰ SOARES, Carlos Henrique. Op. cit. p. 223.

²⁴¹ A causa de pedir, que integra o fundamento da decisão e por isso não vinculará o Tribunal Constitucional. Nesse sentido, consultar Capítulo 9.

²⁴² O próprio acto normativo de soberania estadual será objecto de controlo e não apenas seus efeitos.

Nessas circunstâncias, deverá vigorar valor idêntico àquele atribuído ao acto normativo inconstitucional, pois não há tratamento especial estabelecido pela Constituição como assim ocorre para o caso julgado fundado em norma declarada inconstitucional em sede de controlo abstracto pelo Tribunal Constitucional.

Daí porque, conclui-se, por serem actos de soberania de natureza complexa, formados tão somente após a tramitação de processo judicial em contraditório, aplicam-se às duas modalidades de caso julgado inconstitucional aludidas no parágrafo anterior os ditames do art. 3.º, n.º 3, para assim considerá-los existentes, porém dotados de eficácia precária à semelhança do imperfeito e excepcional regime atribuído ao acto normativo inconstitucional, vez que sujeitos a revisão, conforme desta forma será discorrido nos Capítulos seguintes.

5.2. O valor das inconstitucionalidades no ordenamento jurídico brasileiro.

5.2.1. O valor do acto normativo inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme exposto no Tópico anterior, o valor jurídico da inconstitucionalidade depende do sistema de controlo existente e efectivamente praticado no respectivo ordenamento jurídico. Daí porque, assim como se procedeu para a análise do valor do acto normativo inconstitucional no ordenamento português, estudo sobre seu correspondente no ordenamento brasileiro impescinde da observância dos preceitos do texto constitucional que o regulamenta, pois também no Brasil é a Constituição o diploma normativo que fundamenta todas as demais normas e delas exige adequação.

Nesse sentido, muito embora a Constituição Brasileira não contenha regramento tão explícito quanto é o art. 3.º, n.º 3, da Constituição Portuguesa, sobressaem-se ao longo de seu texto diversos dispositivos que lhe confirmam a aludida supremacia normativa, o que representa a primeira condição para a justificação e estabelecimento de um sistema de controlo.

Nesse aspecto, o mais importante dos comandos constitucionais talvez seja o art. 1.º, parágrafo único, cuja redacção, ao fazer expressa referência ao poder constituinte originário e seu titular, declara que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Como se observa, a ressalva feita no último segmento desse dispositivo firma restrição contra o próprio poder soberano, a qual

incidirá a partir do momento seguinte à promulgação da Constituição²⁴³, ocasião em que seu exercício passará a ser subordinado aos limites estabelecidos por esse mesmo documento normativo fundamental do recém criado Estado²⁴⁴. Em resumo, o poder soberano do povo, ao sintetizar a Constituição, a ela restringiu seu exercício, pois conferiu a natureza de poder constituído a suas subseqüentes manifestações²⁴⁵, desde então subordinadas e dependentes de adequação para com o texto constitucional.

A posição de supremacia da Constituição Brasileira no ordenamento jurídico em que se insere também pode ser aferida pelo estabelecimento de segmento seu quase imutável, pois impassível de alteração restritiva²⁴⁶ por Lei de Revisão Constitucional, que no Brasil recebe a denominação de Emenda Constitucional (CF; art. 59, I). De acordo com o art. 60, §4.º, não será objecto de deliberação²⁴⁷ no Congresso Nacional²⁴⁸ proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; e os direitos e garantias fundamentais. Trata-se de instituto baptizado pela doutrina brasileira como cláusulas pétreas²⁴⁹, o que deu azo à classificação da Constituição do Brasil como rígida²⁵⁰. Deste modo, fácil chegar à conclusão de que, se em ditas hipóteses sequer é possível alterar o texto constitucional pelo regular procedimento em si próprio estabelecido - o qual se caracteriza por regras rigorosas como a exigência de quorum privilegiado²⁵¹ e

²⁴³ A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 05 de outubro de 1988.

²⁴⁴ Em acepção estrita, é a Constituição, documento fundamental de uma ordem jurídica, que cria o Estado. Nesse sentido, consultar: Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 2006, p. 316-321.

²⁴⁵ Consultar nota n.º 159.

²⁴⁶ Os direitos fundamentais são protegidos pelo art. 60, §4.º, da Constituição de 1988, que lhes confere a natureza de cláusulas pétreas, em que somente se permitem alterações que reforcem ou ampliem seu conteúdo. Assemelha-se, pois, ao art. 288.º, da Constituição da República Portuguesa. Nesse sentido, consultar: SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 65-68.

²⁴⁷ O termo de “deliberação” autoriza controlo preventivo de constitucionalidade, pois proposta de emenda que viole os preceitos do art. 60, § 4.º, pode ser de plano rejeitada ainda nas casas legislativas face evidente inconstitucionalidade.

²⁴⁸ O Congresso Nacional é o órgão que exerce a função legislativa do poder soberano no Brasil e equivale à Assembleia da República Portuguesa, embora seja bicameral, composto por uma Câmara dos Deputados e um Senado Federal (CF; art. 44).

²⁴⁹ Consultar nota n.º 143.

²⁵⁰ De acordo com BONAVIDES, classificam-se como “rígidas, as que não podem ser modificadas da mesma maneira que as leis ordinárias” (BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 66).

²⁵¹ Segundo o art. 60, da Constituição, a emenda constitucional depende de proposta de um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou Senado, bem como somente será aprovada após votação em dois turnos em cada uma das casas, exigindo-se aprovação por três quintos dos membros de uma e outra em cada uma das quatro votações.

iniciativa legislativa especial²⁵² -, quanto menos por simples lei ordinária²⁵³⁻²⁵⁴, algo que indubitavelmente demanda a existência de sistema de controlo de constitucionalidade.

Há, todavia, outros dispositivos que reconhecem a posição de ápice do sistema normativo que a Constituição ocupa. O art. 125, por exemplo, estabelece que os Estados brasileiros “(...) organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição”. Já o art. 238, por sua vez, determina que “a lei ordenará a venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas renováveis, respeitados os princípios desta Constituição”. Ambos os dispositivos, como se percebe, são comandos de natureza programática, que fixam a orientação a ser adoptada pelo legislador infraconstitucional.

Outra regra programática que evidencia a superioridade normativa da Constituição do Brasil também pode ser percebida em seu art. 220, cuja redacção enuncia ser “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Por fim, citam-se menções indiretas à supremacia da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro, como assim ilustra o art. 78, que versa sobre o juramento a ser prestado pelos Presidente e Vice-Presidente da República por ocasião da posse em seus cargos. Segundo aludido comando, estes membros do Poder Executivo da União²⁵⁵ deverão prestar “(...) o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição (...)”, cuja violação pode acarretar a tipificação do crime de responsabilidade²⁵⁶ previsto pelo art. 85²⁵⁷.

²⁵² Outros legitimados para a apresentação de proposta de emenda constitucional são o Presidente da República e mais da metade das Assembleias Legislativas das Unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. (CF; art. 60, II e III).

²⁵³ No Brasil, chama-se lei ordinária aquela que não demanda quorum qualificado para aprovação no Legislativo.

²⁵⁴ Consultar nota n.º 159.

²⁵⁵ A “União” é uma das entidades da federação brasileira, dotada de personalidade para a aquisição de direitos e obrigações, que simboliza a própria federação brasileira, composta pelo conjunto de Estados e Municípios. É a União que representa o Brasil no plano das relações internacionais com outros Estados (CF; art. 21, I).

²⁵⁶ A despeito da nomenclatura, o crime de responsabilidade no direito brasileiro constitui uma infracção política, pois não acarreta sanção penal, mas sim a inabilitação do condenado para o exercício de qualquer função pública (Lei n.º 1.079, de 10 de Abril de 1950), e, quando o acusado for o Presidente da República, a competência para julgamento pertencerá ao Senado Federal (CF; art. 52, I).

²⁵⁷ CF; Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I – a existência da União;

II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes Constitucionais das Unidades da Federação;

III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV – a segurança interna do País;

V – a probidade na administração;

VI – a lei orçamentária;

Porém, é pelo exposto estabelecimento de regras de controlo de constitucionalidade²⁵⁸ que a supremacia normativa da Constituição resta consolidada²⁵⁹. Nesse sentido, percebe-se que o regime de controlo adoptado pela Constituição do Brasil é quase idêntico ao português, pois nele também se prevê a fiscalização preventiva da constitucionalidade, assim como o controlo concreto ou abstracto²⁶⁰, difuso²⁶¹ e, inclusive, o que combate a omissão inconstitucional²⁶².

Todavia, no que condiz ao valor do acto normativo inconstitucional, a Constituição Brasileira não apresenta comando semelhante ao art. 282.º, n.º 1, da Constituição Portuguesa, que o permite aferir ao regulamentar os efeitos temporais e repristinatórios da declaração de inconstitucionalidade. Em verdade, a Constituição do Brasil apenas se reporta aos limites objectivos e subjectivos da declaração de inconstitucionalidade, o que faz ao estabelecer em seu art. 102, § 2º, que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Não há, como se percebe, qualquer menção expressa ao valor do acto normativo inconstitucional, seja para lhe identificar a existência, seja para lhe atribuir invalidade ou mesmo eficácia²⁶³.

VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Estes crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

²⁵⁸ Segundo o art. 102, I, *a*, da Constituição Brasileira, compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a ação directa de inconstitucionalidade de lei ou acto normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou acto normativo federal.

²⁵⁹ Nesse sentido, consultar nota n.º 159.

²⁶⁰ No direito brasileiro, denomina-se controlo concreto ou abstracto aquele realizado via acção directa de inconstitucionalidade ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal (CF; art. 102, I, *a*), em que o objecto é tão somente a norma em abstracto, ou seja, em que o julgamento não decidirá nenhuma lide.

²⁶¹ No direito brasileiro, denomina-se controlo difuso de constitucionalidade aquele que é exercido incidentalmente por qualquer juiz ou tribunal no curso de demanda, cuja questão de (in)constitucionalidade é prejudicial para o julgamento da pretensão deduzida em juízo. Esta espécie de controlo não faz coisa julgada quanto à norma tida por inconstitucional, que continua em vigor no ordenamento e, por consequência, produzindo efeitos.

²⁶² O controlo de inconstitucionalidade por omissão é previsto pelo art. 103, § 3.º, da Constituição Brasileira, segundo o qual, “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

²⁶³ Conforme exposto no início deste Tópico, no texto constitucional também não há norma como o art. 3.º, n.º 3.

Não obstante, é quase pacífico o posicionamento da doutrina brasileira de que o valor jurídico da norma inconstitucional é a nulidade²⁶⁴, argumento que se funda no direito comparado e interpretação histórica acerca do controlo da constitucionalidade no país. Com efeito, consoante leciona MENDES,

A disposição declarada inconstitucional no controle abstrato de normas não mais pode ser aplicada, seja no âmbito do comércio jurídico privado, seja na esfera estatal. Consoante essa orientação, admite-se que todos os atos praticados com base na lei inconstitucional estão igualmente eivados de iliceidade. Essa orientação, que já era dominante antes da adoção do controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro, adquiriu, posteriormente, quase o significado de uma verdade axiomática.²⁶⁵

Essa aparente concordância acerca do valor jurídico da nulidade, todavia, sofre mitigação do próprio ordenamento jurídico brasileiro, que admite espécie de manipulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de norma à semelhança do estabelecido pelo art. 282.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa. Dito abradamento, porém, não se encontra previsto no texto constitucional, mas em diploma normativo de inferior patamar hierárquico, que é a Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999²⁶⁶, responsável pela regulamentação do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal²⁶⁷⁻²⁶⁸. Trata-se, pois, do comando expresso pelo art. 27, cuja redacção determina que, “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Nesse aspecto, interessa salientar que, apesar de o tratamento das normas inconstitucionais depender de regulamentação expressa na própria Constituição²⁶⁹, o comando normativo referido no parágrafo anterior não é tido por incompatível com o texto

²⁶⁴ Nesse sentido, consultar: MACHADO, Daniel Carneiro. Op. cit., p. 110.

²⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Ed. Malheiros. 5ª ed. 2009, p. 321-322.

²⁶⁶ Sobre a inspiração do legislador brasileiro no preceito contido no art. 282.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa, consultar: MACHADO, Daniel Carneiro. Op. cit., p. 113-114.

²⁶⁷ O Supremo Tribunal Federal brasileiro faz as vezes do Tribunal Constitucional português (CR; art. 221.º), pois a ele, segundo o art. 102, *caput*, “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)”.

²⁶⁸ Sobre a inovação a respeito dos efeitos de decisão de inconstitucionalidade trazida pelo art. 27, da Lei n.º 9.868/99, consultar: MACHADO, Daniel Carneiro. Op. cit., p. 113.

²⁶⁹ Consultar Tópico 5, deste Capítulo.

constitucional brasileiro²⁷⁰, pois representaria espécie de regulamentação de seu art. 102, I, *p*, que estabelece competir ao Supremo Tribunal Federal apreciar “o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade”. Afinal, embora a Constituição não seja explícita, é certo que, no âmbito do controlo de constitucionalidade, possibilita a utilização do instituto da medida cautelar previsto no Código de Processo Civil²⁷¹ desse país, para assim permitir, consoante elucida TEMER ao tratar do assunto, a “(...) paralisação da eficácia do ato normativo enquanto a representação pender de julgamento”²⁷². Deste modo, logo se observa que dita paralisação possui natureza quase idêntica à regulamentação de efeitos estipulada pelo art. 27, da Lei n.º 9.868/99, porém realizada em momento anterior ao trânsito em julgado da decisão de controlo. É, enfim, segue o citado autor, a “(...) exceção ao princípio segundo o qual os atos normativos são presumidamente constitucionais. A regra é a não-invalidação apriorística do texto normativo. A concessão da liminar produz esse efeito antes da declaração definitiva”²⁷³. Em suma o controlo dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Brasil encontra fundamentos constitucionais, mesmo que não tão evidentes quanto em Portugal.

A consequência dessa conclusão em favor da existência de autorização para o controlo dos efeitos do acto normativo inconstitucional, seja antes ou após o advento do trânsito em julgado da respectiva decisão, será o enfraquecimento da classificação atribuída à natureza de seu valor como de nulidade, em semelhança à crítica realizada contra o posicionamento dominante na doutrina portuguesa²⁷⁴. Isso porque, na medida em que se reconhece a possibilidade de suspensão dos efeitos da norma inconstitucional, indirectamente se constata a sua existência, bem como sua possível produção de efeitos, apesar de tão grave vício que

²⁷⁰ O Supremo Tribunal Federal corriqueiramente utiliza o instrumento da modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de norma. Nesse sentido, consultar o Acórdão proferido na ADI 3791/DF, pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1="exnunc"&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=). Acessado em Julho de 2010

²⁷¹ O instituto da acção cautelar é previsto no Livro III, Capítulo I, arts. 796 a 889, do Código de Processo Civil brasileiro, e seu objectivo é, segundo leciona CÂMARA, “(...) assegurar a efetividade de uma futura atuação jurisdicional” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual**. Vol III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2001, p. 14).

²⁷² TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Malheiros. 2003, p. 50.

²⁷³ Id. Ibid. p. 50.

²⁷⁴ Consultar nota n.º 179.

sobre si incide. A norma inconstitucional, por conseguinte, existirá²⁷⁵ e poderá ser dotada de eficácia, algo que não é compatível com a tese da nulidade.

Ademais, a tese da existência e excepcional produção de efeitos da norma inconstitucional também se harmoniza com as disposições da própria Constituição acerca do controlo difuso da constitucionalidade, ou seja, a fiscalização exercida individualmente pelos juízes ou tribunais de forma incidental quando da apreciação de cada uma das pretensões que lhes são deduzidas²⁷⁶. Afinal, quando o órgão jurisdicional fundamentar sua decisão em argumento de inconstitucionalidade, este, apesar de integrar o objecto do comando judicial decisório, não será afectado pelo atributo geral da imutabilidade incidente sobre a coisa julgada²⁷⁷. Deste modo, a norma inconstitucional, a despeito de assim reconhecida por órgão de soberania, permanecerá em vigor e dotada de eficácia, podendo ser perfeitamente aplicada.

Aliás, mesmo quando o controlo difuso da constitucionalidade for exercido pelo Supremo Tribunal Federal, não resta dúvida sobre a existência e possível vigência e eficácia da norma inconstitucional após o respectivo reconhecimento desse vício. Isso porque, na hipótese de a pertinente declaração de inconstitucionalidade acontecer na forma estatuída pelo art. 97²⁷⁸, da Constituição, segundo o qual “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”, será da competência do Senado Federal, por força do art. 52, X, “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Nota-se, pois, que a norma inconstitucional não será retirada do ordenamento jurídico, mas apenas terá sua eficácia suspensa, situação esta que não é única na Constituição Brasileira²⁷⁹. E, acrescente-se, ainda poderá ocorrer circunstância em que o Senado Federal, apesar de comunicado pelo Supremo Tribunal Federal acerca de sua decisão, permaneça inerte ou

²⁷⁵ Salvo os casos de inconstitucionalidade orgânica, que, conforme visto, é aquela decorrente da ausência de sujeito competente e/ou usurpação de funções, a norma continuará a produzir efeitos, ao menos durante o período reconhecido pelo Tribunal. Nesse sentido, consultar nota n.º 187.

²⁷⁶ Assim como em Portugal, o Brasil possibilita o controlo difuso de constitucionalidade. Nesse sentido, consultar nota n.º 261.

²⁷⁷ Consultar Capítulo 3.

²⁷⁸ Este artigo não se aplica ao controlo concentrado da constitucionalidade realizado mediante o ajuizamento de acção directa de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (CF; art. 102, I, *a*).

²⁷⁹ Outro caso de suspensão de eficácia da norma, que ainda continua em vigor no ordenamento apesar de não produzir efeitos, é o estipulado pelo art. 24, § 4.º, da Constituição Federal, que ao tratar da competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal sobre dadas matérias, em que compete à União estabelecer normas gerais (§1.º) e aos Estados suplementá-las (§2.º) ou também editar normas gerais em caso de inércia da União (§3.º), determina que “a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

simplesmente indefira a suspensão dos efeitos da norma inconstitucional, que seguirá a produzir efeitos enquanto não for objecto de controlo abstracto ou concentrado de constitucionalidade julgado procedente.

Afere-se, portanto, que atribuir o valor da nulidade ao acto normativo inconstitucional não parece ser a melhor solução para o ordenamento jurídico brasileiro, que à semelhança de Portugal, parece adoptar regramento especial. Nesse sentido, adequada é a lição de SILVA, para quem

Problema debatido é o dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, cujo deslinde depende da solução da grave controvérsia sobre a natureza do ato normativo inconstitucional: se é inexistente, nulo ou anulável. Buzaid acha que toda lei, adversa à Constituição, é absolutamente nula, não simplesmente anulável. Ruy Barbosa, calcado na doutrina e jurisprudência norte-americanas, também dissera que toda medida, legislativa ou executiva, que desrespeite preceitos constitucionais é, de sua essência, nula. Francisco Campos sustenta que um ato ou uma lei inconstitucional é inexistente.

A nós nos parece que essa doutrina privatística da invalidade dos atos jurídicos não pode ser transposta para o campo da inconstitucionalidade, pelo menos no sistema brasileiro, onde, como nota Themístocles Brandão Cavalcanti, a declaração de inconstitucionalidade em nenhum momento tem efeitos tão radicais, e, em realidade, não importa por si só na ineficácia da lei.

A questão demanda distinções que faremos mais adiante, mas, por princípio, achamos que o constitucionalismo brasileiro estruturou técnica peculiar de controle, que não comporta a teoria norte-americana. Milita presunção de validade constitucional em favor de leis e atos normativos do Poder Público, que só se desfaz quando incide o mecanismo de controle jurisdicional estatuído na Constituição. Essa presunção foi reforçada pela Constituição pelo teor do art. 103, §3.º, que estabeleceu um contraditório no processo de declaração de inconstitucionalidade, em tese, impondo o dever de audiência de Advogado-Geral da União que obrigatoriamente defenderá o ato ou teto impugnado. A declaração de inconstitucionalidade, na via indireta, não anula a lei nem a revoga; teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade nos termos do art. 52, X; a declaração na via direta tem efeito diverso, importa suprimir a eficácia e aplicabilidade da lei ou ato, como veremos nas distinções feitas em seguida.

Em primeiro lugar, temos que discutir a eficácia da sentença que decide a inconstitucionalidade na via da exceção, e que se resolva pelos princípios processuais. Nesse caso, a arguição da inconstitucionalidade é questão prejudicial e gera um procedimento *incidenter tantum*, que busca a simples verificação da existência ou não do vício alegado. E a sentença é declaratória. Faz coisa julgada no caso e entre as partes. Mas, no sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que a proferiu, não faz ela coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, porque qualquer tribunal ou juiz, em princípio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade, como já vimos.

O problema deve ser decidido, pois, considerando-se dois aspectos. No que tange ao caso concreto, a declaração surte efeitos *ex tunc*, isto é, fulmina a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento. No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua excecutoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí por diante, *ex nunc*. Pois até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos.²⁸⁰

Não obstante, como lembrança da afirmação do regime especial de tratamento das inconstitucionalidades dos actos soberanos feita alguns parágrafos acima, convém expor o alerta de ALEXANDRINO e PAULO, que após defenderem a tese de que o correcto valor seria da anulabilidade, pois se manteriam os efeitos do acto viciado até a correspondente declaração de nulidade – decisão que na verdade teria a natureza constitutiva -, enfatizam,

(...) porém, que a regra, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, continua sendo a de que o ato editado em desconformidade com a Constituição é nulo, desprovido de efeitos jurídicos desde a sua origem. Significa dizer, a possibilidade de limitação temporal dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, introduzida pela Lei n.º 9.868/1999, constitui situação excepcional, que somente pode ser aplicada diante das situações extraordinárias nela mencionadas.²⁸¹

Há, por fim, um aspecto que se aproxima do âmbito da curiosidade, mas que bem revela a inadequação da transposição dos conceitos de direito civil sobre para o estudo do valor do acto normativo inconstitucional. É que, consoante destaca MENDES,

Na Assembléa Constituinte de 1986-88, foi proposta a introdução de dispositivo que autorizava o Supremo Tribunal Federal a determinar se a lei que teve sua inconstitucionalidade declarada no controle abstrato de normas haveria de perder eficácia *ex tunc*, ou se a decisão teria de ter eficácia a partir da data de sua publicação. Esse projeto, que observava, em linhas gerais, o modelo estabelecido no art. 282.º, §4º, da Constituição portuguesa, foi rejeitado.

Preservou-se, assim, orientação que considera nula *ipso jure* e *ex tunc* a lei inconstitucional.

Esse entendimento tem base constitucional. O princípio do Estado de Direito, fixado no art. 1º, a aplicação imediata dos direitos fundamentais, consagrada no §1º do art. 5º, a vinculação dos órgãos estatais aos princípios constitucionais, que daí resulta, e a imutabilidade dos princípios constitucionais, no que concerne aos direitos fundamentais e ao processo

²⁸⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2002, p. 52-54.

²⁸¹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. São Paulo: ed. Método. 2009, p. 791.

especial de reforma constitucional, ressaltam a supremacia da Constituição. Do art. 5º, LXXI, da Constituição, que assegura a qualquer indivíduo que seja impedido de exercer um direito constitucional garantido em virtude da omissão dos órgãos legislativos o direito de reivindicar uma atividade legislativa mediante a propositura de mandado de injunção, pode-se concluir que não apenas os direitos fundamentais, mas todos os demais direitos subjetivos constitucionalmente assegurados, vinculam os órgãos estatais.²⁸²

Como se observa da lição supra, durante o processo de elaboração da Constituição Brasileira, cogitou-se a adoção de regra semelhante à contida no art. 282.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa, a qual, conforme visto, acabou por ser posteriormente reproduzida a nível infraconstitucional através do art. 27, da Lei n.º 9.868/99. No entanto, a razão da recusa por ocasião da Assembléia Nacional Constituinte foi que, caso expressamente prevista dita manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, haveria renúncia à tradicional tese da nulidade do acto normativo inconstitucional adoptada no direito brasileiro, pois à época se acreditava aproximar do conceito de anulabilidade, apesar de este não ser aceite pela própria doutrina portuguesa. Ocorre que, tal como exposto no Tópico 5.1.1, a existência da regra instituída pelo art. 282.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa, não afastou a tese dominante na doutrina lusitana quanto à nulidade do acto normativo inconstitucional, a qual, soma-se, possui dimensão maior que no Brasil, pois em Portugal há forte corrente segundo a qual a nulidade decorrente da desconformidade com a Constituição corresponde à inexistência.

Todavia, a despeito de prevalecer a tese da nulidade do acto normativo inconstitucional no direito brasileiro, à semelhança do que se concluiu quanto ao ordenamento português, não se pode desconsiderar que a norma inconstitucional entra em vigor e, consequentemente, existe, a despeito de ser passível de mitigação. É, portanto, dotada de eficácia precária, dada a essa possibilidade de relativização por decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal, o que lhe possibilita reconhecer não somente a própria existência, como excepcionalmente valor positivo – eficácia. Mais adequado seria, então, classificá-la como detentora de valor jurídico excepcional, conclusão a que se chegou para o sistema português²⁸³.

²⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 324-325.

²⁸³ A despeito de defender a nulidade do acto normativo inconstitucional, MENDES, ao comentar trecho de voto proferido pelo Ministro Leitão de Abreu no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 79.343 perante o Supremo Tribunal Federal, leciona que a norma inconstitucional, se nula no plano jurídico, não será no plano material, pois gerará efeitos em relações mantidas por pessoas privadas e o Poder Público, as quais não podem ser ignoradas pelo Direito. Nesse sentido, colaciona-se o seguinte segmento do julgado: “(...) Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional,

5.2.2. O valor da coisa julgada inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

Aferido o valor do acto normativo inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro, interessa perquirir o valor da coisa julgada acometida de vício de inconstitucionalidade, algo que, a exemplo do afirmado no Tópico 5.1.2, dispensa a análise do correspondente valor de qualquer outro acto jurisdicional decisório que não seja elemento formador desse instituto.

Nesse contexto, assim como em Portugal, precipuamente destaca-se que o sistema brasileiro de controlo das inconstitucionalidades reporta-se aos actos decorrentes do exercício primário das funções executiva e legislativa, pois a Constituição Brasileira não cuida do controlo dos actos jurisdicionais acometidos de vício de inconstitucionalidade. Não há, enfim, dispositivo correlato ao art. 282.º, n.º 3, da Constituição Portuguesa, que ressalva o caso julgado fundamentado em norma declarada inconstitucional dos efeitos da respectiva decisão prolatada pelo Tribunal Constitucional em sede de controlo. O que existe é, tão somente, previsão geral para a interposição de acção rescisória ou revisão criminal perante o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, contra as decisões finais transitadas em julgado, o que demonstra o reconhecimento constitucional quanto à possibilidade de controlo da coisa julgada²⁸⁴ (arts. 102, I, *j*; 105, I, *e*; e 108, I, *b*), a despeito do atributo geral da imutabilidade que sobre si incide²⁸⁵.

Porém, consoante exposto no Capítulo 4, apesar de a Constituição somente se referir à competência para julgamento dessas espécies de acções mitigadoras da coisa julgada aos mencionados tribunais, reconhece-se que seus preceitos possibilitam o uso da acção rescisória ou revisão criminal por quaisquer dos tribunais da federação. Não obstante, tal como

à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade de ato anulável, possuindo carácter constitutivo a decisão que decreta nulidade. Como, entretanto, em principio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o *Corpus Juris Secundum*, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo”. (MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 322-323). Dentre os efeitos mais notórios no acto normativo inconstitucional, destaca-se a impossibilidade de se exigir reparo por dano causado por agente que promoveu conduta com fulcro na respectiva norma inconstitucional. Afinal, salvo evidente violação a direito fundamental, é de se pressupor que quem cumpre a lei, mesmo inconstitucional, assim agiu munido de boa-fé.

²⁸⁴ Nesse sentido, consultar Capítulo 2.

²⁸⁵ Nesse sentido, consultar Capítulo 2.

igualmente recorrido no Capítulo 4, a tarefa de regulamentar o procedimento e, sobretudo, as hipóteses que lhe autorizam o manejo, foi outorgada ao legislador infraconstitucional, pois a Constituição do Brasil nada dispõe sobre a matéria.

Nesse contexto, no que se reporta à seara cível, recorda-se que o Código de Processo Civil brasileiro, em sentido oposto ao correspondente diploma normativo português, não apenas permitiu o combate da coisa julgada em circunstâncias advindas de mácula da decisão judicial final transitada em julgado enquanto acto de soberania representativo da tutela jurisdicional, mas também para os casos de vícios sobre ela porventura incidentes enquanto acto jurídico que é²⁸⁶. Dentre estes, destaca-se a hipótese prevista no art. 485, V, que trata da prestação da tutela jurisdicional viciada por evidente erro quanto à subsunção da pretensão processual deduzida em juízo ao pertinente preceito legal. Segundo o mencionado comando normativo, é cabível o manejo da ação rescisória quando a decisão judicial transitada em julgado “violou literal disposição de lei”. Trata-se, como se percebe, de espécie de julgamento viciado pela errónea aplicação do comando normativo pertinente à pretensão, o que difere do vício da tutela jurisdicional, o qual, conforme visto no Capítulo 4, resulta da impossibilidade da correcta subsunção do facto à norma. A circunstância enunciada pelo inciso V, do art. 485, a princípio é capaz de representar possível solução para o problema da coisa julgada inconstitucional no direito brasileiro, pois, conforme exposto, esse vício de julgamento também consistirá em espécie de violação de comando legal, embora de natureza constitucional.

Há que se atentar, todavia, para o prazo preclusivo de dois anos para pertinente ajuizamento, o qual é previsto pelo art. 495, do mesmo código. Isso porque, assim como aludido no Capítulo 4, o fundamento desse comando é o mesmo utilizado para justificar os prazos fixados pelo art. 772.º, do Código de Processo Civil português. Deste modo, deve-se reconhecer que, no ordenamento brasileiro, existe o aceite de que a coisa julgada ilegal convalesce após o transcurso de dado prazo, algo que, além de evidenciar sua presunção de legitimidade enquanto acto de soberania estadual, demonstra que a coisa julgada maculada por errónea aplicação do direito existirá como acto capaz de produzir efeitos enquanto não retirado do ordenamento jurídico.

Do exposto até o presente instante, duas são as conclusões. A primeira delas é que, ao se admitir idêntico tratamento concedido à coisa julgada ilegal por errónea aplicação da lei

²⁸⁶ Nesse sentido, consultar Capítulo 4.

para a coisa julgada inconstitucional, não há como se negar a existência desta última enquanto acto jurídico, pois continuará a produzir efeitos até ser retirada do ordenamento jurídico. Já a segunda reporta-se ao valor de nulidade ou invalidade que lhe deverá ser atribuído nessa mesma circunstância. Nesse aspecto, tal como discorrido no Tópico anterior que tratou do valor do acto normativo inconstitucional, melhor parece conferir-lhe o valor jurídico excepcional instituído pela Constituição, pois o transcurso do mencionado prazo de dois anos para sua mitigação acarretará a preclusão do manejo da ação rescisória, de modo que a coisa julgada viciada, a princípio, será completamente submetida ao atributo geral da imutabilidade. Resta perquirir, tão somente, se o vício de inconstitucionalidade também se sujeitaria a essa norma de preclusão, o que será tratado no Capítulo 9.

Outrossim, em razão de ser instituído excepcional regime quanto ao valor jurídico atribuído ao acto normativo inconstitucional de acordo com as razões exposta nos Tópicos 5.1.1 e 5.2.1, tratamento diverso não deve ser concedido à coisa julgada inconstitucional, pois ela também resulta de acto de soberania, no caso, aquele lavrado pela função jurisdicional do poder soberano. Ademais, conforme exposto, não há qualquer menção na Constituição Brasileira em relação ao tratamento da coisa julgada inconstitucional, ao contrário do que ocorre no ordenamento português por força do art. 282.º, n.º 3, da Constituição da República. Deste modo, se o texto constitucional não firmou excepção de tratamento para os actos de soberania viciados por inconstitucionalidade, não cabe ao intérprete fazê-lo, sob pena de se analisar instituto à luz de parâmetro diverso do estabelecido pelo documento normativo que fundamenta e vincula todo o ordenamento.

Não obstante, agrega-se que também para o sistema brasileiro é válida a exposição de que os órgãos jurisdicionais actuam em conformidade com os preceitos normativos em vigor, o que igualmente ocorre mediante fiscalização como em Portugal, pois também no Brasil aos sujeitos processuais que entre si e com os tribunais dialogam via processo são oferecidos diversos meios para impugnar a decisão que considerem equivocada antes de o atributo geral da imutabilidade a atingir. Há, enfim, presunção de legitimidade quanto aos actos judiciais, como assim ocorre em relação aos actos de natureza normativa.

Por fim, convém recordar as disposições dos arts. 475-L, §1.º; e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil²⁸⁷, além da expressa pelo art. 884, §5.º, da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo as quais se considera inexigível o título judicial fundado em lei ou

²⁸⁷ Consultar nota n.º 44.

acto normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal. Como se observa, este dispositivo, à semelhança do art. 675.º, n.º 1, do Código de Processo Civil português, possibilita a existência de coisa julgada que, contudo, não produzirá efeitos executórios²⁸⁸.

²⁸⁸ Todavia, a razão dos dispositivos citados é diversa. Afinal, enquanto o art. 675.º, n.º 1, do Código de Processo Civil português reporta-se a existência de segundo caso julgado com mesmo objecto, os arts. 475-L, §1.º; e 741, do Código de Processo Civil, e o art. 884, §5.º, da Consolidação das Leis do Trabalho, versa sobre a coisa julgada cujo fundamento é norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, é curioso observar que referida circunstância de controlo efectuada pela lei brasileira não encontra semelhança no ordenamento português, cuja Constituição, conforme visto, ao dispor sobre os efeitos do controlo de constitucionalidade das leis pelo Tribunal Constitucional, estatui em seu art. 282.º, n.º 3, que “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”.

6. As espécies de casos julgados inconstitucionais nos ordenamentos jurídicos de Portugal e Brasil.

O presente Capítulo será dedicado à descrição das circunstâncias em que ocorre a formação da espécie inconstitucional do caso julgado. Todavia, a exposição a se desenvolver não adoptará a sistematização até aqui seguida, em que se realizou análise distinta para os ordenamentos jurídicos de Portugal e Brasil. Deste modo, qualquer referência ao caso julgado inconstitucional português também se aplicará à coisa julgada brasileira²⁸⁹, pois, conforme será exposto, o vício de inconstitucionalidade que porventura afete o instituto terá raízes comuns em ambos os ordenamentos. Do contrário, repetir mesmos comentários em Tópicos distintos não apenas seria desnecessário, como igualmente afectaria a fluidez do discurso que se patrocina.

Não obstante, outra razão para aludida unidade de abordagem será a própria exigüidade da questão a ser apresentada, que por se restringir a mera descrição, perfeitamente poderia constituir Tópico do Capítulo anterior, destinado ao valor das inconstitucionalidades. Contudo, à luz da temática discutida no Capítulo seguinte, relativo ao confronto de princípios, convém detalhar como se caracterizará o caso julgado inconstitucional em especialidade, pois será a partir desta descrição que se possibilitará o encontro de fórmulas para o enfrentamento desse acto jurisdicional maculado por vício de inconstitucionalidade.

Nesse contexto, suficiente é a classificação de OTERO, que ao enunciar três hipóteses de inconstitucionalidade para o caso julgado, finda por esgotar as possibilidades em que este fenómeno terá vez. Assim, de acordo com o citado autor, o caso julgado inconstitucional ocorrerá nas seguintes situações:

a) Primeira situação – a decisão judicial cujo conteúdo viola directa e imediatamente um preceito ou um princípio constitucional;

b) Segunda situação – a decisão judicial que aplica uma norma inconstitucional;

²⁸⁹ Conforme exposto no Capítulo 2, também no ordenamento jurídico brasileiro há alusão à expressão “caso julgado”.

c) Terceira situação – a decisão judicial que recusa a aplicação de uma norma com o fundamento de que a mesma é inconstitucional, sem que se verifique qualquer inconstitucionalidade da norma.²⁹⁰

A primeira situação descrita reporta-se à circunstância em que o conteúdo da decisão judicial final transitada em julgado directamente viole a Constituição. Sobre o assunto, OTERO inicialmente traça subdivisão desta espécie de caso julgado inconstitucional em dois grupos, sendo o primeiro correspondente àqueles resultantes de decisões individuais e normativas²⁹¹, enquanto o segundo formar-se-ia mediante distinção entre provimentos jurisdicionais cujo conteúdo violasse normas respeitantes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, além daqueles violadores dos demais preceitos da Constituição²⁹². Dita distinção, contudo, não implica tratamento diverso para a análise dessa modalidade de caso julgado inconstitucional, pois tão somente condiz a aspectos expositivos que o autor traça acerca dos efeitos vinculantes que ele poderá gerar em relação a agentes públicos e particulares²⁹³. Em qualquer das indicadas subdivisões, ressalta-se, a origem da inconstitucionalidade será a mesma, pois, consoante leciona o referido autor,

(...) pense-se na decisão judicial que recusa o reconhecimento de um direito consagrado na Constituição através de norma exequível por si mesma. Ou ainda, num outro exemplo, a decisão de um tribunal administrativo que recuse a anulação de um acto administrativo violador do princípio constitucional da proporcionalidade, fundamentando a decisão de que este princípio não tem acolhimento na Lei Fundamental.²⁹⁴

Do próprio comentário do autor, todavia, observa-se que sua primeira classificação acerca de modalidade de caso julgado inconstitucional não é totalmente adequada. Afinal, ao afirmar que a inconstitucionalidade se caracterizará pelo respectivo vício que atinge o conteúdo da decisão judicial²⁹⁵ que atente directa e imediatamente um preceito ou princípio constitucional, o autor incide em imprecisão terminológica capaz de provocar confusão com a segunda modalidade de caso julgado inconstitucional também por si identificada, qual seja,

²⁹⁰ Nesse sentido, consultar: OTERO, Paulo. Op. cit. p. 65.

²⁹¹ As decisões normativas não mais existem no ordenamento português, pois correspondiam ao instituto do “assento” previsto no art. 2.º, do Código Civil, este revogado pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro.

²⁹² Id. Ibid, p. 65-69.

²⁹³ Id. Ibid, p. 65-69.

²⁹⁴ Id. Ibid, p. 66.

²⁹⁵ Conforme discorrido no Capítulo 2, a decisão judicial final constitui um dos elementos de formação do instituto caso julgado.

aquela que aplica norma inconstitucional. Isso porque, de acordo com o exposto no Capítulo 3, embora os fundamentos jurídicos da decisão judicial final não sejam atingidos pelo atributo geral da imutabilidade, não deixam de integrar o conteúdo ou objecto do caso julgado face o papel que possuem na tarefa de subsunção entre facto e norma realizada pelo órgão jurisdicional ao decidir uma demanda. Os fundamentos, em síntese, possibilitam aferir a extensão ou limites dos efeitos da decisão transitada em julgado, algo que não seria possível mediante única análise do segmento decisório do acto jurídico de decisão²⁹⁶ – seja sentença ou acórdão -, que por si só, em grande parte das vezes, revelaria declaração, constituição ou condenação harmônica com o texto constitucional²⁹⁷. Deste modo, melhor seria identificar a primeira modalidade de caso julgado inconstitucional não como aquela cujo conteúdo afronte directamente a Constituição, mas sim como a decisão cujo segmento decisório assim o faça, seja por expressamente violar norma ou princípio constitucional, seja porque os seus fundamentos representem interpretação errónea daqueles comandos ou, por fim, em razão de atribuir interpretação inconstitucional a norma que não padeça desse vício²⁹⁸.

Já a segunda situação a que se reporta OTERO condiz à decisão judicial que aplica uma norma inconstitucional, a qual, conforme abordado no parágrafo anterior, integra o conteúdo ou objecto do caso julgado como seus fundamentos, apesar de estes não serem atingidos pelo atributo geral da imutabilidade que é comum ao instituto nos ordenamentos de Portugal e Brasil. Sobre a matéria, o citado autor elucida que

A decisão judicial pode também ser inconstitucional porque aplica uma norma desconforme com a Constituição, verificando-se aqui que o

²⁹⁶ Conforme exposto no Capítulo 3 nos ordenamentos jurídicos de Portugal e Brasil a decisão jurisdicional final é composta por três segmentos, em que o primeiro se destina ao relatório, o segundo à fundamentação e o terceiro ao comando judicial em si (Código de Processo Civil português, art. 659.º; Código de Processo Civil Brasileiro, art. 458) Nesse sentido, consultar notas n.º 71 e n.º 99.

²⁹⁷ A título de ilustrativo, suficiente imaginar a situação em que a decisão judicial final determina o cumprimento de obrigação de pagar quantia certa, por exemplo, que por si só não revela inconstitucionalidade, salvo pela observância do comando legal ou interpretação de comando legal que a fundamenta.

²⁹⁸ Daí porque igualmente não se pode compreender o termo “directo” utilizado por OTERO para justificar o caso julgado inconstitucional que se funda exclusivamente na Constituição, como se a violação indirecta procedesse da aplicação de norma inconstitucional. Afinal, mesmo que raro, a aplicação inconstitucional de norma que não padeça de vício de inconstitucionalidade não representaria indirecta violação da Constituição, mas sim directa, porque nessa hipótese a aferição do aludido vício dependeria de esforço interpretativo da própria Constituição, a despeito dos parâmetros normativos instituídos pela própria norma. Um exemplo encontrado no direito brasileiro pode ser visto no Código Penal Militar, que, para algumas infracções, como a prevista no art. 355, que prevê o crime de traição, fixa a pena de morte. Esta, todavia, somente poderá ser aplicada em tempos de guerra declarada por acto conjunto do Congresso Nacional e Presidência da República, na forma dos arts. 49, I; e 84, XIX, ambos da Constituição Federal (CF; art. 5.º, XLVII). Vê-se, assim, que em eventual condenação à pena de morte em tempos de paz, a norma, a despeito de constitucional e em vigor, recebeu interpretação inconstitucional.

respectivo tribunal viola o dever de recusar a aplicação de quaisquer normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.²⁹⁹

Tal lição, a despeito de firmada para o ordenamento jurídico português, igualmente encontra amparo no Brasil³⁰⁰, país em que vigora o princípio da supremacia da Constituição, consubstanciado, dentre outros fatores, pela presença de um sistema de controlo de constitucionalidade.

Acerca dessa segunda modalidade de caso julgado inconstitucional, deve-se recordar, tão somente, da excepção instituída pelo art. 282.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, que ao tratar dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade a ser proferida pelo Tribunal Constitucional no âmbito da fiscalização da constitucionalidade, enuncia que “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”. Este dispositivo, em verdade, conjuntamente com o n.º 4, do mesmo artigo, cujo teor versa sobre a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade quando razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo assim justificarem, constituem as únicas circunstâncias em que a Constituição tolera a manutenção dos efeitos de actos que contra si atentem. Aliás, OTERO chega a considerar que a excepção do art. 282.º, n.º 3, ao permitir “(...) a ressalva dos casos julgados fundados em norma posteriormente objecto de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, isto significa que a Constituição acaba também por convalidar ou constitucionalizar um efeito de uma norma inconstitucional”³⁰¹. Daí porque, constata-se, dita excepção somente pode representar a ratificação do princípio da supremacia das normas constitucionais, pois dela, consoante elucida o autor em outra passagem, pode-se “(...) extrair que o princípio geral é a não ressalva de todas as restantes hipóteses de casos julgados inconstitucionais (...)”³⁰².

Deve-se atentar, todavia, que a Constituição da República Federativa do Brasil não estabeleceu qualquer excepção ao trato da coisa julgada inconstitucional³⁰³, sendo que, na

²⁹⁹ OTERO, Paulo. Op. cit. p. 69-70.

³⁰⁰ Sobre o princípio da Supremacia da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro, consultar o Capítulo 7.

³⁰¹ OTERO, Paulo. Op. cit. p. 88..

³⁰² Id. Ibid, p. 85.

³⁰³ Consoante visto no Capítulo 5, a única tolerância do ordenamento jurídico brasileiro para com os actos eivados de inconstitucionalidade é aquela prevista no art. 27, da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999.

seara da legislação infraconstitucional e em sentido inverso ao sistema português, houve reforço à prevalência do princípio da superioridade das normas constitucionais, vez que, conforme exposto no Capítulo 3 os arts. 475-L, §1.º; e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, além do art. 884, §5.º, da Consolidação das Leis do Trabalho, consideram inexigíveis os títulos executivos judiciais fundados em lei ou acto normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

Por fim, a terceira e última situação a que alude OTERO seria a modalidade de caso julgado inconstitucional decorrente de decisão judicial final que recusa a aplicação de uma norma com o fundamento de que a mesma é inconstitucional, sem que, de facto, verifique-se qualquer inconstitucionalidade. Esta última situação, porém, de acordo com o próprio autor,

(...) carece de verdadeira autonomia, isto por uma de duas razões: (i) ou a recusa de aplicação de norma não inconstitucional conduz a uma decisão judicial que aplica uma norma inconstitucional, sendo esta hipótese subsumível na segunda situação tipificada; (ii) ou a recusa de aplicação de norma não inconstitucional conduz a uma decisão judicial aplicadora de uma outra norma legal não inconstitucional, sendo esta hipótese disciplinada pelo regime do caso julgado meramente ilegal.³⁰⁴

Trata-se, enfim, de hipótese que se assemelha à crítica efetuada quando da análise da primeira modalidade de caso julgado inconstitucional classificada pelo citado autor, em que se aludiu à decisão judicial final que atribui interpretação inconstitucional a norma que não padeça de semelhante vício.

³⁰⁴ OTERO, Paulo. Op. cit. p. 75.

7. O caso julgado e sua relação com os princípios constitucionais.

7.1. A força normativa dos princípios constitucionais.

Leitura inicial das Constituições de Portugal e Brasil revela que ambos os documentos são formados por duas categorias de comandos ou regras, as quais se identificam por normas e princípios. Nesse aspecto, enquanto as primeiras correspondem aos comandos ou regras instituídos por cada artigo individualmente³⁰⁵, os princípios constituem mais dois subgrupos, em que um é a expressão directa de comando normativo³⁰⁶ e o outro representa o comando composto pela reunião de uma pluralidade de normas de natureza similar³⁰⁷. No que tange a essa última categoria, porém, a análise é incompleta, pois não raras vezes o princípio, em espécie de inversão da relação causal mantida com sua fonte, delimita o próprio comando da norma ou do conjunto de normas que o origina, reivindicando, para si, a natureza de ponto fundamental das demais disposições normativas³⁰⁸. Há, enfim, uma esfera de influência recíproca entre normas e princípios³⁰⁹, um movimento cíclico de poder que fugiria ao objecto do presente estudo analisar com profundidade, pois já é suficiente aos fins propostos constatar sua mera existência. Assim, a despeito de incompleta, a afirmação inicial sobre normas e princípios é adequada para expor dois pontos fundamentais para o discurso que se desenvolve:

³⁰⁵ Fala-se em “comandos” porque um único artigo pode conter mais de uma norma. Mesmo KELSEN, em sua teoria pura direito, já reconhecia essa possibilidade, ao afirmar que “(...) 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 – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no acto do órgão aplicador do Direito – no acto do tribunal, especialmente. (KELSEN, Hans. Op. cit., p. 390-391). Em igual sentido, consultar: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1204; e ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Ed. Malheiros. 2008, p. 70.

³⁰⁶ Ao se referir à “expressão directa de comando normativo”, deve-se compreender a ocasião em que a norma directamente se refere a um princípio. A título de exemplo, menciona-se o art. 7.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, cuja redacção afirma que “Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional (...)”. Já em relação à Constituição da República Federativa do Brasil, cita-se o art. 37, segundo o qual “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”.

³⁰⁷ Ao se referir à expressão “pluralidade de normas de natureza similar”, deve-se compreender a ocasião em que várias normas findam por instituir um princípio, tema que será exemplificado nos Tópicos 7.2 e 7.3, deste Capítulo, ao se tratar da relação do caso julgado com os princípios da supremacia da Constituição e da segurança jurídica.

³⁰⁸ Dita afirmação somente é válida quando se tratam de normas ou princípios que compartilhem o mesmo grau hierárquico, pois, deve-se recordar, um princípio constitucional, por exemplo, necessariamente obrigará a norma infraconstitucional, que não raras vezes dele resultará.

³⁰⁹ Nesse sentido, ao considerar que um dos critérios para diferenciação entre regras e princípios é que estes são razões para os primeiros, consultar: ALEXY, Robert. Op. cit., p. 106-108.

- a) tanto uma norma quanto um princípio constitucional expressam comandos;
- b) um princípio constitucional pode ser composto por mais de uma norma³¹⁰.

Sendo desnecessário, dada à obviedade, tecer comentários acerca da força normativa do comando ou regra revelado por uma norma jurídica, a força normativa dos princípios nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro pode ser aferida após a observância de alguns dispositivos das Constituições desses países³¹¹. A título de exemplo, cita-se o art. 204.º, da Constituição da República Portuguesa, segundo o qual, “nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na constituição ou princípios nela consignados.”. Já a Constituição Brasileira, por sua vez, em seu art. 5.º, § 2º, enuncia que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Da leitura das transcritas redacções, logo se constata que os princípios, nos moldes referidos, respectivamente constituem limites para a actuação das funções judiciária e legislativa do poder soberano de ambos os países, o que é suficiente para revelar a natureza normativa que lhes é reconhecida pelos correspondentes textos constitucionais.

Contudo, aludido reconhecimento nem sempre foi pacífico. Com efeito, BONAVIDES destaca que os princípios passaram pelas fases jusnaturalista e juspositivista antes do reconhecimento de sua força normativa pelo advento de um terceiro período, a que chama de pós-positivista. Segundo o autor, a primeira delas se caracterizaria por inserir os princípios em condição de abstracção, em que “(...) sua normatividade, basicamente nula e duvidosa,

³¹⁰ Consultar nota n.º 306 e nos Tópicos 7.2 e 7.3, deste Capítulo.

³¹¹ É certo que na doutrina contemporânea não existem grandes questionamentos acerca da força normativa dos princípios nos ordenamentos jurídicos de Portugal e Brasil. O presente Tópico, em verdade, justifica-se pela necessidade de distinção entre normas e princípios mediante a posição que ocupam no sistema, a qual será especialmente analisada adiante. Deste modo, por hora é suficiente lição de BARROSO, que sobre o assunto, expõe que “(...) já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio. A dogmática moderna valoriza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstracção e uma finalidade mais destacada dentro do sistema”. (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4ª ed. , São Paulo: Ed. Saraiva. 2001, p. 149).

contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça³¹². Já a fase juspositivista, continua, observaria

(...) os princípios entrando já nos Códigos como fonte normativa subsidiária (...), unicamente como “válvula de segurança”, e não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos “para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo”. (...) Mas o juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica³¹³.

Para BONAVIDES, essas duas fases incidiam em erro grave, que seria a elaboração de conceitos viciados pela “(...) a omissão daquele traço que é qualitativamente o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios, a saber, o traço de sua normatividade³¹⁴. Daí porque, salienta, o mérito da terceira fase, a pós-positivista, consistiria no facto de as novas Constituições promulgadas acentuarem “(...) a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais³¹⁵. Opinião esta que se harmoniza com ensinamento de CANOTILHO, que ao discorrer acerca da impropriedade de se classificar certas normas como de natureza programática, tal como os princípios assim eram considerados nas fases jusnaturalista e juspositivista, expõe que “não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgão do poder político³¹⁶”.

O reconhecimento da força normativa dos princípios e, em especial, da mencionada esfera de influência recíproca entre normas e princípios, restou afirmada pela doutrina e tribunais. Como conseqüência, emergiu nova concepção acerca da interpretação da Constituição e sua compreensão enquanto norma fundamental³¹⁷, pois, consoante volta a ensinar BONAVIDES,

³¹² BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 232.

³¹³ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 235-236.

³¹⁴ Id. Ibid, p. 230.

³¹⁵ Id. Ibid, p. 237.

³¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1176-1177.

³¹⁷ Conforme exposto no Capítulo 5, a supremacia da Constituição enquanto documento que fundamenta e vincula o ordenamento jurídico já era reconhecida pela necessária existência de mecanismo de controlo de constitucionalidade.

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.

(...)

Doravante, colocados na esfera jusconstitucional, as posições se invertem: os princípios, em grau de positivação, encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercer aquela função axiológica vazada em novos conceitos de sua relevância.³¹⁸

Esta é a razão pela qual autores como BARROSO, ao discorrer sobre a interpretação de um texto constitucional, salientam que

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.³¹⁹

Deste modo, conforme será exposto ao longo deste Capítulo, estudo acerca do caso julgado inconstitucional necessariamente deverá perquirir sua relação com os princípios que norteiam a interpretação da Constituição e, conseqüentemente, de todos os institutos que a integram, como assim é o próprio caso julgado.

³¹⁸ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 257-263.

³¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 149.

7.2. O caso julgado e sua relação com os princípios constitucionais no ordenamento jurídico português.

7.2.1. O caso julgado e sua relação com os princípios da supremacia da Constituição e da máxima efectividade das normas constitucionais.

O reconhecimento da força normativa dos princípios coaduna-se com o primado da Constituição no ordenamento jurídico português, posição de ápice na hierarquia normativa firmada não apenas em razão do estabelecimento de mecanismos de controlo da constitucionalidade³²⁰, mas também através de comandos expressos. Destes últimos, a título ilustrativo, citam-se os arts. 3.º, n.º 2; e 204.º, cujas redacções respectivamente determinam que “o Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática” e “nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”. Essas disposições, diga-se, igualmente servem para exemplificar um dos subgrupos formadores dos princípios aludido no Tópico anterior, aquele resultante da reunião de uma pluralidade de normas de natureza similar. Afinal, apesar de não se valerem directamente do termo “princípio”³²¹, ditos preceitos, além de ratificarem o primado da Constituição enquanto norma, também estabelecem que esse primado é regra a ser cumprida, pois deverá ser respeitado por todos os agentes que se subordinem ou interajam com o Estado, sejam eles públicos ou privados³²². Ratificam, enfim, um princípio que é intrínseco à própria ideia de Constituição e mesmo ao Estado de Direito³²³, que é o princípio da supremacia normativa e, por conseguinte, da obrigatoriedade dos preceitos constitucionais. É o que expõe CANOTILHO, para quem

³²⁰ CRP; arts. 277.º a 283.º. Sobre a supremacia da Constituição mediante o estabelecimento de mecanismos de controlo de constitucionalidade, consultar Capítulo 5.

³²¹ O art. 3.º, n.º 2, a despeito de não conter o termo princípio, encontra-se no primeiro segmento da Constituição da República Portuguesa, sob a rubrica de “princípios fundamentais”, o que lhe evidencia essa natureza.

³²² Deve-se recordar da teoria da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, já referida na nota n.º 155.

³²³ De acordo com o art. 2.º, da Constituição da República Portuguesa, Portugal é um Estado de direito democrático, conceito que, segundo leciona CANOTILHO, possui “(...) natureza material, procedimental e formal (a doutrina alemã refere-se a *material-verfahrenmässiges Formprinzip*), que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da actividade do Estado. Ao «decidir-se» por um estado de direito a constituição visa conformar as estruturas de poder político e a organização da sociedade segundo a *medida do direito*. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 243).

O estado de direito é um estado constitucional. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – supremacia da constituição – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o “primado do direito” do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão. Do princípio da constitucionalidade e da supremacia deduzem-se vários outros elementos constitutivos do princípio do estado de direito.³²⁴

Da lição supra, logo emerge a ideia de princípios dotados de maior abrangência, dos quais decorreriam - ou se vinculariam – todos os demais. Seria o que a recente doutrina, de acordo com o citado autor, denomina de princípios estruturantes, que consubstanciarium

(...) («determinações jurídico-constitucionais da estrutura do Estado», «princípios estruturantes do Estado», «princípios ordenadores», «princípios directores», «fundamento da ordem constitucional», «estruturas fundamentais do Estado constitucional»), eles designam os princípios constitutivos do «núcleo essencial da constituição», garantindo a esta uma determinada identidade e estrutura. Possuem, em geral, duas dimensões: (1) uma dimensão constitutiva, dado que os princípios, eles mesmos, na sua «fundamentalidade principal», exprimem, indicam, denotam ou constituem uma compreensão global da ordem constitucional; (2) uma dimensão declarativa, pois estes princípios assumem, muitas vezes, a natureza de «superconceitos», de «vocábulos designantes», utilizados para exprimir a soma de outros «subprincípios» e de concretização normativas constitucionalmente plasmadas.³²⁵

Nesse contexto, importa ressaltar que aludida supremacia da Constituição dificilmente poderá ser dissociada de método de interpretação que não lhe atribua a maior eficácia possível, pois agir de modo contrário implicaria inevitável mitigação de sua força enquanto documento normativo fundamental, algo que, nesta circunstância, não ocorreria por acção do legislador infraconstitucional, mas por conduta dos demais agentes que a aplicam. Afinal, não se pode esquecer que a norma, para produzir efeitos no campo da realidade, impescinde dos intérpretes que vão aplicá-la, pois, caso desvinculada desses, tão somente representará mera abstracção ou previsão semântica. Daí porque CANOTILHO, também ao enfrentar o tema, alerta que “uma norma adquire verdadeira normatividade quando com a “medida de

³²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 245-246

³²⁵ Id. Ibid, p. 1184.

ordenação” nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir (...)”³²⁶. E diferente não sucede com a Constituição, cuja natureza normativa é inquestionável. Deste modo, não se percebe adequado possibilitar ao intérprete o livre-arbítrio para materializar o comando constitucional à revelia dos fundamentos e objectivos apresentados pela própria Constituição³²⁷, sob pena de incidência em vício de inconstitucionalidade³²⁸. Parece correcta, portanto, a teoria da concretização desenvolvida por HESSE, que ao defender a força normativa intrínseca à Constituição³²⁹, leciona que

A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

(...) A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realisierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição.³³⁰

A teoria da concretização, aliás, directamente se vincula ao princípio da máxima efectividade das normas constitucionais³³¹. E de outra forma não poderia ser, pois mecanismos como a força obrigatória geral da declaração de inconstitucionalidade (CR; art. 282.º, n.º 1) ou a verificação da inconstitucionalidade por omissão (CR; art. 283.º), assim

³²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1221.

³²⁷ Não representando o objectivo desta pesquisa minuciar os métodos de interpretação, mas, dentre outras questões, identificar a correcta interpretação para o fenómeno do caso julgado inconstitucional, deve-se alertar que o acto interpretativo do agente aplicador da norma não é livre. Afinal, consoante destaca CANOTILHO, “num ordenamento jurídico jurídico dotado de uma constituição escrita, considerada como ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, pressupõem-se como pontos de partida normativos da tarefa de concretização-aplicação das normas constitucionais (*constitutional construction* na terminologia americana): (1) a consideração de norma como elemento primário do processo interpretativo; (2) a mediação (captação, obtenção) do conteúdo (significado, sentido, intenção) semântico do texto constitucional como tarefa primeira da hermenêutica jurídico-constitucional; independentemente do sentido que se der ao elemento literal (= gramatical, filológico), o processo concretizador da norma da constituição começa com a *atribuição de um significado* aos enunciados lingüísticos do texto constitucional. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1215).

³²⁸ Conforme exposto no Tópico 7.2.2 deste Capítulo, o Estado de Direito possui uma finalidade constitucional, de modo que a correcta interpretação da norma a esse fim deve se direccionar.

³²⁹ Consoante defende HESSE, “quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais segura há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. (HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991, p. 20).

³³⁰ HESSE, Konrad. Op. cit., p. 22-25.

³³¹ Nesse sentido, consultar nota n.º 7.

como a especial actuação do Tribunal Constitucional nesse sentido, já seriam, por si sós, suficientes para revelá-la.

Não obstante, talvez o que melhor evidencie o papel concretizador dos órgãos de soberania jurisdicionais seja a maior relevância assumida pela jurisprudência nos últimos anos, com destaque para aquela firmada pelo próprio Tribunal Constitucional. Um exemplo passível de invocação nesse aspecto seria o método da interpretação em conformidade com a Constituição, utilizado em sede de controlo da constitucionalidade, através do qual a aplicação de dada norma ocorre pela conduta de o Tribunal acusar qual dentre as suas possíveis interpretações deverá prevalecer em face da Constituição. Já outro exemplo seria a especificação ou delimitação de conceitos abertos para a resolução de casos concretos³³², o que faz a jurisprudência assumir carácter quase normativo para casos semelhantes³³³. Isso porque, consoante destaca CANOTILHO,

(...) as «decisões judiciais» podem aproximar-se das decisões políticas quando elas não são tomadas com base numa normação pormenorizada e precisa, mas sim, com fundamento numa medida constitucional aberta e indeterminada.

(...) Consequentemente, embora a primeira tarefa de um Tribunal Constitucional não seja a de concretizar e complementar o direito constitucional, as suas decisões acabam por ter uma eficácia autónoma e conformadora das normas constitucionais.³³⁴

Nesse aspecto, com base nos parâmetros descritos, parece evidente concluir que o caso julgado inconstitucional representa violação aos princípios da supremacia da Constituição e da máxima efectividade de suas normas. Afinal, ao se compreender o caso julgado como a decisão processual final que transita em julgado e, portanto, uma espécie de concretização da norma via processo de interpretação, quando incidir em inconstitucionalidade, é porque haverá a equivocada concretização da norma constitucional por negativa da real eficácia que lhe era devida.

³³² Trata-se do actual período pós-positivista, em que os princípios, dotados de grande nível de generalidade, são reconhecidos enquanto comandos normativos. Nesse sentido, consultar: BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 237-238.

³³³ A exemplo do que acontece nos países do sistema que adoptam o sistema dos precedentes judiciais, como assim é o *common law*.

³³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Para uma Teoria Pluralística da Jurisdição Constitucional no Estado Constitucional Democrático Português. In: Revista do Ministério Público. n.ºs 33 e 34, Lisboa. Jan. a Jun. 1988. p. 15.

Há que se observar, todavia, que a formação do caso julgado também atende a outro princípio constitucional, classificado pela doutrina como princípio da segurança jurídica e que, conforme será exposto no Tópico seguinte, tolera o caso julgado ilegal, bem como aquele que padeça de vício de inconstitucionalidade por se encontrar fundado em norma declarada inconstitucional em sede de controlo concentrado. Deste modo, resta a indagação: haverá mitigação do princípio da máxima efectividade em razão da antinomia entre ele e o princípio da segurança jurídica?

7.2.2. O caso julgado e sua relação com o princípio da segurança jurídica.

A criação do Estado moderno, caracterizado pela existência de um Governo central, foi politicamente defendida durante o período pós-renascentista como necessária para a protecção dos indivíduos contra as ameaças do estado de natureza³³⁵. Posteriormente, já durante a era dos Estados nacionais e das monarquias absolutas europeias, emergiu a filosofia liberal³³⁶, que propagou a defesa do indivíduo contra a acção do próprio Estado mediante a submissão deste ente político ao governo das leis, sem as quais, alertava-se, necessariamente haveria o arbítrio e, quiçá por isto, o retorno ao estado de natureza³³⁷. Sob esta óptica, o movimento liberal fundamentou-se na ideia de transferência da titularidade do poder soberano do príncipe para o povo, ou seja, na subordinação do Estado à vontade geral do grupo que o constituiu, despersonalizando-o, assim, da figura de um regente que com ele anteriormente se confundia³³⁸. Foi essa busca pela limitação do poder estadual, aliás, que ergueu as primeiras

³³⁵ Estado de natureza é um conceito a que se reportam os filósofos liberais clássicos para descrever o período anterior à vida em sociedade civil, ou seja, antes do advento do Estado. Embora haja certa discordância acerca da ameaça que recaia sobre o homem nessa circunstância, concluía-se que a criação de uma entidade estadual seria imprescindível para a garantia de bem fundamentais ao ser humano, como a vida. Nesse sentido, respectivamente defendo que o estado de natureza seria o estado em que o homem permaneceria em condição de guerra consigo mesmo pela ausência de restrição a sua liberdade e seus sentimentos intepridos, ou que então corresponderia ao estado de insegurança resultante da desigualdade natural ou social dos homens um com os outros, consultar: HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural. 2000, p. 113-121; ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**. São Paulo: Nova Cultural. 2000, p. 57-84.

³³⁶ Nesse sentido, consultar: BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 158.

³³⁷ Montesquieu expõe que as instituições restariam corrompidas quando o povo ou seus governantes deixassem de respeitar a organização constitucional e o império das leis, conduta que os faria retornar à condição semelhante ao que se definiu como estado de natureza (consultar nota n.º 335). Nesse sentido, consultar: MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Vol. I. São Paulo: Nova Cultural. 2000, p. 153-168.

³³⁸ Trata-se da ideia de contrato social defendida por ROUSSEAU, em que os indivíduos, em prol da segurança jurídica, pactuam restringir sua própria liberdade perante o Estado e seu poder legiferante (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Nova Cultural. 2000, p. 69-71), o que se assemelha ao conceito de norma fundamental aludido por Kelsen, em que ela "(...) limitar-se a delegar numa autoridade legisladora,

bases para o surgimento do movimento constitucionalista que originou o contemporâneo conceito de Estado de Direito, tão comum às nações ocidentais, e cuja principal característica é a aceção do Estado como o produto de um poder soberano capaz de restringir a ele e a seus indivíduos pelo estabelecimento de regras imperativas, usualmente escritas em uma Constituição³³⁹.

Como se observa, a ideia de Estado nacional originariamente fundou-se na busca pela segurança, que após a transformação sofrida pelo sistema social com a nova ordem então fomentada pela materialização desse ente político³⁴⁰, passou a ser tida como a busca pela segurança contra as acções do próprio Estado e dos agentes que sob sua circunscrição agiam, fossem eles públicos ou privados. Não é por outra razão, aliás, que CANOTILHO identifica o Estado de direito – ou governo das leis, em que o Estado inspira-se na ideia de respeito e subordinação a um ordenamento jurídico capitaneado pela Constituição – como formado por três pressupostos fundamentais: a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais³⁴¹.

Por fugir ao objectivo da presente exposição tecer comentários minuciosos acerca de cada um desses pressupostos, é suficiente considerar que, enquanto as noções de juridicidade e constitucionalidade conduzem, de acordo com o citado autor, a “(...) uma ordem jurídica global que ordena a vida política (...)”³⁴² e à “(...) existência de uma constituição normativa estruturante de uma ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos (...)”³⁴³ mediante a ideia de “(...) supremacia da constituição”³⁴⁴, os direitos

quer dizer, a fixar uma regra em conformidade com a qual devem ser criadas as nomras deste sistema” (KELSEN, Hans. Op. cit., p. 219). O contrato é, pois, uma alusão à teoria do poder constituinte originário.

³³⁹ De acordo com ROUSSEAU, o ente constituído pelo contrato social encontraria limites nos termos deste pacto. Daí porque afirma que “(...) o poder soberano, por mais absoluto, sagrado e inviolável que seja, não passa nem pode passar dos limites das convenções gerais, e que todo o homem pode dispor plenamente do que lhe foi deixado, por essas convenções, de seus bens e de sua liberdade, de sorte que o poder soberano jamais tem o direito de onerar mais a um cidadão do que a outro, porque, então, tornando-se particular a questão, seu poder não é mais soberano” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Nova Cultural. 2000, p. 98). É, pois, o limite do fundamento do contrato social, qual seja, a segurança jurídica contra as ameaças do estado de natureza mediante a garantia da preservação de valores como a busca da felicidade ou bem comum, estes até hoje encontrados nos textos constitucionais contemporâneos como objectivos do Estado. Para tanto, consultar os arts. 1.º, da Constituição da República Portuguesa; e 3.º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

³⁴⁰ Sobre o contínuo processo de mutação dos sistemas, teoria defendida por LUHMANN, consultar nota n.º 58.

³⁴¹ Nesse sentido, consultar: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Almedina: Coimbra. 2003, p. 243.

³⁴² Id. Ibid, p. 244.

³⁴³ Id. Ibid, p. 245

³⁴⁴ Id. Ibid, p. 246.

fundamentais são, em sua primeira dimensão³⁴⁵, acentua BONAVIDES, os direitos da liberdade que “(...) têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”³⁴⁶, que não apenas deve abster-se de violá-los, mas também actuar para salvaguardá-los.

Há, pois, um dever de protecção dos direitos fundamentais que incube ao Estado, o qual transparece no ordenamento jurídico português nos dois primeiros artigos da Constituição, que sob a rubrica de “Princípios Fundamentais”, respectivamente firmam que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”, bem como constitui “(...) um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais (...)”. Tais preceitos, diga-se, consoante exposto no Tópico anterior, são comandos que devem ser concretizadas por ordem dos princípios da supremacia e da máxima efectividade das normas constitucionais. Daí porque, reitera-se, não somente o Estado possui a obrigação de promovê-los, mas também de defendê-los contra eventuais violações patrocinadas por quem quer que seja.

Nota-se, deste modo, que o moderno Estado de Direito tem como um de seus pilares a protecção dos direitos fundamentais, o que directamente se reporta ao princípio da segurança jurídica, princípio este de natureza ampla, pois envolve as três esferas de actuação do poder soberano - administrativa, legislativa e judiciária -, vez que a protecção deverá alcançar quaisquer das manifestações estaduais pelo agir de acordo com o Direito. Afinal, conforme leciona CANOTILHO,

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito.

(...) Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos,

³⁴⁵ Prefere-se o termo dimensão à geração pois este último sugere sobreposição, quando na verdade, nenhum dos grupos deixa de existir, mas se harmoniza aos seguintes.

³⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 517.

posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas norma se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. As refrações mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a actos normativos – proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a actos jurisdicionais – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a actos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos.³⁴⁷

Das indicadas ramificações do princípio da segurança jurídica, interessa ao estudo do caso julgado inconstitucional a actuação da função jurisdicional do poder soberano, pois é na busca de socorro perante este poder constituído que o cidadão encontrará o legítimo refúgio³⁴⁸ para combater ou evitar violação a direito que lhe assiste, aí incluídos aqueles que directamente emanem da Constituição, como em regra são os direitos fundamentais³⁴⁹.

Nesse aspecto, assumem especial relevo as garantias do acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva, as quais são estipuladas pelo art. 20.º, n.ºs 1 e 5, da Constituição, e que, conforme exposto no Capítulo 2, detêm a natureza de direitos fundamentais. Assim, quando o primeiro dispositivo afirma que “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”, revela, na verdade, o regramento básico da ideia de tutela efectiva a seguir detalhado pelo n.º 5, cuja redacção, por sua vez, enuncia que, “para a defesa dos direitos, liberdades e garantias processuais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”. Há, em síntese, a densificação do conceito trazido pelo n.º 1 por actuação do comando estabelecido pelo n.º 5.

Não obstante, ainda se observa que a ramificação judiciária do princípio da segurança jurídica é igualmente subdividida em outros princípios, pois os mencionados comandos de acesso ao direito e da tutela efectiva são compostos por elementos abertos, que necessariamente ampliam o leque interpretativo para fins de concretização ou realização da máxima efectividade das normas constitucionais³⁵⁰. Com efeito, constata-se que a tutela efectiva atinge dimensões diversas, que vão desde a garantia do processo equitativo até à

³⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 257.

³⁴⁸ Afinal, o exercício da autotutela implicaria o retorno ao estado de natureza, em que prevaleceria o arbítrio em detrimento da obrigatoriedade das leis, verdadeira falência do Estado de Direito.

³⁴⁹ Há direitos fundamentais que emanam de outros documentos jurídicos, como os tratados e normas internacionais, assim como é reconhecido pelo art. 7.º, n.º 1, da Constituição Portuguesa.

³⁵⁰ Sobre a concretização das normas constitucionais, consultar o Tópico n.º 7.1, deste Capítulo.

própria legalidade do procedimento adoptado. Afinal, como assim também destaca CANOTILHO ao tratar do tema,

Do princípio do Estado de direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito. Como a realização do direito é determinada pela conformação jurídica do procedimento e do processo, a Constituição contém alguns princípios e normas designados por garantias gerais de procedimento e de processo. (...) Dentre as garantias do processo judicial podem mencionar-se: a garantia do processo equitativo (art. 20.º/4), o princípio do juiz legal (art. 32.º/7), o princípio da audição (art. 28.º/1), o princípio de igualdade processual das partes (arts. 13.º e 20.º/2), o princípio da conformação do processo segundo os direitos fundamentais (art. 32.º), o princípio da fundamentação dos actos judiciais (art. 205.º/1), o princípio da legalidade processual (art. 32.º).³⁵¹

E em outra passagem, o citado autor reforça as considerações acima transcritas, ao expor que,

Em termos gerais – e como vem reiteradamente afirmando o Tribunal Constitucional na senda do ensinamento de Manuel de Andrade –, o direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discreter sobre o valor e resultado de causas e outras” (cfr. Ac. TC 86/88, *DR*, II, 22/8/88). Significa isto que o direito à tutela jurisdicional efectiva se concretiza fundamentalmente através de um processo jurisdicional equitativo – due process – (...).

O direito de acesso aos tribunais implica o direito ao processo entendendo-se que este postula um direito a uma decisão final incidente sobre o fundo da causa sempre que se hajam cumprido e observado os requisitos processuais da ação ou recurso. Por outras palavras: no direito de acesso aos tribunais inclui-se o direito de obter uma decisão fundada no direito (...).³⁵²

É nesse contexto que o caso julgado emerge como um dos múltiplos elementos constitutivos do princípio da tutela efectiva e, por consequência, da dimensão judiciária do princípio da segurança jurídica. Isso porque, consoante abordado nos Capítulos 2 e 3, o caso julgado corresponde à decisão judicial final transitada em julgado, um acto jurídico composto

³⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 274.

³⁵² Id. Ibid, p. 433-434.

cujo objecto é salvaguardado pela Constituição mediante o estabelecimento de um princípio geral, o qual se identificou como o atributo geral da imutabilidade³⁵³. Esse princípio, recorda-se, garante a eficácia do comando instituído pelo art. 205.º, n.º 2, da própria Constituição, que é responsável pela fixação do dever de observância obrigatória das decisões proferidas pelos tribunais para todas as entidades públicas e privadas, bem como demais autoridades, o que também representa verdadeira limitação ao exercício da função jurisdicional, que em regra não mais poderá provocar alteração sobre os efeitos de julgado proferido, salvo explícitas exceções constitucionais, como aquelas constantes nos arts. 29.º, n.º 6 e 283.º, n.º 3. O atributo geral da imutabilidade do caso julgado, em suma, preserva a segurança jurídica daqueles que se socorrem ao poder judiciário, pois incide sobre a resposta estadual acerca da pretensão que lhe foi deduzida, de forma que eventual litígio restará definitivamente solucionado, livrando-se o jurisdicionado de futuras surpresas e firmando-lhe a sensação de confiança no agir do próprio Estado, cujo poder encontra limites no Direito. Outrossim, ainda preservará a segurança jurídica ao concretizar os actos normativos, especialmente quando a decisão reportar-se a matéria constitucional, pois, como exposto no Tópico 7.2.1, para deixar de ser mera abstracção semântica, a norma impescinde de interpretação e aplicação.

Observa-se, assim, que o caso julgado também se harmoniza à aludida acepção do princípio da tutela efectiva quando visto sob o parâmetro relativo à exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao Direito e sua realização. Destarte, não se pode esquecer que o instituto, a despeito de constitucionalizado³⁵⁴, é estruturalmente regulamentado pela legislação infraconstitucional, sobretudo o Código de Processo Civil, que firma regras para a identificação de seus elementos formadores, a exemplo dos capítulos e formalidades impescindíveis para a caracterização da decisão judicial final, ou mesmo do prazo para a ocorrência do respectivo trânsito em julgado. Ditas regras, ressalta-se, desde que respeitadas razões de proporcionalidade, resultam de mera política legislativa, pois, a título de exemplo, a redução ou ampliação do prazo recursal em um dia não implicaria qualquer desvirtuação para o fim almejado pelo princípio da imutabilidade, embora não seja possível afirmar o mesmo quanto a eventual ampliação superior a três meses, o que demasiadamente

³⁵³ Conforme exposto no Capítulo 2, a Constituição da República Portuguesa não se refere expressamente ao atributo geral da imutabilidade do caso julgado, mas a ele apenas se reporta mediante uma série de comandos normativos semelhantes, que possibilitam constatar a juridicidade desse princípio.

³⁵⁴ Sobre o fenómeno da constitucionalização, consultar nota n.º 58.

atrasaria o advento do trânsito em julgado, minando a própria eficácia da decisão ao lhe postergar a obrigatoriedade.

O argumento acima, aliás, é a razão pela qual se considera constitucional o recurso de revisão unicamente previsto em legislação infraconstitucional (CPC; art. 771.º), pois, conforme exposto no Capítulo 4, seu fundamento é o combate ao acto decisório jurisdicional final enquanto acto de soberania, ou seja, o acto cujo vício que sobre si incida impossibilite a concessão da tutela jurisdicional efectiva nos moldes do procedimento legalmente estabelecido.

Conclui-se, portanto, que o caso julgado, em especial o atributo da imutabilidade que lhe alcança, constitui subprincípio da dimensão judiciária do princípio da segurança jurídica, o qual é intrinsecamente vinculado, por sua vez, aos princípios da supremacia e máxima efectividade das normas constitucionais. Afinal, reitera-se, a tutela jurisdicional caracteriza-se como uma das formas de concretização da Constituição face o necessário processo interpretativo que implica.

Como consequência, depreende-se que o caso julgado inconstitucional, além da incompatibilidade normativa que identifica seu vício, também pode ser analisado como a manifestação de provável antinomia entre os princípios da supremacia da Constituição e da segurança jurídica, assunto a ser enfrentado no Capítulo seguinte.

7.3. A coisa julgada e sua relação com os princípios constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro.

7.3.1. A coisa julgada e sua relação com os princípios da supremacia da Constituição e da máxima efectividade das normas constitucionais.

Conforme exposto no Tópico 7.1, igualmente ocorre no Brasil o reconhecimento da força normativa dos princípios, o que se coaduna com o primado da Constituição no ordenamento jurídico. Esta posição de ápice na hierarquia normativa, diga-se, assim como em Portugal, também é afirmada pelo próprio texto constitucional brasileiro, seja mediante o estabelecimento de mecanismos de controlo da constitucionalidade³⁵⁵, seja por meio de

³⁵⁵ CF; arts. 52, X; 102; e 103. Sobre a supremacia da Constituição mediante o estabelecimento de mecanismos de controlo de constitucionalidade, consultar Capítulo 5.

comandos que directamente a ela se reportam, como são exemplos os arts. 1.º, parágrafo único; e 34, VII, a seguir transcritos:

Art. 1.º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

(...)

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

(...)

VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

c Art. 36, III e § 3º, desta Constituição.

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Outrossim, à semelhança do exposto no Tópico 7.2.1., aludidas disposições normativas servem para exemplificar um dos subgrupos formadores dos princípios referido no Tópico 7.1, que é aquele resultante da reunião de uma pluralidade de normas de natureza similar. Isso porque, apesar de não se valerem directamente do termo “princípio”³⁵⁶, ditas disposições, além de afirmarem o primado da Constituição enquanto norma, também estabelecem que esse primado é a regra a ser cumprida, pois deverá ser respeitado por todos os agentes que se subordinem ou interajam com o Estado, sejam eles públicos ou privados³⁵⁷. Revelam, enfim, um princípio que é intrínseco à própria ideia de Constituição e mesmo ao Estado de Direito³⁵⁸, que é o princípio da supremacia normativa e, por conseguinte, da obrigatoriedade dos preceitos constitucionais, que por já haverem sido abordados em Tópicos anteriores, não mais serão aqui tratados a fim de se evitar desnecessária repetição³⁵⁹.

³⁵⁶ A exemplo do ordenamento jurídico português (Consultar nota n.º 321), o art. 1.º, Constituição da República Federativa do Brasil não contém o termo “princípio” em sua redacção, embora se encontre no Título I, sob a rubrica “dos princípios fundamentais”, o que lhe evidencia essa natureza.

³⁵⁷ Consultar nota n.º 155.

³⁵⁸ Enquanto Portugal se funda em um Estado de Direito Democrático (CRP; art. 2.º), o Brasil se fundamenta em um Estado Democrático de Direito (CF; art. 1.º), conceitos que, se interpretados semanticamente, sugerem que o Direito prevaleceria sobre a o princípio democrático no Brasil, ao contrário de Portugal.

³⁵⁹ Consultar Tópico n.º 7.2.2, neste Capítulo.

O presente Tópico, em verdade, tem a única finalidade de indicar os comandos constitucionais que possibilitam a afirmação da supremacia normativa da Constituição no Brasil, pois esse princípio possui natureza idêntica ao seu correspondente no ordenamento português e, como consequência, igualmente demanda interpretação que lhe propicie lograr a máxima efectividade enquanto diploma normativo fundamental³⁶⁰. Aliás, de modo diferente não se posiciona a atual doutrina brasileira³⁶¹, cujo pensamento pode ser sintetizado por lição de BARROSO, para quem “(...) nenhuma lei, qualquer que seja sua hierarquia, é editada para não ser cumprida”³⁶². Motivo pelo qual, continua o autor,

(...) toda norma constitucional é dotada de eficácia jurídica e deve ser interpretada e aplicada em busca de sua máxima efetividade. Todos os juízes e tribunais devem pautar sua atividade por tais pressupostos. Basta, portanto, a explicitação de que toda norma definidora de direito subjetivo constitucional tem aplicação direta e imediata, cabendo ao juiz competente para a causa integrar a ordem jurídica, quando isto seja indispensável ao exercício do direito. A rigor técnico é o que já vem expresso no art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”³⁶³.

Essa busca pela máxima efectividade e, conseqüentemente, concretização das normas constitucionais, também resultou no aumento do relevo do papel da jurisprudência nessa seara, em especial aquela resultante da actividade do Supremo Tribunal Federal via julgamento do mandado de injunção³⁶⁴, interpretação conforme a Constituição³⁶⁵, declaração de inconstitucionalidade por omissão e, por fim, o trato de conceitos jurídico abertos e indeterminados³⁶⁶. Trata-se, pois do fenómeno identificado pela doutrina brasileira como

³⁶⁰ Consultar Tópico n.º 7.2.1, neste Capítulo.

³⁶¹ Nesse sentido, consultar: WEEKS, LÍLIAN ROSEMARY. **O Controle da Constitucionalidade da Norma**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2003, p. 265-269; MOTTA, MOACYR PARRA. **Interpretação Constitucional sob Princípios**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003, p. 190-201.

³⁶² BARROSO, LUÍS ROBERTO. Op. cit., p. 244

³⁶³ Id. Ibid, p. 266.

³⁶⁴ O mandado de injunção é previsto pelo art. 5.º, LXXI, e será concedido “(...) sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

³⁶⁵ Conforme leciona MENDES, com a interpretação conforme à Constituição “(...) salva-se a lei, mas, simultaneamente, se veda a sua aplicação inconstitucional” (MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 352).

³⁶⁶ Conceito jurídico indeterminado é aquele cuja identificação, além dos limites impostos pela norma, impescinde de elementos de outras disciplinas para ser definido, como a sociologia, história etc. Nesse sentido, consultar: DIDIER JR. **Ensina Fredie. Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 01. Ed. Jus Podivm: Salvador, p. 67.

ativismo judicial³⁶⁷, o qual, porém, ainda sofre alguns questionamentos por parte de integrantes do citado Tribunal brasileiro, que a despeito de o reconhecerem necessário, pregam moderação³⁶⁸.

Por último, também se deve observar que a formação da coisa julgada no Brasil atende ao princípio constitucional da segurança jurídica, o qual, conforme exposto, vincula-se à ideia de concretização normativa pela actividade de interpretação e aplicação do Direito pela função jurisdicional do poder soberano, assunto a ser abordado no Tópico seguinte.

7.3.2. A coisa julgada e sua relação com o princípio da segurança jurídica.

Também no Brasil o princípio da segurança jurídica emerge como subprincípio da supremacia da Constituição e da máxima efectividade das normas constitucionais, pois além de se relacionar à ideia de protecção dos cidadãos contra condutas praticadas por si próprios ou pelo Estado³⁶⁹, resulta de imperativos instituídos por diversos outros princípios constitucionais, como o Estado de Democrático de Direito (CF; art. 1.º), a dignidade da pessoa humana (CF; art. 1.º, III), o intento de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF; art. 3.º, I) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF; art. 3.º, IV).

Dessa pluralidade de princípios ou normas constitucionais, aliás, percebe-se que a segurança jurídica igualmente possui diversas dimensões no ordenamento jurídico brasileiro, pois nele também se relaciona à correcta aplicação do direito por quaisquer das funções do poder soberano, tal como exposto no Tópico 7.2.2. É o que destaca SOARES ao se reportar à segurança jurídica como representativa

(...) de um valor significativo da sociedade para que se possa atingir a estabilidade social e a certeza do direito. A segurança jurídica trabalhada

³⁶⁷ O ativismo jurídico liga-se ao pós-positivismo (Consultar nota n.º 332), em que, leciona PAULA, “(...) o fenómeno jurídico não mais se resume apenas às regras, mas aos princípios, com cujo carácter semanticamente mais aberto abre-se espaço para uma maior intervenção do juiz ao ditar o direito”. (PAULA, Daniel Giotti. Intranqüilidades, positivismo jurisprudencial e ativismo jurisdicional na prática constitucional brasileira. In: Leituras Complementares de Direito Constitucional. Salvador: Ed. Jus Podium. 2009, p. 335.

³⁶⁸ O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, em voto-vista proferido na ADI 3510, manifestou que “(...) sempre vejo com restrições a denominada interpretação conforme à Constituição. É que há o risco de, a tal título, redesenhar-se a norma em exame, assumindo o Supremo, contrariando e não protegendo a Constituição Federal, o papel de legislador positivo. Em síntese, a interpretação conforme pressupõe texto normativo ambíguo a sugerir, portanto, mais de uma interpretação, e ditame constitucional cujo alcance se mostra incontroverso”.

³⁶⁹ Consultar notas n.º 335, 337, 338 e 339.

como valor estabelece que a sociedade, para garantir sua função agregadora do direito, necessitaria da aplicação do direito conforme a lei. O fim do Estado é, justamente, a garantia da segurança jurídica.³⁷⁰

Nesse contexto, no que condiz à dimensão jurisdicional do princípio da segurança jurídica, nota-se que ela é formada por diversos subprincípios, dos quais se sobressai a tutela jurisdicional efectiva, por sua vez extraída de uma pluralidade de comandos inseridos no rol de direitos fundamentais instituído pelo art. 5.º, da Constituição Brasileira, em especial, os incisos XXXV, XXXVI, LIV, LV e LXXVIII, segundo os quais, respectivamente, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; não haverá juízo ou tribunal de excepção; ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; e a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Há, por fim, o próprio inciso XXXVI, do art. 5.º, cuja redacção expressamente determina que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, comando este não somente direccionado aos órgãos administrativos ou legislativos³⁷¹, mas também ao próprio poder judiciário, que deverá respeitar os julgados que proferiu, sob pena de lhes retirar a obrigatoriedade que devem possuir³⁷².

Ademais, tal como determina o §1.º, do mencionado art. 5.º, não se pode esquecer que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, preceito reforçado pelo também já referido art. 60, §4.º, que veda deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

Do exposto, logo se constata que a tutela jurisdicional no ordenamento jurídico brasileiro impescinde de um devido processo legal formado por elementos como a exigência de juiz competente, a vedação de tribunal de excepção, o contraditório, a ampla defesa e, ao final, o respeito ou estabelecimento de coisa julgada sobre a pretensão processual deduzida em juízo; a qual, conforme tratado no Capítulo 2, advém do trânsito em julgado de decisão

³⁷⁰ SOARES, Carlos Henrique. Op. cit., p. 212.

³⁷¹ Sobre a restrição que o art. 5.º, XXXVI, ocasiona perante o legislador, consultar BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2.º vol. São Paulo: Saraiva. 1989, p. 189.

³⁷² Nesse sentido, consultar Capítulo 2.

processual final prolatada por juiz ou tribunal, ou seja, de acto de interpretação que concretiza a norma jurídica para um caso concreto³⁷³.

A formação de coisa julgada, aliás, simboliza o ponto culminante da tutela jurisdicional, pois, tal como exposto no Capítulo 3, seu objecto é atingido pelo atributo geral da imutabilidade, princípio que, recorda-se, além de lhe salvaguardar, garante a obrigatoriedade das decisões jurisdicionais e, por consequência, a própria ideia de segurança jurídica pelo respeito as leis. Enfim, concretiza a segurança jurídica como direito fundamental que é.

Ocorre que, a exemplo de Portugal, o atributo geral da imutabilidade incidente sobre a coisa julgada é mitigado por outros comandos da Constituição, que ao tratar da coisa julgada ilegal³⁷⁴, traz hipóteses que prevêm a possibilidade de revisão de julgados definitivos, o que se deduz dos já analisados arts. 102, I *j*; 105, I, *e*; 108, I, *b*; e 27, § 10, este último integrante do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias³⁷⁵.

Essa possibilidade de revisão, no entanto, deve ser compreendida como um instrumento de preservação da supremacia da Constituição e da máxima efectividade de suas normas. Afinal, a exemplo do que ocorre em Portugal, ela inversamente se reveste como garantia para o próprio princípio da segurança jurídica enquanto direito fundamental, pois combate o acto judicial final transitado em julgado cujo vício afete sua identidade como acto de soberania, ou seja, quando emane de procedimento impossível de gerar a correcta tutela jurisdicional, independente da vontade dos sujeitos processuais.

Todavia, o controlo da coisa julgada ilegal no Brasil é mais abrangente do que no ordenamento português, pois lá se permite a revisão do instituto não apenas nos termos referidos no parágrafo anterior, mas também sob o estrito aspecto do acto jurídico que representa. Há, em síntese, a possibilidade de rescisão da decisão judicial transitada em julgado cujo conteúdo viole o direito vigente por equivocada subsunção dos factos à norma jurídica. (CPC; art. 485, V), ou seja, quando o vício – agora de julgamento - poderia ser aferido mediante análise intrínseca do próprio processo, sem a prévia necessidade de perquirição de elementos externos à pretensão deduzida em juízo, como seria necessário na circunstância de dolo do órgão de soberania³⁷⁶. Esta última circunstância, todavia, deve

³⁷³ Sobre a actividade do intérprete para a concretização da norma, consultar o Tópico n.º 7.1, deste Capítulo.

³⁷⁴ Sobre o caso julgado e a coisa julgada ilegais, consultar o Capítulo 4.

³⁷⁵ Consultar notas n.º 138 a 141.

³⁷⁶ Conforme exposto no Capítulo 4, a circunstância prevista pelo art. 485, V, do Código de Processo Civil brasileiro assemelha-se àquela regulamentada pelo art. 668.º, do Código de Processo Civil português.

respeitar o limite temporal de dois anos em seguida ao respectivo trânsito (CPC; art. 495), após o qual convalescerá, o que, conforme discorrido no Capítulo 4, justifica-se pela presunção de legitimidade que a decisão possui dado seu outro aspecto de acto de soberania estadual, prolatado posteriormente ao transcurso do devido processo legal.

Pelo exposto, observa-se que no Brasil, além da incompatibilidade normativa que identifica o vício de inconstitucionalidade da coisa julgada, ela também pode ser analisada como a manifestação de provável antinomia entre os princípios da supremacia da Constituição e da segurança jurídica, assunto a ser enfrentado no Capítulo seguinte. Há que se atentar, porém, a um ponto que pode gerar distinção quanto ao tratamento da coisa julgada inconstitucional brasileira em relação ao seu equivalente português. É que o texto constitucional em vigor no Brasil não excepciona a coisa julgada fundada em norma inconstitucional, assim como o faz a Constituição Portuguesa em seu art. 282.º, n.º 3.

8. O caso julgado e sua relação com o conflito entre regras e/ou princípios.

8.1. O princípio da unidade constitucional como parâmetro para a resolução de conflitos normativos.

Os princípios da supremacia da Constituição e da máxima efectividade de suas normas, quando analisados em conjunto, permitem aferir um terceiro princípio, que além de representar necessário desdobramento do primeiro, pode ser tido como praticamente indissociável do segundo, caso dele não chegue a ser integrante. Trata-se do princípio da unidade, cuja principal característica é a compreensão da Constituição como um todo harmônico, em que não existem antinomias entre os seus diversos comandos, os quais sempre produzirão efeitos para as circunstâncias por si regidas. E outra não poderia ser a conclusão, pois tanto a supremacia quanto a máxima efectividade, se desvinculadas da regra de unidade, dificilmente lograriam atingir seus fins precípuos de concretização das normas constitucionais³⁷⁷. Afinal, a antinomia pressupõe a incompatibilidade e, quando exigida solução para o conflito, a necessária escolha de um dos parâmetros em antagonismo representaria a rejeição do outro, cessando-lhe a eficácia, em mitigação à própria ideia de concretização. Deste modo, deve-se compreender a unidade como a afirmação de um comando de natureza interpretativa, que espelha seu reflexo e a ele vincula o aplicador das normas constitucionais e demais regramentos do ordenamento jurídico, fazendo-o agir de forma a evitar contradições. Daí o sentido de lição proferida por CANOTILHO sobre o assunto, para quem

O princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como «ponto de orientação», «guia de discussão» e «factor hermenêutico de decisão», o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios³⁷⁸.

³⁷⁷ Sobre a concretização da norma constitucional, consultar 7.

³⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1223-1224.

Não obstante, em razão de se fundamentar no conceito da ausência de contradição entre os diversos comandos normativos, emerge outro aspecto relevante sobre o princípio da unidade da Constituição, que é a rejeição da teoria da existência de normas constitucionais inconstitucionais³⁷⁹, com exceção do direito superveniente, ou seja, quando o vício de inconstitucionalidade acometer lei de revisão constitucional ou emenda constitucional, instrumentos de alteração da Constituição respectivamente adoptados em Portugal e Brasil. De facto, mesmo o próprio BACHOF, autor de aludida tese, refuta a hipótese da inconstitucionalidade de dispositivos aparentemente antagônicos quando emanados por conduta do poder constituinte originário, apenas ressalvando, por fidelidade a sua teoria, as circunstâncias em que exista lesão a direito supralegal. Nesse sentido, de acordo com o citado autor,

(...) No facto de o legislador constituinte se decidir por uma determinada regulamentação tem de ver-se a declaração autêntica, ou de que ele considera essa regulamentação como estando em concordância com os princípios *basilares* da Constituição, ou de que, em desvio a estes princípios, a admitiu conscientemente como excepção aos mesmos.³⁸⁰

Do exposto, afere-se que o princípio da unidade é um regramento de índole interpretativa, que se harmoniza com os princípios da supremacia da Constituição e da máxima efectividade de suas normas, sendo, pois, consequência lógica deles quando observados sob a óptica da tese da concretização da Constituição, já discorrida no Capítulo anterior. Enfim, a unidade harmoniza preceitos constitucionais aparentemente antagônicos, regulando-lhes a respectiva eficácia de acordo com a situação que lhes reivindica subsunção, sem, contudo, anular um ou outro por completo. Daí porque se utilizou a expressão “aparentemente antagônicos”, pois, de facto, antagonismo não existirá, vez que a Constituição deve ser aplicada como um todo unitário, cujo sentido será revelado por seus diversos preceitos em conjunto. Nesse aspecto, embora a própria ideia de unidade refute a hierarquia normativa em um mesmo diploma, que se acolhido poderia conduzir ao conceito de antinomia - algo, conforme discorrido, incompatível com a própria aceção de unidade -, ela revela um papel de especial generalidade que os princípios detêm ao directamente actuar sobre a conduta

³⁷⁹ A menos que se considere existente leis supraleais. Consultar nota n.º 158.

³⁸⁰ BACHOF, Otto. Op. cit. p. 57

do intérprete que aplicará a norma, vinculando sua interpretação. Talvez outra não seja a razão pela qual BARROSO sustenta que a

(...) unidade constitucional reforça o papel dos princípios constitucionais como condicionantes da interpretação das normas da Lei Maior. São eles que conferem unidade e coerência ao sistema e é a eles que se recorre na solução das tensões normativas. A grande premissa sobre a qual se alicerça o raciocínio desenvolvido é a de que inexistente hierarquia normativa entre as normas constitucionais, sem qualquer distinção entre normas materiais ou formais ou entre normas-princípio e normas-regra. Isso porque, em direito, hierarquia traduz a idéia de que uma norma colhe seu fundamento de validade em outra, que lhe é superior. Não é isso que se passa entre normas promulgadas originariamente com a Constituição.³⁸¹

Nesse contexto, importa ressaltar que o princípio da unidade da Constituição encontra-se sem distinções nos ordenamentos jurídicos de Portugal e Brasil, pois, reitera-se, mais do que o resultado da determinação de uma ou mais normas constitucionais, ele advém do próprio aceite dos princípios da supremacia da Constituição e da máxima efectividade de suas normas, comuns a ambos os países. Este é o motivo, aliás, porque a presente exposição do princípio da unidade não adoptada a sistemática dos demais Capítulos, em que se fazem Tópicos distintos para cada nação.

É sob estes parâmetros, alerta-se, que resta perquirir se o caso julgado inconstitucional será um fenómeno tolerado em razão do princípio da unidade da Constituição ou se, por causa desse mesmo princípio, deverá ser combatido. Afinal, conforme exposto no Capítulo anterior, um dos elementos de formação do caso julgado é a decisão processual final lavrada por órgão de soberania no exercício da função jurisdicional. O instituto resulta, enfim, de actividade de interpretação da Constituição, a qual, conforme visto, deve primar pelos princípios da supremacia e máxima efectividade de seus preceitos, de forma a se lograr a concretização desse diploma fundamental do Estado. Nesse contexto, o caso julgado inconstitucional de início representaria evidente atentado à ideia de concretização, pois resultaria de erro quanto a aplicação da Constituição. No entanto, sendo a segurança jurídica igualmente um princípio de índole constitucional, do qual o caso julgado é o ponto máximo para a sua dimensão jurisdicional³⁸², não seria absurdo se essa espécie de inconstitucionalidade for aceita pelos Estados português e brasileiro. Como então tratar essa aparente antinomia de princípios?

³⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 198.

³⁸² Sobre o caso julgado enquanto direito fundamental, consultar 2.

8.2. Fórmulas para a resolução de conflitos normativos.

8.2.1. Distinção entre normas e princípios de acordo com a abrangência de seus efeitos e a respectiva conseqüência para o tratamento do conflito entre normas.

As Constituições de Portugal e Brasil não apresentam mecanismos expressos para a solução de conflitos entre seus próprios comandos³⁸³. É apenas mediante a análise de um conjunto deles que se torna possível aferir o tratamento constitucional dado à questão, à semelhança de como se procedeu em ambos os ordenamentos para a identificação dos princípios da supremacia da Constituição, máxima efectividade das normas constitucionais, unidade, tutela jurisdicional e segurança jurídica. Aliás, é justamente essa necessidade de análise conjunta de diversos dispositivos constitucionais, - a qual é reveladora de um dos subgrupos em que se dividem os princípios -, que sugere a já aludida distinção entre regras e princípios³⁸⁴. Dita distinção, todavia, não deve supor hierarquia entre essas duas categorias de comandos ou regras, até mesmo porque outro subgrupo dos princípios caracteriza-se pela formação directa desta espécie normativa por expressa determinação de um comando revelado por única norma³⁸⁵. Deste modo, se há diferença entre normas e princípios além daquela decorrente de seus elementos de formação, essa distinção não consistirá na hierarquia, mas residirá em outro âmbito. Não é outro o sentido, diga-se, do alerta proferido por ALEXY, para quem

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.³⁸⁶

Ademais, caso fosse reconhecida a hierarquia entre preceitos integrantes da Constituição, eventual conflito poderia ocasionar nulificação dos efeitos da regra tida por

³⁸³ Se forem de diferente hierarquia não interessam ao estudo que se desenvolve, pois o comando de superior hierarquia necessariamente prevaleceria sobre o anterior se sobre a mesma matéria tratasse.

³⁸⁴ Consultar Capítulo 7.

³⁸⁵ O art. 7.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, por exemplo, reporta-se a diversos princípios, como a independência nacional e o respeito dos direitos do homem.

³⁸⁶ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 87.

inferior, solução que, embora aceita no âmbito das normas infraconstitucionais³⁸⁷, é incompatível com o princípio da unidade da Constituição e a ideia de concretização, tal como exposto no Tópico anterior. Afinal, recorda-se, o princípio da unidade é um regramento de índole interpretativa, que se harmoniza com os princípios da supremacia da Constituição e da máxima efectividade de suas normas, resguardando a eficácia de todos os preceitos constitucionais para com a situação que lhes demanda subsunção.

Nesse contexto, observa-se que o comando revelado pelo princípio da unidade, conforme igualmente discorrido no Tópico anterior, possibilita a verificação do elemento discriminador entre normas e princípios, pois evidencia o papel de especial generalidade que os princípios detêm sobre o intérprete da norma enquanto imperativos de conduta, sem se refutar, por evidência, os comandos directos que deles emanam, ou seja, aqueles que prescindem da aplicação em conjunto com outra norma para se realizar³⁸⁸. Daí porque, de acordo com ALEXY, os princípios expressam uma máxima de otimização, pois são eles, a exemplo da própria essência do princípio da unidade, que permitem a indicação do sentido adequado para as diversas possibilidades de interpretação do preceito normativo³⁸⁹. Deste modo, salienta o autor, a distinção entre normas e princípios consiste em que,

(...) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.³⁹⁰

³⁸⁷ Nesse sentido, consultar: BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB. 10ª ed. 1999, p. 91-105

³⁸⁸ Ao discorrer sobre o grau de generalidade enquanto elemento de distinção entre regras e princípios, ALEXY expõe que “(...) princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença. Segundo o critério de generalidade, seria possível pensar em classificar a primeira norma como princípio, e a segunda como regra”. (ALEXY, Robert. Op. cit., p. 87-88).

³⁸⁹ Conforme visto, uma norma é passível de diversas interpretações. Consultar nota n.º 305.

³⁹⁰ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 90-91.

A lição acima transcrita possibilita a primeira pista sobre o tratamento de antinomias, em especial, a antinomia que envolve duas normas³⁹¹. Esta modalidade de conflito, aliás, talvez seja a de mais fácil resolução. Isso porque, por motivo de seu baixo grau de generalidade, ao contrário daquele intrínseco aos princípios³⁹², o comando ou regra expresso pela norma somente produzirá efeitos sobre a específica situação que regulamentou em abstracto. Deste modo, verdadeira antinomia ou conflito não existirá, pois a regra simplesmente será aplicada ou não. Portanto, é impróprio falar em conflito entre regras, bem como apresentar mecanismos de solução, dos quais se citam, como exemplo, a análise dos parâmetros de antiguidade, hierarquia ou especialidade dos preceitos tidos em antagonismo³⁹³. Afinal, ao se escolher qualquer um destes caminhos, outro não é o resultado senão reconhecer que a norma cuja aplicação foi rejeitada de facto não era a norma a ser aplicada. O conflito, em si, não existirá, pois a norma rejeitada ou foi revogada, ou restou incompatível com o sistema por questões de antiguidade e hierarquia, ou ainda, acrescenta-se, teve sua aplicação defesa em decorrência da existência de outra regra dotada de maior especialidade. Enfim, o conflito entre regras será aparente, pois, na verdade, ele diz respeito a âmbito distinto, qual seja, das dificuldades encontradas pelo intérprete para descobrir qual a norma a ser aplica ao caso concreto³⁹⁴.

³⁹¹ Outras possibilidades de conflitos são entre princípios ou entre norma e princípios. Sobre esta última, SILVA adverte que “(...) em geral, não se pode falar em uma colisão propriamente dita. O que há é simplesmente o produto de um sopesamento, feito pelo legislador, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário. A relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. A regra é a expressão dessa restrição. Essa regra deve, portanto, ser simplesmente aplicada por subsunção”. (SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros. 2010, p. 52).

³⁹² Nesse sentido, consultar: ALEXY, Robert. Op. cit., p. 87; MOTTA, Moacyr Parra. **Interpretação Constitucional sob Princípios**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003, p 151; e WEEKS, Lílian Rosemary. **O Controle da Constitucionalidade da Norma**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris. 2003, p. 196.

³⁹³ ALEXY leciona que os conflitos entre regras também podem ser tratadas como problemas de validade, pois, afirma, se não for possível aplicar uma norma de exceção, “(...) uma das regras tem que ser declrada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico” (ALEXY, Robert. Op. cit. p. 92).

³⁹⁴ A despeito de considerar existente o conflito entre regras, lição de ALEXY evidencia que o conflito em verdade não existirá, pois o problema consiste em identificar a norma a ser aplicada. Afinal, conforme aduz, “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio”. (ALEXY, Robert. Op. cit., p. 92).

Nesse contexto, importa mencionar que o conflito entre regras pouco interessa ao objecto desta pesquisa, que versa sobre o caso julgado inconstitucional. Este, conforme salientado no Capítulo 7, por ser espécie viciada de instituto que simboliza a aplicação do direito, quando se reportar às normas constitucionais, representará afronta ao princípio da concretização da Constituição pelo Poder Judiciário. Desta forma, dada a sua igual correlação ao princípio da segurança jurídica, logo se vislumbra que o caso julgado inconstitucional necessariamente estará vinculado a uma - ao menos aparente - antinomia entre princípios, assunto que será tratado nos Tópicos seguintes.

8.2.2. O tratamento do conflito entre princípios.

Assim como ocorre em relação ao conflito entre normas, afirmar a existência de conflito entre princípios representa impropriedade, pois a ideia de concretização das normas constitucionais, conforme exposto no Capítulo 7, implica a necessária análise conjunta de princípios como a supremacia da Constituição, máxima efectividade de suas normas e unidade, além daqueles próprios que se acreditam em antagonismo. Deste modo, sob a óptica de que os princípios representam máximas de otimização e que, portanto, ordenam algo a ser realizado na maior medida possível e de acordo com as possibilidades jurídicas e fácticas existentes³⁹⁵, chega-se à conclusão semelhante àquela apresentada no Tópico anterior, no sentido de que, ao se escolher a solução adequada para o caso concreto, ou seja, em que tais comandos normativos serão correctamente aplicados, na verdade se descobrirá que o conflito jamais existiu. Afinal, ao menos em tese, a solução já era anteriormente expressa pelo próprio ordenamento jurídico, faltando apenas ser descoberta. Daí porque, diga-se, como igualmente se afirmou quanto ao conflito entre normas, tal controvérsia reporta-se a âmbito distinto, composto pela seara de dificuldades encontradas pelo intérprete para descobrir qual o comando a se aplicar.³⁹⁶

Há, todavia, uma diferença que distingue o conflito entre normas do conflito entre princípios. É que neste último, ao contrário do primeiro, não ocorrerá a escolha de um dos comandos normativos aparentemente em conflito, com a conseqüente exclusão do remanescente. No conflito entre princípios, em razão de seu maior grau de abstracção, terá precedência a força normativa de um deles, sem, porém, invalidar-se o outro, que continuará a

³⁹⁵ Consultar Capítulo 7.

³⁹⁶ Conforme exposto no Capítulo 7, a norma, para se concretizar, necessita do papel do intérprete.

produzir efeitos, embora de maneira mais comedida³⁹⁷. Afinal, consoante ressalta ALEXY ao defender esta distinção de tratamento entre as duas espécies de conflitos aqui referida,

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido – um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.³⁹⁸

Como se percebe, a natureza de mandamentos de otimização detida pelos princípios impede, nas hipóteses de aparente conflito, a total exclusão dos efeitos de um deles quanto à situação concreta que regem, algo que, aliás, é reforçado no próprio âmbito constitucional por motivo do princípio da unidade, um dos principais corolários da teoria da concretização, responsável pela vedação da hierarquia normativa no mesmo diploma legal. Deste modo, a resolução de aparente conflito entre princípios deve ser tomada de forma a evitar que a aplicação de um deles acarrete completa contradição com o outro e, por consequência, sua desconsideração³⁹⁹. Daí porque, afirma-se, ao se tratar de um conflito entre princípios, na verdade estar-se-á a discutir a aplicação simultânea de mais de um deles, o que perpassa, naturalmente, pela ideia de proporcionalidade⁴⁰⁰.

Nesse contexto, o primeiro aspecto a ser considerado é a possível constatação acerca da inexistência de princípios absolutos, pois eventual choque, reitera-se, apenas será aparente, vez que jamais implicará a total rejeição do comando emanado por um princípio, o que ocorre em relação ao tratamento outorgado ao conflito entre normas referido no Tópico 8.2.1. Não é por outra razão, aliás, que ALEXY, ao desenvolver teoria sobre o conflito de princípios⁴⁰¹, afirma que

³⁹⁷ Nesse sentido, consultar: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1183.

³⁹⁸ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 93.

³⁹⁹ Nesse sentido, consultar: ALEXY, Robert. Op. cit., p. 96.

⁴⁰⁰ O princípio da proporcionalidade pode ser aferido no art. 18, da Constituição da República Portuguesa, em especial seu n.º 2, que ao tratar de eventuais restrições a direitos, liberdades e garantias constitucionais, devem estas limitar-se “(...) ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Sobre os elementos integrantes do princípio da proporcionalidade, consultar nota n.º 412.

⁴⁰¹ Embora sua teoria reporte-se ao âmbito dos direitos fundamentais, revela-se adequada para o trato das questões constitucionais em razão dos princípios da supremacia, unidade e máxima efectividade.

(...) No caso dos princípios absolutos trata-se de princípios extremamente fortes, isto é, de princípios que em nenhuma hipótese cedem em favor de outros. Se existem princípios absolutos, então, a definição de princípios deve ser modificada, pois se um princípio tem precedência em relação a todos os outros em casos de colisão, até mesmo em relação ao princípio que estabelece que as regras devem ser seguidas, nesse caso, isso significa que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, apenas fáticos.⁴⁰²

Todavia, o citado autor chega a aludir à possibilidade de existência de um princípio absoluto, que seria o princípio da dignidade da pessoa humana. Para ele, ao se referir sobre esse princípio sob a óptica da Constituição alemã,

A razão para essa impressão não reside, contudo, no estabelecimento de um princípio absoluto por parte dessa disposição, mas no fato de a norma da dignidade humana ser tratada em parte como regra e em parte como princípio, e também no fato de existir, para o caso da dignidade, um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá contra os princípios colidentes.⁴⁰³

Não obstante, ao final ALEXY rejeita tal possibilidade, pois considera que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser realizado em diferentes medidas, em razão de seu grande nível de abstracção, consoante se observa de sua lição, a seguir transcrita:

O princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes medidas. O fato de que, dadas certas condições, ele prevalecer grau de certeza sobre outros princípios não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio, significando apenas que, sob determinadas condições, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana.. (...). Por isso, é possível dizer que a norma da dignidade humana não é um princípio absoluto. A impressão de um caráter absoluto advém, em primeiro lugar, da existência de duas normas da dignidade humana: uma regra e um princípio; além disso, essa impressão é reforçada pelo fato de que há uma série de condições sob as quais o princípio da dignidade humana prevalecerá – com grande grau de certeza – em face de todos os outros princípios.⁴⁰⁴

Deste modo, face a aludida constatação acerca da inexistência de princípios de natureza absoluta, bem como da função de otimização que possuem, a qual impede a irrestrita exclusão dos efeitos de um deles quanto à situação concreta que regem – consequência

⁴⁰² ALEXY, Robert. Op. cit., p. 111.

⁴⁰³ Id. Ibid, p. 111-112.

⁴⁰⁴ Id. Ibid, p. 113.

directa, recorda-se, do princípio da unidade da Constituição e da máxima da concretização de suas normas -, a resolução de aparente conflito entre princípios deve ser efectuada mediante a aferição da dimensão dos bens jurídicos que eles tutelam. Afinal, tal como exposto no Tópico 7.2.1, existem princípios tidos como estruturantes da ordem constitucional, dos quais todos os demais deles resultam e a eles se vinculam. São, pois, princípios cuja natureza normativa também indicam os fundamentos e objectivos do Estado, o que limita o âmbito de actuação do intérprete. Daí porque ALEXY, fundamentando-se em precedentes do Tribunal Constitucional alemão sobre a questão, afirma que

O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto (...).⁴⁰⁵

Nesse contexto, o sopesamento dos bens jurídicos tutelados por princípios constitucionais aparentemente conflitantes pode ser realizado de acordo com o grau de protecção que a própria Constituição lhes confere. Assim, não obstante inexista hierarquia entre as normas constitucionais - o que impede, conforme visto, a conclusão da existência de princípios de natureza absoluta -, não se pode ignorar que a Constituição possui um núcleo formado por princípios que lhe norteiam a interpretação, como são os há pouco referidos princípios estruturantes. É o caso, por exemplo dos comandos instituídos pelos arts. 1.º a 11.º, da Constituição da República Portuguesa, inseridos no segmento identificado sob a rubrica dos “princípios fundamentais”; ou dos arts. 1.º a 4.º, da Constituição da República Federativa do Brasil, relativos ao Título I, igualmente destinados aos princípios fundamentais. Em ambos os países, os indicados segmentos dos textos constitucionais cuidam dos fundamentos da República, objectivos do Estado e orientação de conduta no âmbito das relações internacionais.

É, porém, no Capítulo destinado aos direitos fundamentais que melhor se observa o especial grau de protecção que a Constituição lhes confere. Afinal, tanto o diploma português quanto o brasileiro afirmam que os preceitos destinados a tais direitos são directamente aplicáveis⁴⁰⁶, bem como que em regra não poderão sofrer restrição⁴⁰⁷, salvo excepcional circunstância, a exemplo do advento do estado de sítio ou condição correlata⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 95.

⁴⁰⁶ CR; art. 18.º, n.º 1; CF; art. 5.º, §1.º

Deste modo, na eventual hipótese de aparente conflito entre princípios, a qual perpassa, consoante anteriormente afirmado, pelo sopesamento dos bens jurídicos tutelados por cada um dos inúmeros princípios constitucionais, o intérprete da Constituição deverá conferir primazia aos indicados princípios estruturantes, ou seja, aos ditos princípios fundamentais do Estado e, em especial, aos direitos fundamentais, de forma a garantir que o princípio da máxima efectividade da Constituição neles se consubstancie com maior força.

Não obstante, conforme é possível deduzir, pertinente sopesamento ainda necessitará observar outro parâmetro de aplicação além do consubstanciado pelas próprias normas constitucionais, que é a relação fáctica a que elas serão subsumidas. Há, pois, fator externo a ser considerado, o qual reside no âmbito da efectividade da norma de princípio⁴⁰⁹ e que, naturalmente, imprescinde da análise do contexto em que será aplicada.

Todos estes pontos, portanto, conduzem à afirmação da necessidade de descoberta de uma relação de precedência entre os princípios em aparente conflito para a resolução do impasse. Afinal, tal como ainda defende ALEXY,

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionantes consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.⁴¹⁰

O citado autor baptiza o pensamento acima como “regra de colisão”, a qual é necessária para a resolução de eventuais choques entre princípios. Nesse sentido, consoante afirma,

As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.

Essa lei, que será chamada de “lei de colisão”, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, sem segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a

⁴⁰⁷ CR; art. 18.º, n.º 2; CF; art. 60, §4.º, IV.

⁴⁰⁸ CR; art. 19.º; CF; art. 136, §1.º; e art. 139.

⁴⁰⁹ Por efectividade deve-se compreender realização ou concretização, e não mera vigência.

⁴¹⁰ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 96.

base para a resposta a objeções que se apóiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.⁴¹¹

Do exposto, igualmente se percebe a importância que o princípio da proporcionalidade terá para a aplicação de dita regra de colisão, pois é justamente em razão de seus critérios de pertinência, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁴¹², que se permitirá identificar a relação de precedência entre os princípios a serem aplicados ao caso concreto. Isso porque, segundo BONAVIDES, o princípio da proporcionalidade “(...) pretende, por conseguinte, instituir (...) a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso (...)”⁴¹³. Verifica, enfim, os limites jurídicos e fácticos que a resolução do eventual conflito entre princípios deverá respeitar em prol da máxima efectividade e concretização das normas constitucionais. Opinião compartilhada por ALEXY, para quem

Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. O Tribunal Constitucional Federal afirmou, em formulação um pouco obscura, que a máxima da proporcionalidade decorre, “no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais”. A seguir se pretende demonstrar que isso é válido de forma estrita quando as normas de direitos fundamentais têm o carácter de princípios.⁴¹⁴

Essas são as razões, aliás, pela qual se afirmou linhas atrás que nem o princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto, pois haverá circunstâncias em que a irrestrita preservação da dignidade em uma situação particular poderá ocasionar severos prejuízos a toda uma colectividade caso se impeça a concretização de princípios outros, como aqueles inseridos no rol dos “princípios fundamentais” nas Constituições de Portugal e Brasil, manter

⁴¹¹ Id. Ibid, p. 99.

⁴¹² Segundo BONAVIDES, pertinência representaria o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público, enquanto a necessidade corresponderia ao respeito aos limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito recairia sobre a escolha do meio, que no caso específico, levaria em conta o conjunto de interesses em jogo. (BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 360-361).

⁴¹³ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 357.

⁴¹⁴ Id. Ibid, p. 116-117.

princípios de natureza estruturante. Deve-se estudar, portanto, o caso concreto a que se aplicará, o que necessariamente impescinde de razões de proporcionalidade.

Contudo, não se concorda com a afirmação de ALEXY quanto à inexistência de princípios absolutos, pois, ao menos um existirá, desde que não se reconheça a tese da inconstitucionalidade das normas constitucionais⁴¹⁵. Trata-se do princípio da supremacia da Constituição, fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico e, por esta razão, dos demais princípios constitucionais, inclusive das fórmulas de resolução para aparentes conflitos entre eles.

8.3. Parâmetros do tratamento de conflitos normativos do caso julgado.

Considerando-se que o único princípio de natureza absoluta existente no ordenamento jurídico é o princípio da supremacia da Constituição, não resta dúvida que o caso julgado poderá ser revisto, pois se trata de elemento integrante de princípio derivado do próprio texto constitucional e, por esta mesma razão, a ele submetido. Deste modo, torna-se certa a assertiva de que a relativização dos efeitos dos princípios submetidos à Constituição representa a consequência lógica da premissa da supremacia.

Todavia, a despeito dessa última constatação, deve-se recordar que não é a inexistência de princípio absoluto e a consequente permissibilidade de relativização que implica a aniquilação da força normativa do princípio mitigado⁴¹⁶. Afinal, não somente face o próprio princípio da supremacia da Constituição, mas em especial pelos subprincípios ou máximas⁴¹⁷ da unidade e concretização das normas do texto constitucional, nenhum princípio poderá de deixar de produzir efeitos sobre a situação a que se subsume, mesmo que assim o faça em menor grau. Daí a afirmação feita no Tópico 8.2.2, reitera-se, no sentido de que, quando se discutir aparente conflito entre princípios, de facto estar-se-á a discutir a aplicação simultânea de mais de um deles.

É nesse contexto que igualmente se deve lembrar ser a tutela efectiva o princípio a que o caso julgado directamente se vincula e dele constitui elemento. E tal classificação não pode ser tida como equivocada, pois, consoante exposto no Capítulo 2, o caso julgado é apenas um

⁴¹⁵ Consultar nota n.º 157.

⁴¹⁶ A afirmação somente é válida se ambas as normas forme do mesmo patamar hierárquico.

⁴¹⁷ Utiliza-se o termo subprincípios porque todos os princípios constitucionais, se reconhecida a supremacia da Constituição, desse diploma normativo necessariamente decorrerá a respectiva normatividade.

acto jurídico composto formado pela junção de uma decisão processual final e o respectivo trânsito em julgado, ambos regulados por preceitos de natureza infraconstitucional⁴¹⁸. Em verdade, o caso julgado somente condiz com o princípio da tutela efectiva em razão de a Constituição lhe fazer incidir o atributo geral da imutabilidade, o qual, aliás, representa subprincípio da própria tutela. Não obstante, ainda se alerta que, tanto o atributo geral da imutabilidade quanto a tutela efectiva incorporam-se a outro princípio de relevante grau constitucional, que é o princípio da segurança jurídica, particularmente a sua dimensão jurisdicional. O caso julgado, em suma, é passível de vinculação a uma ordem crescente de generalidade – e não hierarquia – de princípios constitucionais, a qual se apresenta da seguinte forma:

Atributo geral da imutabilidade → tutela efectiva → dimensão jurisdicional da segurança jurídica → máxima efectividade das normas constitucionais → unidade da Constituição → supremacia da Constituição.

Deste modo, em razão de o caso julgado representar a concretização de uma norma jurídica mediante a perpetuação da actividade de interpretação desenvolvida pelo titular do exercício da função jurisdicional do poder soberano, precipuamente se deve investigar se a decisão formadora desse instituto incide em vício que acarrete aparente antinomia normativa. Havendo tal constatação, respectivo combate deverá cuidar para não mitigar por completo nenhum dos referidos princípios que com ele se relacionem, em respeito às máximas da unidade da Constituição e da máxima efectividade de suas normas. Nesse contexto, sobressaem-se duas circunstâncias:

- a) o caso julgado ilegal;
- b) o caso julgado inconstitucional.

A definição da espécie de vício que acomete o caso julgado é imprescindível para a aferição do mecanismo de controlo a ser utilizado. Representará, pois, o pertinente parâmetro para a averiguação da densidade dos bens jurídicos tutelados pelos princípios constitucionais relacionados ao instituto.

⁴¹⁸ Conforme exposto no Capítulo 2, as Constituições de Portugal e Brasil apenas exigem esse dois elementos para a composição do caso julgado.

Com efeito, compreendendo-se o caso julgado ilegal estritamente como aquele cuja decisão em que se funda erroneamente aplicou norma infraconstitucional, por obviedade não ocorrerá violação a comando da Constituição, salvo nas hipóteses de aplicação de norma inconstitucional ou de interpretação inconstitucional de norma que não padeça de vício de inconstitucionalidade. Isso porque, ressalta-se, a decisão viciada não haverá concretizado preceito constitucional através da relação de subsunção da pretensão processual deduzida em juízo à norma viciada. O caso julgado ilegal estará, pois, em esfera diversa de concretização da Constituição, correspondente ao princípio da tutela efectiva; o qual, conforme exposto no Capítulo 7, expressa-se pelo respeito a garantias como o processo equitativo e a própria legalidade do procedimento adoptado. Desta forma, se conflito existir em relação ao caso julgado ilegal, este será entre os princípios da tutela efectiva e a segurança jurídica, cujo grau de generalidade é imediatamente superior, conforme discorrer-se-á no Tópico seguinte. Os bens jurídicos tutelados pela Constituição serão, enfim, aqueles relacionados a estes dois princípios.

Já em relação ao caso julgado inconstitucional, a situação será diversa, pois necessariamente o vício se relacionará à errónea subsunção do facto à norma constitucional, mesmo que indirectamente, ou seja, pela aplicação de norma maculada de inconstitucionalidade. Constata-se, portanto, que o patamar de concretização da Constituição não se restringirá à tutela efectiva e suas garantias, mas à própria supremacia e máxima efectividade de suas normas, cujos preceitos garantidores de direitos, a despeito de previstos no documento fundamental do Estado, poderão ser contraditoriamente mitigados pela actuação da função jurisdicional do poder soberano. Aqui, à diferença do caso julgado ilegal, os bens jurídicos atingidos não apenas se relacionam à tutela efectiva e segurança jurídica, mas também a comando constitucional diverso destes princípios.

8.4. A inexistência de conflito entre princípios face o caso julgado ilegal.

No Tópico anterior, sugeriu-se que o caso julgado ilegal poderia ensejar aparente conflito entre os princípios constitucionais da tutela efectiva e segurança jurídica. A utilização do termo “aparente”, recorda-se, justifica-se em razão da impossibilidade de existência de conflito entre diversas normas constitucionais, pois todo comando que emane da Constituição deverá ser aplicado de forma a lhe assegurar a máxima efectividade. Daí a origem de conclusão anteriormente apresentada, no sentido de que, quando houver alusão a conflito entre normas ou princípios, estar-se-á a discutir a aplicação simultânea de pluralidade deles, sendo o dilema, na verdade, condizente a âmbito distinto, este vivenciado pelo intérprete do ordenamento para descobrir qual norma se aplicará ao caso concreto.

Entretanto, ao se compreender o caso julgado ilegal de forma estrita como o instituto cuja decisão em que se funda erroneamente aplica norma infraconstitucional, não haverá afronta a nenhum desses princípios, mormente porque a tutela efectiva não se resume apenas à ideia aplicação do Direito, mas sim à aplicação do Direito após o transcurso do devido processo legal, onde sejam garantidos, dentre outros aspectos, a paridade de armas, o direito de defesa e a possibilidade de interposição de recursos. Observa-se, assim, que a tutela efectiva estará salvaguardada desde que ditos direitos subjectivos – ou subprincípios - hajam sido preservados ao sujeito processual para o patrocínio de sua pretensão perante o Estado. Aliás, esta é a verdadeira faceta desse direito fundamental a que se reportam as Constituições de Portugal e Brasil e que, via de consequência, concretizará a dimensão jurisdicional do princípio da segurança jurídica, conforme será discorrido acerca de cada nação nos Tópicos 8.4.1 e 8.4.2. Em síntese, a decisão judicial cujo conteúdo eventualmente seja contrário ao direito infraconstitucional, por si só, não sugerirá conflito entre princípios, pois apenas se reportará a um deles, que é a tutela efectiva, este sim o preceito normativo constitucional a ser concretizado. E tal conclusão não pode ser tida como equivocada, pois, conforme exposto nos Capítulos anteriores⁴¹⁹ e adiante reforçado, ambos os sistemas constitucionais toleram o erro e a ele atribuem efeitos em dadas circunstâncias, o que se ilustra, por exemplo, através da manutenção dos efeitos de norma declarada inconstitucional em sede de controlo concentrado de constitucionalidade⁴²⁰. Afinal, se a própria Constituição ressalva agressão contra si, quanto

⁴¹⁹ Consultar Capítulos 4 e 5.

⁴²⁰ CR; art. 282.º, n.º 4.

mais em relação às normas que nela encontram o fundamento de validade⁴²¹. Deste modo, quando o caso julgado ilegal reportar-se à errónea subsunção de facto à norma infraconstitucional, mesmo assim não haverá ofensa à exposta ordem de incidência dos princípios constitucionais de acordo com seu grau de generalidade, a qual mais uma vez se apresenta: atributo geral da imutabilidade → tutela efectiva → dimensão jurisdicional da segurança jurídica → máxima efectividade das normas constitucionais → unidade da Constituição → supremacia da Constituição.

Contudo, diferente é a situação em que o caso julgado ilegal possui dimensão mais ampla, não relativa à errónea aplicação da norma infraconstitucional, mas sim à restrição do próprio princípio da tutela efectiva, conforme discorrido no Capítulo 4. Isso porque, nesta hipótese, a decisão viciada implicará restrição de princípio constitucional, indevidamente impedindo, por consequência, sua máxima efectividade enquanto norma constitucional que é. Daí a razão pela qual os ordenamentos jurídicos português e brasileiro autorizam a revisão do caso julgado ilegal nessa específica situação, o que na verdade constitui medida de protecção a direito fundamental, conforme dito. Não obstante, há pontuais limites estabelecidos pelas respectivas Constituições para esse controlo de espécie de caso julgado, dentre eles a preclusão temporal, consoante será discorrido adiante.

8.4.1. A inexistência de conflito entre princípios face o caso julgado ilegal no ordenamento jurídico português.

A tolerância que a Constituição da República Portuguesa presta ao erro judiciário caracterizado pela equivocada aplicação de norma infraconstitucional não apenas se faz em respeito aos princípios da imutabilidade do caso julgado e da tutela efectiva, princípios estes por ela mesma instituídos, mas sobretudo em razão de outro princípio seu dotado de maior grau de generalidade, que é a segurança jurídica. Todavia, dita ideia de tolerância deve ser analisada com pormenor, sob pena de gerar incongruência com seu próprio núcleo normativo. Isso porque, recorda-se, os efeitos projectados pelo princípio da segurança jurídica espelham-se sobre todas as funções do poder soberano, ou seja, não apenas se restringem à função jurisdicional, mas também alcançam as funções executiva e legislativa. Daí a razão pela qual se afirmou no Tópico 7.2.2 que a segurança jurídica representa um dos pilares do Estado de

⁴²¹ Recorda-se que nenhum princípio é absoluto, salvo a Supremacia da Constituição, mesmo porque a ressalva da inconstitucionalidade decorre de expressa permissibilidade desse diploma fundamental do Estado.

Direito (CR; art. 2.º), pois, por obviedade, mais do que qualquer outro ente, é o Estado que deve agir de acordo com as determinações da lei. Como, então, justificar-se que o caso julgado fundado em decisão que erroneamente aplica norma infraconstitucional seja atingido pelo atributo geral da imutabilidade? Isso não seria, enfim, outorga de privilégio a princípios de menor grau de generalidade, verdadeira incongruência do sistema?

As respostas dessas últimas indagações encontram-se sugeridas na primeira afirmação do próprio parágrafo em que foram formuladas. De facto, a Constituição Portuguesa tolera o erro judiciário, o que procede mediante parâmetros de excepção por ela própria estabelecidos. O mais robusto deles, aliás, é a já aludida salvaguarda do caso julgado fundado em norma declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional em sede de controlo de constitucionalidade (CR; art. 282.º, n.º 3). Outro seria o manejo dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, também efectuado pelo Tribunal, quando razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo assim o exigissem (CR; art. 282.º, n.º 4)⁴²². Ditos comandos são os exemplos mais evidentes de tolerância ao erro judiciário, pois ambos possibilitam a perpetuação dos efeitos de decisão judicial final que atente contra os próprios preceitos constitucionais ao aplicar norma maculada de vício de inconstitucionalidade.

Não fosse suficiente, recorda-se que a Constituição somente fez menção a uma única circunstância em que é possível mitigar o caso julgado fundado em decisão que erroneamente aplique norma infraconstitucional. Trata-se, pois, do art. 29.º, n.º 6, cuja redacção enuncia que “os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos”⁴²³.

São essas indicadas excepções, aliadas às disposições dos arts. 110.º, n.º 1; 202.º, n.º 1; e 205.º, n.º 2, da Constituição, que possibilitam atribuir ao atributo geral da imutabilidade do caso julgado a natureza de princípio constitucional e, por consequência, de regra a ser seguida.

Deste modo, outra não é a conclusão senão que, no ordenamento jurídico português, o caso julgado fundado em decisão que erroneamente aplique norma infraconstitucional unicamente poderá ser mitigado na hipótese de a Constituição assim autorizar. Trata-se, em síntese, de própria diretriz constitucional, ou seja, de regramento estabelecido por este

⁴²² Este artigo por ser considerado um exemplo de aplicação do princípio da proporcionalidade.

⁴²³ Sobre o dispositivo, consultar Capítulo 4.

diploma fundamental do Estado em relação ao caso julgado e aos bens jurídicos que ele tutela, dentre os quais se destaca a segurança jurídica⁴²⁴.

Com efeito, sendo o atributo geral da imutabilidade do caso julgado directamente vinculado ao princípio da tutela efectiva, ambos subprincípios da dimensão jurisdicional do princípio da segurança jurídica, afere-se que essa espécie de caso julgado ilegal, quando excepcionada pela Constituição, não lesará o princípio da segurança jurídica, pois foi desta forma que o texto constitucional o regulamentou. Daí a justificativa para a afirmação feita no início deste Tópico quanto à tolerância do erro pela Constituição, pois o bem protegido pelo princípio da segurança jurídica no ordenamento português é, tão somente, a concessão de tutela jurisdicional à pretensão processual, compreendendo-se tutela nos moldes da tutela efectiva referida no Tópico 7.2.2, ou seja, concedida após procedimento equitativo e legalmente previsto. Em suma, a despeito de a função jurisdicional estabelecida pela Constituição ter como objectivo o cumprimento de preceitos normativos lesados, seu precípuo fim é a tutela da pretensão processual deduzida em juízo, de modo a lhe apresentar solução apta a se tornar definitiva e obrigatória, sem que necessariamente corresponda ao que seria verdadeiramente devido. É nisto, aliás, que consiste a dimensão jurisdicional do princípio da segurança jurídica, sob pena de entendimento contrário não encontrar fundamento constitucional para a existência de regras processuais de prescrição e preclusão, que privilegiam o procedimento em detrimento da adequada solução da pretensão à luz dos factos concretos que a fundamentem e, conseqüentemente, da devida aplicação do direito substantivo. Em síntese, embora a busca da justiça seja um fim do Estado (CR; art. 1.º), ela só será legítima se realizada nos termos do Direito, através de um procedimento desprovido de surpresas.

Os argumentos do parágrafo anterior também são suficientes para atribuir o fundamento constitucional às hipóteses de revisão do caso julgado previstas pelo Código de Processo Civil português. Isso porque, conforme exposto no Capítulo 4, todas as hipóteses enunciadas no art. 771.º, deste diploma normativo, à excepção da indicada em sua alínea *f*, versam sobre vício incidente no processo, ou seja, sobre o instrumento de prestação da tutela jurisdicional efectiva, cuja gravidade é bastante para comprometê-la. São vícios que, reitera-se, ora por impossibilitar o real exercício do direito de defesa de um ou mais sujeitos processuais, ora por afastar a correcta análise do Poder Judiciário acerca dos factos que

⁴²⁴ Conforme exposto no Capítulo 7, recorda-se que os princípios são, simultaneamente, imperativos de conduta e diretrizes para o intérprete e legislador.

fundamentam a pretensão processual, implicam inevitável e inadmissível falha ao exercício da função jurisdicional do poder soberano. Nota-se, portanto, que a mácula autorizadora da revisão não incidirá sobre a decisão que constitui o caso julgado por erroneamente haver aplicado norma infraconstitucional, mas sim sobre elemento externo e, por isso, necessariamente anterior⁴²⁵, a ponto de coibir o devido processo legal.

Deste modo, verifica-se que os vícios autorizadores do manejo do recurso extraordinário de revisão previsto pelo art. 771.º, do Código de Processo Civil, conforme igualmente exposto no Capítulo 4, são vícios que não incidem sobre a decisão jurisdicional enquanto acto jurídico (CPC; art. 668.º) – vícios decorrentes de erro de julgamento -, mas sobre dita decisão em seu aspecto de acto de soberania, ou seja, expressão final da resposta estadual à pretensão que lhe foi deduzida. Afectam, por conseguinte, o próprio princípio constitucional da tutela efectiva, circunstância esta que autoriza a mitigação do atributo geral da imutabilidade do caso julgado, pois, conforme discorrido, o desrespeito à tutela efectiva implica violação ao princípio de maior grau de generalidade que lhe é subsequente, qual seja, a segurança jurídica.

Nesse contexto, poder-se-ia afirmar que as máculas referidas pelo Código de Processo Civil, em verdade, também consubstanciariam violação à Constituição. Desta forma, por euidade deveriam ser tratadas de maneira semelhante ao que sucede com o caso julgado inconstitucional, assunto a ser desenvolvido no Capítulo seguinte. Todavia, esta não parece ser a interpretação adequada. Afinal, não obstante as hipóteses estipuladas pelo art. 771.º harmonizem-se com o texto constitucional em razão de preservarem o princípio da tutela efectiva, eventual subsunção de conduta a qualquer dessas hipóteses implicará violação aos bens jurídicos especificamente por ela protegidos. Daí porque, diga-se, nesta hipótese precipuamente estar-se-á a violar a norma infraconstitucional, apesar de ela regulamentar direito garantido pela Constituição. Em síntese, a violação à Constituição somente será indirecta, situação, aliás, comum a qualquer descumprimento de preceito normativo ordinário, pois entender o contrário seria aceitar relação causal infinita, com a inevitável conclusão de que qualquer desrespeito à norma infraconstitucional seria atentado contra a própria Constituição, vez que todo o ordenamento jurídico neste diploma superior encontra validade e a ele se subordina.

⁴²⁵ Consultar as descrições do Capítulo 4.

É com fulcro na razão acima, prossegue-se, que a ordem constitucional igualmente aceita a limitação temporal a que se reporta o art. 772.º, do Código de Processo Civil, responsável por fixar prazo para ajuizamento do recurso extraordinário de revisão para cada uma das circunstâncias enunciadas pelo art. 771.º⁴²⁶. Com efeito, ao se considerar que o princípio da segurança jurídica determina que a tutela jurisdicional seja efectiva, quando identificada eventual lesão ao devido processo legal - desde que por violação a garantia advinda de norma infraconstitucional -, deverá se possibilitar ao sujeito processual atingido insurgir-se mediante o uso de mecanismo processual adequado. Inconstitucional seria, ao contrário, não autorizar a pertinente impugnação pelo manejo das ferramentas necessárias para obtenção da tutela efectiva, sendo a preclusão temporal do art. 772.º então justificada pelos mesmos fundamentos das regras gerais de preclusão. Afinal, reitera-se, o princípio da segurança jurídica possui o precípuo objectivo de apresentar solução apta a se tornar definitiva e obrigatória após processo tramitado nos moldes da referida tutela efectiva, sem que isto necessariamente corresponda ao que verdadeiramente seria a correcta solução para a pretensão deduzida em juízo. Trata-se, em suma, de conceito de índole aparentemente liberal, em que o Estado apenas deverá intervir no âmbito das pretensões do cidadão se este assim o desejar, bastando, para tanto, que o ente estadual possibilite ao particular expor sua vontade quando já ciente da situação que o envolve⁴²⁷.

Por fim, resta expor que a alínea *f*, do art. 771.º, do Código de Processo Civil, ao autorizar a revisão da decisão transitada em julgado quando “seja inconciliável com decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português”, tal como discorrido no Capítulo 4, é a única hipótese em que o caso julgado fundado em decisão de natureza civil sofre mitigação em razão da incompatibilidade de seu conteúdo com comando normativo, em especial, aquele concretizado através de decisão de Tribunal Internacional vinculativa para o Estado português⁴²⁸. Essa circunstância, todavia, não foge às razões justificadoras apresentadas para as demais alíneas do art. 771.º, pois ela também representa regulamentação de normas constitucionais, dentre outras, as disposições expressas pelos arts. 7.º, n.º 7; e 8.º, n.º 4. Assim, eventual mácula ao bem jurídico por ela protegido

⁴²⁶ Consultar Capítulo 4.

⁴²⁷ Corresponde ao princípio dispositivo, que segundo BAPTISTA, em acepção estrita corresponde “(...) a uma concepção privatística do processo, em que a resolução do pleito depende fundamentalmente da vontade das partes, sendo o juiz um simples árbitro passivo, controlando a observância das normas e proclamando o resultado final”. (BAPTISTA, José João. Op. cit., p. 73). Encontra-se previsto no art. 264.º, do Código de Processo Civil.

⁴²⁸ Consultar Capítulo 4.

unicamente representará violação indirecta à Constituição, pois o erro de julgamento atentará, ressalta-se, contra a própria norma que não detém natureza constitucional. Nessa circunstância, a possibilidade de mitigação do caso julgado tão somente será autorizada em decorrência dos citados preceitos constitucionais que cuidam das relações internacionais do Estado português, os quais, assim como a segurança jurídica, representam princípio estruturante do Estado e, por conseguinte, são dotados de idêntico, ou até mesmo maior grau de generalidade⁴²⁹.

Daí porque, conclui-se, a revisão do caso julgado ilegal nunca sugestionará eventual conflito entre princípios constitucionais. De facto, ou será decorrente da errónea aplicação de norma infraconstitucional, ou expressará violação aos princípios da tutela efectiva e da segurança jurídica, sendo a consequente possibilidade de mitigação do instituto caso julgado resultante da imediata aplicação destes mesmos princípios, pois a lesão a eles será indirecta, vez que incidente sobre a respectiva norma infraconstitucional regulamentar. Diferente, no entanto, é a situação do caso julgado inconstitucional, conforme será exposto no Capítulo seguinte.

8.4.2. A inexistência de conflito entre princípios face a coisa julgada ilegal no ordenamento jurídico brasileiro.

À semelhança do ordenamento jurídico português, a Constituição da República Federativa do Brasil tolera o erro judiciário caracterizado pela equivocada aplicação de norma infraconstitucional. As razões são idênticas às apresentadas no Tópico anterior, de modo que discriminá-las resultaria em desnecessária repetição. Nesse contexto, revela-se suficiente expor que aludido erro judiciário igualmente é tolerado em respeito aos princípios da imutabilidade do caso julgado e da tutela efectiva, os quais, por sua vez, são subprincípios do princípio da segurança jurídica⁴³⁰. Como exemplo, recorda-se do tratamento conferido pelo texto constitucional quando do controlo da constitucionalidade efectuado pelo Supremo Tribunal Federal, cujo art. 102, I, *p*, permite que o tribunal aprecie “o pedido de medida

⁴²⁹ Consultar Capítulo 7.

⁴³⁰ Alguns autores consideram que, à semelhança da teoria da coisa julgada constitucional desenvolvida por SOARES – consultar nota n.º 239 –, permite-se a revisão da coisa julgada ilegal que atente contra valores como a democracia e justiça. Nesse sentido, consultar: SOARES, Carlos Henrique. *Op. cit.* p., 222-228; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009, p. 248; e DELGADO, José Augusto. Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder. **Coisa Julgada Inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2004, p.67-68.

cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade”, dispositivo este que atribui validade ao art. 27, da Lei n.º 9.868/99, comando de natureza idêntica ao art. 282.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa.

Deve-se atentar, tão somente, que o ordenamento brasileiro, conforme exposto no Capítulo 4, não confere o mesmo grau de protecção à imutabilidade do caso julgado na seara cível, pois o art. 485, V, do Código de Processo Civil, permite sua mitigação quando a decisão processual final em que se funde violar literal disposição de lei, o que decorre da autorização feita pelos comandos constitucionais expressos através dos arts. 102, I *j*; 105, I, *e*; 108, I, *b*; e 27, § 10, este último integrante do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁴³¹. Trata-se, enfim, da específica regulamentação brasileira ao princípio da segurança jurídica, ao menos em sua dimensão jurisdicional⁴³².

⁴³¹ Consultar Capítulo 4.

⁴³² Os demais incisos do art. 485, do Código de Processo Civil, reportam-se às circunstâncias em que o caso julgado ilegal ocasiona violação ao princípio da tutela efectiva, tal como explicou-se quanto ao ordenamento português ao se abordar o art. 771.º, do Código de Processo Civil desse país, à excepção de sua alínea *f*.

9. O controlo do caso julgado inconstitucional.

9.1. O caso julgado inconstitucional e sua relação com o conflito entre princípios.

Conforme exposto ao longo do presente estudo, o caso julgado é formado por dois elementos, um correspondente à decisão final de processo judicial e o outro ao respectivo trânsito em julgado, em que este último, por sua vez, caracteriza-se pelo transcurso do prazo legalmente fixado para a interposição de possíveis medidas recursais contra o conteúdo revelado pelo primeiro. Dito conteúdo, aliás, representa o próprio objecto do instituto, pois, consoante igualmente discorrido, sobre ele usualmente incide o atributo da imutabilidade, que dentre outras conseqüências, confere-lhe o efeito da obrigatoriedade enquanto comando estadual que é⁴³³, à semelhança da força imperativa comum aos actos normativos.

Nesse contexto, sobressai circunstância impassível de ser desconsiderada, a qual se reporta à natureza instrumental detida pela decisão judicial para a concretização do Direito. Afinal, é através deste acto de soberania que o Estado, após apreciar pretensão que lhe foi deduzida, realiza a devida subsunção à norma cujos efeitos imperativos foram, por alguma razão, mitigados⁴³⁴. Trata-se, enfim, da já aludida actuação do intérprete, imprescindível para que o comando normativo não se restrinja a mero enunciado semântico, desprovido de qualquer sentido objectivo⁴³⁵. Daí porque, constata-se, um dos elementos de formação do caso julgado e aquele revelador de seu conteúdo também representa um instrumento de realização ou concretização da norma.

Há que se atentar, todavia, que aludida actuação do Estado como intérprete não é única, pois também os seus cidadãos ou quem à circunscrição da soberania estadual estiver subordinado assim o será. E outra não seria a natural ordem do sistema, pois o direito, na maior parte das vezes – ao menos sob o modelo do Estado de Direito Democrático -, concretiza-se espontaneamente, por intermédio da actividade interpretativa conduzida pelos próprios agentes a que regula. Daí a afirmação de REALE, no sentido de que

⁴³³ Consultar Capítulo 2.

⁴³⁴ Quando, por exemplo, a norma que antes tinha seu cumprimento frustrado pela resistência de dado sujeito, ou se encontrava ameaçada, ou mesmo necessitava da própria actuação do Estado para se concretizar, este último caso condizente com a jurisdição voluntária.

⁴³⁵ Consultar Capítulo 7.

(...) a palavra norma, que nos lembra incontinentemente aquilo que é normal, traduz a previsão de um comportamento que, à luz da escala de valores dominantes numa sociedade, deve ser normalmente esperado ou querido como comportamento normal de seus membros.⁴³⁶

Como se observa, a actuação jurisdicional do Estado será subsidiária, pois se pauta na eventual impossibilidade de espontânea realização da norma jurídica no meio social, que para se concretizar, depende de mecanismos de coerção exteriores a si. Deste modo, logo se afere que um dos escopos da função jurisdicional do poder soberano é garantir o fiel cumprimento das leis, que sob a óptica do Estado de Direito, reporta-se ao primado da segurança jurídica, tal como exposto no Tópico 7.2.2. Afinal, recorda-se, o indivíduo deve possuir a confiança de que as relações jurídicas que lhe afetem sejam tratadas e respeitadas de acordo com os preceitos normativos que as instituem e protejam, sobretudo, pelo próprio ente legislador.

Nesse contexto, o atributo da imutabilidade incidente sobre o objecto do caso julgado é passível de análise sob dois focos, ambos correlatos ao princípio da segurança jurídica, do qual, recorda-se, a imutabilidade igualmente constitui subprincípio⁴³⁷. Com efeito, enquanto por um lado garante a obrigatoriedade do comando estadual revelado pela decisão processual formadora do caso julgado para assim perpetuar a resposta dada à pretensão contra futuras alterações do parâmetro normativo em que se funda, ou mesmo face condutas praticadas por terceiros, a imutabilidade também finda por preservar a actividade interpretativa do Estado responsável pela concretização da norma. Então, quando o objecto do caso julgado for composto por norma constitucional⁴³⁸, o atributo da imutabilidade que sobre ele incidir perpetuará a interpretação efectuada pelo Estado acerca de seu respectivo documento fundamental. Realizará, pois, a norma constitucional, concretizando-a face situação em que espontaneamente não poderia produzir seus efeitos em plenitude.

Não obstante, não se pode olvidar que mencionada concretização da norma constitucional via acto decisório jurisdicional harmoniza-se com princípios dotados de maior grau de generalidade, que são a máxima efectividade e a unidade das normas constitucionais. Estes, por sua vez, conforme exposto no Tópico 8.1, são quase indissociáveis do único princípio cujo carácter absoluto é reconhecido nesta pesquisa, que é o princípio da supremacia da Constituição. Sob este aspecto, aliás, a segurança jurídica nada mais representa do que a

⁴³⁶ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 21ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva. 1994. p. 36.

⁴³⁷ Nesse sentido, consultar Capítulo 7.

⁴³⁸ Sobre os fundamentos da decisão como integrantes do objecto do caso julgado, a despeito de não atingidos pelo atributo da imutabilidade, consultar o Capítulo 3.

combinação de todos eles, pois seu núcleo é identificado pelo dever de protecção da normatividade, ideia que necessariamente vincula-se à aceção de fiel cumprimento. Afinal, a concretização da norma constitucional somente logrará efectividade se concomitantemente for protegida contra a transgressão. Caso contrário, ao se permitir violação, haverá inventável antinomia normativa, de forma a gerar incompatibilidade e, por consequência, a rejeição de um ou mais dos comandos em colisão, situação incompatível com os primados da supremacia e unidade da Constituição, mormente no âmbito do aparente conflito entre princípios, problema que, como visto, em verdade condiz à questão de simultânea aplicação.

Deste modo, se a decisão que constitui caso julgado padecer de vício de inconstitucionalidade, é porque ela não haverá realizado a norma constitucional, representando, por conseguinte, anomalia contra a qual o sujeito processual afectado poderá se insurgir mediante a interposição do pertinente recurso legalmente previsto. Dilema surgirá, todavia, se ocorrer o respectivo trânsito em julgado, seja pelo advento da preclusão recursal, seja por força de o julgamento haver sido proferido por órgão jurisdicional de última instância. Nessa hipótese, o segundo elemento de formação do caso julgado se completará, acarretando não apenas a formação do instituto, mas fazendo incidir sobre seu conteúdo o atributo geral da imutabilidade, princípio constitucional que, consoante discorrido, possibilita a concretização de outros princípios de igual natureza, como assim o são a tutela efectiva e a segurança jurídica. Quanto a este último, porém, a concretização de facto não ocorrerá, ao menos em relação à garantia do principal escopo da jurisdição, que é assegurar o fiel cumprimento das leis. A norma constitucional restou erroneamente realizada, em mitigação às ideias de máxima efectividade e supremacia da Constituição enquanto todo unitário a ser concretizado. Ocorrerá, em síntese, situação semelhante àquela que justifica o controlo dos actos normativos inconstitucionais, que a despeito de resultarem do devido processo legislativo constitucionalmente previsto, podem ser combatidos a fim de evitar indevida e indirecta alteração desse diploma fundamental do Estado, assunto já desenvolvido no Capítulo 5.

Nesse sentido, embora as Constituições de Portugal e Brasil não prevejam expressamente mecanismos de controlo para o combate do acto judicial inconstitucional, seria incongruente conceder-lhe tratamento diverso àquele atribuído aos actos legislativos, pois ambos são actos de soberania, ou seja, manifestações da vontade estadual pelo exercício de uma das funções do poder soberano. Deste modo, não é de se esperar que o Estado - mais do

que qualquer outro agente - actue de maneira contrária aos ditames da Constituição, sob pena de fulminar a própria razão de ser deste diploma normativo fundamental. Entretanto, pertinente solução não deverá ser patrocinada à revelia dos princípios com os quais o instituto do caso julgado se relaciona, mesmo quando maculado por vício de inconstitucionalidade. Isso porque, conforme discorrido, a supremacia e a máxima efectividade das normas constitucionais implicam a observância do princípio da unidade, que no âmbito do aparente conflito entre princípios, impossibilita o total afastamento dos efeitos de um deles sobre os factos a que, se porventura fossem individualmente considerados, seriam perfeitamente aplicáveis. Eventual controlo do caso julgado inconstitucional perpassa, portanto, pela aplicação simultânea de princípios como a imutabilidade de seu conteúdo, a tutela efectiva e a segurança jurídica, bem como do princípio da supremacia da Constituição, além daqueles a este último directamente vinculados, que são a unidade e a máxima efectividade de suas normas.

Sob tais tal parâmetros, conforme se discorrerá no Tópico seguinte, parece adequada a teoria da regra de colisão desenvolvida por ALEXY⁴³⁹, segundo a qual, mediante a premissa de que nenhum princípio é absoluto, a solução de aparente conflito dessas espécies normativas virá pelo estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre si mesmas, sem se refutar análise das circunstâncias do caso concreto.

9.2. O controlo do caso julgado inconstitucional pela regra de colisão.

Não resta dúvida de que o atributo constitucional da imutabilidade incidente sobre o objecto do caso julgado é passível de mitigação tanto nos ordenamentos jurídicos de Portugal e Brasil. A espécie ilegal deste instituto é a que melhor corrobora a ausência da natureza absoluta do princípio, o qual sofre relativização de modo a proteger outros detentores de maior grau de generalidade, como são os princípios da tutela efectiva e da segurança jurídica. Este último, aliás, somente poderá ser realizado em plenitude se as regras que regulamentam a tutela efectiva lhe permitirem concretizar-se na sua dimensão judiciária. Daí porque as Constituições desses países, embora com distintos níveis de intensidade⁴⁴⁰, autorizam aludido controlo.

⁴³⁹ Consultar Capítulo 8.

⁴⁴⁰ Recordar-se que o ordenamento português, com a excepção do caso julgado fundado em decisão que contraria decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português; relativa a

Não obstante, é igualmente certo que a possibilidade de controlo do atributo da imutabilidade do caso julgado, mesmo quando expressamente autorizado, não representa regra absoluta. Os ordenamentos jurídicos de ambos os países, ao menos para a espécie ilegal do caso julgado, instituem comandos de preclusão que impedem o respectivo combate por via judicial tão logo transcorrido determinado lapso temporal.

Nesse contexto, já é perceptível que tanto em Portugal quanto no Brasil ocorre a tolerância ao erro, o qual convalidará, circunstância que apenas reforça o primado da segurança jurídica nos moldes apresentados no Tópico 7.2.2. Não bastasse, deve-se acrescentar que esse mesmo tratamento ao vício finda por encontrar certa harmonia com o pressuposto fundamental da teoria desenvolvida por ALEXY sobre o conflito ou colisão entre princípios, pois ele sugere a rejeição desses sistemas normativos à adopção de uma solução absoluta para uma mesma antinomia normativa. Afinal, a despeito da aparente rigidez preclusiva - que se justifica em face de o caso julgado ilegal representar directa ofensa a princípios constitucionais⁴⁴¹ mas não conflito entre eles -, o estabelecimento de um marco temporal para a mitigação do instituto demonstra a ponderação do ordenamento sobre as conseqüências práticas que eventual solução absoluta poderia ocasionar em prejuízo aos próprios objectivos do sistema. Ademais, igualmente revela, mesmo que de forma comedida, o aceite às máximas que caracterizam o princípio da proporcionalidade, que são as ponderações de pertinência, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Contudo, é no âmbito constitucional que os elementos da regra de colisão de ALEXY podem ser identificados com maior clareza, pois os textos constitucionais português e brasileiro possuem específicos regramentos para o trato da inconstitucionalidade normativa que rejeitam a adopção de soluções absolutas. O mais evidente deles e comum aos dois sistemas condiz ao controlo dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de norma exercido, respectivamente, pelo Tribunal Constitucional (CR; art. 281.º) e pelo Supremo Tribunal Federal (CF; art. 102, I, *a*). É que, inobstante o controlo abstracto da constitucionalidade não advenha da análise de caso concreto, cada um dos citados tribunais considerará as conseqüências que a pertinente declaração poderá provocar no seio social, sobretudo, em razão da invalidade das relações jurídicas que a norma a ser declarada inconstitucional fundamenta. O competente órgão jurisdicional, após ponderação sobre

questões criminais; e nas circunstâncias do art. 282.º, n.º 3, da Constituição, não tolera a revisão por motivos de erro de julgamento, como assim se autoriza no Brasil. Para tanto, consultar Capítulo 4.

⁴⁴¹ Consultar Capítulo 7

circunstâncias concretas exteriores à pretensão declaratória da inconstitucionalidade, poderá renunciar aos efeitos retroactivos de sua decisão, para assim salvaguardar outros interesses constitucionalmente protegidos, como a dignidade da pessoa humana, por exemplo. Em suma, através do uso de razões de proporcionalidade libertas de qualquer limite rijo de preclusão temporal para aplicação⁴⁴², o colegiado decidirá sobre a inconstitucionalidade da norma em respeito aos próprios parâmetros normativos existentes e aos cuidados que a situação concreta exige, de forma que a solução encontrada não exclua por completo os efeitos de nenhum dos princípios aparentemente em conflito.

Nessa hipótese, por obviedade, a precedência será da primazia das normas constitucionais, o que necessariamente decorre do princípio da supremacia da Constituição. Porém, a segurança jurídica igualmente será respeitada, pois a norma inconstitucional não será totalmente expurgada do ordenamento jurídico, haja vista que continuará a produzir efeitos para as situações ocorridas - e a ela passíveis de subsunção - durante o lapso temporal fixado pela decisão declaratória da inconstitucionalidade. Deste modo, não apenas se corrobora a existência da norma inconstitucional e a correlata produção de efeitos, consoante exposto no Capítulo 5, mas também a aludida tolerância que as Constituições dos dois países possuem em relação ao erro, cujo aceite justifica-se como garantia para a efectividade de outros princípios constitucionais e, por conseguinte, da força normativa da Constituição enquanto norma fundamental.

Como se observa, há quase que perfeita simetria entre as regras de fiscalização da constitucionalidade normativa actualmente existentes e a regra de colisão entre princípios idealizada por ALEXY. Aliás, é esse tratamento dispensado pelas Constituições às normas que contra si atentem que possibilitará deduzir tratamento semelhante ao caso julgado inconstitucional. Afinal, se as Constituições combatem o acto emanado pela função legislativa do poder soberano que lhe mine a efectividade, regime diverso não poderá tolerar quanto a outro acto de igual natureza que lhe impeça a concretização, como assim é a decisão judicial final maculada de inconstitucionalidade.

Não obstante, não se deve esquecer que, mesmo quando dita decisão for atingida pelo atributo da imutabilidade pela formação de caso julgado, não deixará de revelar um dos enfoques da dimensão jurisdicional do princípio da segurança jurídica, para então passar a ser protegida como direito fundamental pelo próprio ordenamento. Deve, portanto, ser sopesado

⁴⁴² Não existe a alegoria da “usucapião” da inconstitucionalidade, pois esta poderá ser declarada a qualquer tempo pelo Tribunal Constitucional, pois o vício não convalescerá. Consultar Capítulo 5.

enquanto tal, até porque o conteúdo da decisão ou objecto do caso julgado viciado passará a integrar o patrimônio jurídico do sujeito processual por ele afectado como direito subjectivo. Deste modo, eventual futura restrição não dispensará procedimento que garanta o direito de defesa, o qual, aliás, coaduna-se com o próprio princípio da segurança jurídica e que, também conforme visto, impescinde da tutela efectiva – processo eqüitativo e legalmente previsto - para se concretizar em sua dimensão jurisdicional. Trata-se, enfim, do respeito à já apresentada ordem crescente de generalidade de princípios constitucionais a que se vincula o caso julgado⁴⁴³.

Todavia, a observância de tal ordem não deve ser tida como bastante para sempre justificar a revisão do caso julgado inconstitucional, pois nem mesmo essa possibilidade de revisão poderá representar princípio absoluto. Daí porque a regra de colisão de ALEXY expressa que a ordem de precedência condicionada entre princípios impescinde da análise do caso concreto, pois não obstante a possibilidade de revisão da espécie inconstitucional do caso julgado se justificar em respeito a princípios de maior grau de generalidade, nem sempre a primazia destes acarretará a solução que melhor concretize a Constituição. O largo transcurso de tempo entre a decisão que precípua e indevidamente concretizou a norma constitucional e a respectiva impugnação poderá gerar situações de maior prejuízo a princípios constitucionais antes não afectados pela pretensão originária, como a dignidade da pessoa humana ou mesmo outros princípios fundamentais do Estado⁴⁴⁴. Nesse sentido, imagine-se a revisão de um caso julgado fundado em decisão inconstitucional que verse sobre direito colectivo, como geralmente são as questões ambientais, cuja tardia revisão obrigasse uma pequena comunidade a abandonar certo sítio que ocupara tão somente em razão dos efeitos da decisão inconstitucional, o que as levaria à condição de miséria absoluta face a impossibilidade de explorar a terra, sua única fonte de sustento. Tal solução não representaria uma inconstitucionalidade maior? Nestas circunstâncias, o atributo geral da imutabilidade, a despeito de possuir menor grau de generalidade, deverá lograr a precedência condicionada em relação aos demais princípios, algo que não deixará de representar a simultânea aplicação de uma pluralidade deles. Afinal, é esta a solução que também decorre da Constituição.⁴⁴⁵

⁴⁴³ Consultar Capítulo 7.

⁴⁴⁴ Efeito aludido pela teoria de LUHMANN, referida na nota n.º 58.

⁴⁴⁵ THEODORO JÚNIOR apresenta conclusão semelhante, ao expor que “não se há de objetar que a dispensa dos prazos decadenciais e prescricionais na espécie poderia comprometer o princípio da segurança das relações jurídicas. Para contornar o inconveniente em questão, nos casos em que se manifesta relevante interesse na preservação da segurança, bastará recorrer-se ao salutar princípio constitucional da razoabilidade e

Em suma, o controlo do caso julgado inconstitucional é possível a qualquer tempo⁴⁴⁶ e, face a inexistência de processo especialmente previsto para esse fim tanto no ordenamento português quanto no brasileiro, deverá seguir rito processual que respeite os ditames do princípio da tutela efectiva, desde que, conforme exposto no parágrafo anterior, não acarrete prejuízo grave a princípio constitucional de maior peso para o caso concreto.

9.3. Limites do controlo do caso julgado inconstitucional no ordenamento jurídico português.

Conforme aludido no Capítulo 2, o art. 282.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, estabelece excepção aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de norma pelo Tribunal Constitucional, de forma a proteger os casos julgados que nela se fundamentam, salvo decisão do próprio Tribunal quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido. Reconhece, assim, não apenas os excepcionais efeitos do acto normativo maculado de inconstitucionalidade, como também a eventual existência de casos julgados inconstitucionais, em especial, aqueles cujo conteúdo se fundamenta em norma inconstitucional.

Verifica-se, deste modo, que não é toda espécie inconstitucional do caso julgado que poderá ser mitigada no ordenamento português, pois a própria Constituição desse país apresenta limite para o respectivo controlo. Em verdade, esse tratamento excepcional apenas serve para reforçar a constatação de que a regra geral é a possibilidade de mitigação do atributo da imutabilidade incidente sobre o caso julgado inconstitucional, o que se harmoniza com os princípios da supremacia da Constituição e da máxima efectividade de suas normas.

proporcionalidade. Ou seja, o Tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade do ato judicial, poderá fazê-lo com eficácia *ex nunc*, preservando os efeitos já produzidos como, aliás, é comum no direito europeu em relação às declarações de inconstitucionalidade. É o que se acha atualmente previsto, também no direito brasileiro, para a declaração de inconstitucionalidade, seja no processo de “arguição de descumprimento de preceito fundamental” (Lei nº 9.882/1999, art. 11), seja na ação direta de inconstitucionalidade (Lei nº 9.868/1999, art. 27)”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Coisa Julgada Inconstitucional. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder. **Coisa Julgada Inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2004, p. 125-126).

⁴⁴⁶ Nesse sentido, consultar: ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. *Op. cit.*, p. 235. Já em sentido contrário, ao refutar a possibilidade de mitigação da coisa julgada inconstitucional em razão de toda e qualquer decisão judicial presumir controlo de constitucionalidade pelo respectivo órgão jurisdicional que a prolatou: MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Inconstitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2008, p. 84-87; e NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2008, p. 23-59.

Há que se atentar, todavia, que não existe no ordenamento jurídico português qualquer previsão de rito processual especial para o controlo do caso julgado inconstitucional, que nas suas três modalidades, consubstanciará verdadeiro erro de julgamento pela errónea concretização de normas da Constituição. Afinal, conforme exposto no Capítulo 4, o recurso extraordinário de revisão previsto pelo art. 772.º, do Código de Processo Civil, é instrumento processual próprio para o trato do caso julgado ilegal decorrente da violação das regras pertinentes à tutela efectiva, de modo que está sujeito a lapso de preclusão de temporal, o qual é incompatível com o regime de controlo das inconstitucionalidades. Tal circunstância, porém, não deve ser tida como falha ou ausência de completude do sistema, pois não é de se esperar que a função jurisdicional do poder soberano viole a Constituição através das suas decisões, pois sua atribuição precípua é precisamente actuar para a protecção desse diploma fundamental do Estado. Daí porque não representa exagero classificar o caso julgado inconstitucional como uma anomalia cuja gravidade ameaça a própria supremacia da Constituição e que, por esta razão, deve ser combatido.

Nesse contexto, melhor solução coaduna-se com o uso de ação ordinária, cuja pretensão se consubstancie na busca da mitigação da decisão judicial que viole a Constituição, o que não obsta, inclusive, simultâneo novo julgamento da pretensão originária.

Não obstante, alguns cuidados devem ser tomados. Um deles é que o julgamento que mitigue anterior decisão transitada em julgado fundamentada em norma inconstitucional jamais poderá declarar a inconstitucionalidade dessa acto normativo em seu segmento decisório, sob pena de violar a competência do Tribunal Constitucional. Dito controlo de constitucionalidade deverá ser incidental, reconhecido como a causa de pedir, pois, conforme visto no Capítulo 3, os fundamentos da decisão, a despeito de integrarem o objecto da caso julgado, não são atingidos pelo atributo da imutabilidade. Possibilitar o contrário seria, enfim, nítida inversão de atribuições, de maneira que fatalmente um tribunal inferior poderia proferir julgado que teratologicamente vinculasse o Tribunal Constitucional após o respectivo trânsito.

Da observação acima é ainda possível deduzir outra. Trata-se do necessário respeito à hierarquia dos julgados. Com efeito, se a decisão maculada de inconstitucionalidade tiver sido proferida por Tribunal da Relação, nenhum órgão jurisdicional inferior poderá apreciar a respectiva pretensão que a intente mitigar, sob pena intolerável incongruência do sistema. O mesmo ocorre quando o julgado inconstitucional resultar da lavra do próprio Tribunal

Constitucional. Nesta hipótese, somente a própria Corte poderá revê-lo, excluindo-se, assim, qualquer acção de Tribunal da Relação e até do Supremo Tribunal de Justiça.

9.4. Limites do controlo da coisa julgada inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil, não existe qualquer dispositivo que expressamente salvasse a coisa julgada inconstitucional, à semelhança do art. 282.º, n.º 3, da Constituição Portuguesa. Ao contrário, pois, consoante exposto no Capítulo 3, a própria legislação infraconstitucional possui dispositivos que tornam sem efeito a decisão judicial fundada em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controlo da constitucionalidade. Tratam-se dos já analisados arts. 475-L, §1.º; e art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil; e do art. 884, §5.º, da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzidos, respectivamente, pela Lei n.º 11.232/95 e Medida Provisória n.º 2.180-35/01.

Tais dispositivos, todavia, parecem carecer de inconstitucionalidade, pois findam por mitigar o caso julgado sem que a parte antes por ele favorecida defenda-se nos moldes exigidos pelos também princípios constitucionais da tutela efectiva e segurança jurídica, a exemplo do discorrido no Tópico 7.2.2. Há, enfim, solução abrupta e unilateral, pois se possibilita ao órgão jurisdicional realizar a subsunção da coisa julgada impugnada à pertinente decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, sem que o sujeito processual directamente atingido seja capaz de legal e legitimamente influir no livre convencimento do órgão julgador⁴⁴⁷. Estas, aliás, são as razões pelas quais aludidas normas estão sendo questionadas perante o próprio Supremo Tribunal Federal através da Acção Directa de Inconstitucionalidade n.º 2418-3/DF⁴⁴⁸.

Por fim, haja vista que a Constituição Brasileira possibilita a mitigação da coisa julgada por erro de julgamento, em regime mais liberal que o português, de forma diferente não deverá agir quando dito erro se reportar à indevida concretização das normas constitucionais. Deste modo, também aqui serão aplicadas as soluções indicadas no Tópico anterior, no sentido de se fazer necessário o uso de acção ordinária que respeite o devido processo legal e garanta o direito de defesa, bem como que a conseqüente decisão não usurpe a competência constitucional do Supremo Tribunal Federal para o controlo da

⁴⁴⁷ Nesse sentido, consultar: LEAL, Rosemiro Pereira. Op. cit., p. 15

⁴⁴⁸ Consultar nota n.º 44.

constitucionalidade, além de respeitar a hierarquia dos julgados dos diferentes organismos jurisdicionais.

10. Conclusão.

Da exposição desenvolvida, apresentam-se as seguintes conclusões, comuns aos ordenamentos jurídicos de Portugal e Brasil:

1) O caso julgado é um instituto previsto pela Constituição, cujo texto delimita seus elementos de formação e, portanto, deverá ser respeitado pela legislação infraconstitucional que o regulamentar;

2) De acordo com o texto constitucional, o caso julgado é um acto jurídico composto, formado por dois outros actos ou elementos, em que o primeiro corresponde à decisão judicial final e o segundo ao respectivo trânsito em julgado;

3) A descrição orgânica dos elementos que compõem a decisão processual final, bem como a determinação do lapso temporal correspondente ao prazo para trânsito em julgado, são matérias que a Constituição outorgou à lei ordinária;

4) O objecto do caso julgado confunde-se com o objecto da decisão judicial final, que nem sempre corresponderá ao objecto do processo - a pretensão processual -, face a possibilidade de julgamentos que conduzam, respectivamente para Portugal e Brasil, aos fenómenos da absolvição da instância e extinção do processo sem resolução do mérito;

5) A Constituição determina que sobre o objecto do caso julgado incida o atributo da imutabilidade, princípio este, todavia, que não detém natureza absoluta, pois o próprio texto constitucional expressamente autoriza hipóteses de mitigação;

6) É possível mitigar o caso julgado quando o procedimento judicial que resultou na respectiva decisão que o compõe padecer de vício que impeça a devida prestação da efectiva tutela jurisdicional, princípio de natureza constitucional consubstanciado pelas ideais do devido processo legal conduzido por órgão julgador imparcial em contraditório;

7) Salvo pequena excepção relativa ao ordenamento brasileiro, o atributo da imutabilidade incidirá sobre o objecto da decisão judicial final que indevidamente aplique comando normativo infraconstitucional por erro de julgamento;

8) A Constituição autoriza o estabelecimento de preclusão temporal para a mitigação do caso julgado resultante da viciada prestação de tutela jurisdicional, vez que a eventual violação desse princípio constitucional apenas será indirecta, pois precipuamente se reportará a comandos normativos de índole infraconstitucional, quais sejam, as pertinente hipóteses de

cabimento da medida mitigadora, a exemplo do recurso extraordinário de revisão em Portugal e da ação rescisória no Brasil;

9) O acto de soberania será inconstitucional quando atentar contra os comandos da Constituição;

10) A Constituição reconhece a existência do acto normativo de soberania inconstitucional e excepcionalmente lhe reconhece a validade, em regime estranho ao tradicional conceito de nulidade;

11) A decisão jurisdicional, como acto de soberania que é, sujeita-se ao mesmo regime de valor atribuído aos actos de soberania em geral, a exemplos daqueles de natureza normativa;

12) O caso julgado será inconstitucional quando seu objecto afrontar os comandos constitucionais, ou seja, quando seu elemento de formação correspondente à decisão judicial final directamente violar a Constituição, fundamentar-se em lei inconstitucional ou atribuir interpretação inconstitucional a norma que não padeça de vício de inconstitucionalidade;

13) A decisão judicial, além de realizar a Constituição quando seu objecto com ela se identificar, relaciona-se a outros princípios constitucionais, como a segurança jurídica;

14) O princípio da segurança jurídica possui, aos menos, duas ramificações, em que uma corresponde à correcta aplicação do Direito e a segunda se relaciona ao respeito às decisões e manifestações proferidas pelos órgãos de soberania;

15) A decisão judicial final, elemento de formação do caso julgado, promove a segurança jurídica ao aplicar o comando normativo que por alguma razão não se realizou espontaneamente no meio social;

16) O caso julgado cujo conteúdo for abarcado pelo atributo da imutabilidade não apenas torna a obrigatória a decisão judicial que o fundamenta e, por consequência, a aplicação do correlato comando normativo, como também preserva dita decisão enquanto acto de soberania contra eventuais violações;

17) Quando a decisão judicial for inconstitucional, o princípio da segurança jurídica estará violado em um de seus aspectos, pois o comando constitucional não será aplicado como deveria, em detrimento da supremacia que lhe é inerente;

18) Após o trânsito em julgado da decisão inconstitucional, formar-se-á o caso julgado inconstitucional, sendo que o princípio sobre seu conteúdo incidirá o atributo da imutabilidade;

19) O caso julgado inconstitucional representa aparente conflito entre dois grupos de princípios constitucionais, em que o primeiro é constituído pela supremacia da Constituição, máxima efectividade de suas normas e segurança jurídica pela devida aplicação do Direito, enquanto o segundo é composto pelos princípios da imutabilidade do caso julgado e segurança jurídica pela protecção dos actos de soberania;

20) A Constituição deve ser aplicada de modo a lograr a maior efectividade possível, daí porque solução para aparente conflito entre princípios deve conduzir à simultânea incidência de todos eles, o que implica rejeição à ideia de hierarquia entre normas constitucionais e à existência de princípios absolutos, salvo a própria supremacia da Constituição;

21) É adequada para a solução do aparente conflito manifestado pelo caso julgado inconstitucional a aplicação da regra de colisão desenvolvida por ALEXY, que se funda no respeito a uma ordem de precedência entre os princípios determinada pelo grau de generalidade e condições do caso concreto;

22) A regra de colisão de ALEXY encontra respaldo no regime de fiscalização da constitucionalidade dos actos normativos de soberania, em especial, a possibilidade de controlo dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade para se evitar grave lesão a outros princípios e bens tutelados pela Constituição;

23) A princípio, o caso julgado inconstitucional sempre será passível de controlo a qualquer tempo, pois em regra a supremacia da Constituição e a máxima efectividade de suas normas desautoriza a perpetuação da errónea concretização de seus preceitos, mesmo por decisão judicial, à exemplo do que sucede com as normas emanadas pela função legislativa do poder soberano, conclusão que se coaduna com uma das ramificações da segurança jurídica;

24) O caso julgado inconstitucional somente se tornará imutável se a sua mitigação puder ocasionar lesão a outros princípios e bens tutelados pela Constituição, aferidos de acordo com a regra de colisão e a máxima de proporcionalidade que lhe é inerente;

25) O caso julgado, em razão da dimensão jurisdicional da segurança jurídica que o preserva enquanto acto de soberania emanado em procedimento que respeitou a tutela efectiva, somente poderá ser mitigado em procedimento de igual natureza, que assegure o contraditório;

26) Os arts. 475-L, §1.º; e art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil do Brasil; e o art. 884, §5.º, da Consolidação das Leis do Trabalho, desse país, introduzidos pela

Lei n.º 11.232/95 e Medida Provisória n.º 2.180-35/01, padecem de inconstitucionalidade, pois mitigam o caso julgado sem prévio procedimento em contraditório;

27) A decisão que mitigar o caso julgado fundado em norma inconstitucional somente poderá declarar o vício desta última como fundamentos da decisão, sob pena de violação da competência do órgão jurisdicional máximo de controlo da constitucionalidade, respectivamente, o Tribunal Constitucional em Portugal e Supremo Tribunal Federal no Brasil.

28) A decisão que mitigar o caso julgado inconstitucional deverá respeitar a hierarquia dos julgados, pois nenhum órgão jurisdicional poderá rever o julgado de Tribunal que lhe seja superior.

11. Bibliografia.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. São Paulo: ed. Método. 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Ed. Malheiros. 2008.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Introdução ao Direito Comparado**. 2.^a Ed. Livraria Almedina: Coimbra. 1998.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **O Controle da Coisa Julgada Inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2006.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** São Paulo: Almedina Brasil. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4.^a ed. , São Paulo: Ed. Saraiva. 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2.^o vol. São Paulo: Saraiva. 1989.

BEZERRA, Antunes; NORA, Sampaio e; BEZERRA, J. Miguel. **Manual de Processo Civil**. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB. 10.^a ed. 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Malheiros. 2002.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. Salvador: Edições Podium. 2007.

BAPTISTA, José João. **Processo Civil I**. Coimbra Editores: Coimbra. 8.^a ed. 2006.

BRANDÃO, Fabrício dos Reis. **Coisa Julgada**. São Paulo: MP Editora. 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual**. Vol III. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. Almedina: Coimbra. 2003.

_____. Para uma Teoria Pluralística da Jurisdição Constitucional no Estado Constitucional Democrático Português. In: Revista do Ministério Público. n.ºs 33 e 34, Lisboa. Jan. a Jun. 1988.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I. 4ª ed. Coimbra Editora: Coimbra. 2007.
- CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Vol. I. Tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro S.A. 1997.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Princípios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Tradução para o espanhol de Jose Casais y Santaló. Madrid: Reus S.A. 2000.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro; DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 2ª ed. 2006.
- DELGADO, José Augusto. Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder. **Coisa Julgada Inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2004.
- DIDIER JR. Ensina Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 01. Ed. Jus Podivm: Salvador. 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. **O Valor Positivo do Acto Inconstitucional**. Reimpressão. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa. 2000.
- EIRAS, Henriques. **Processo Penal Elementar**. Lisboa: Quid Júris. 7ª ed. 2008.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural. 2000.
- ISASCA, Frederico. **Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal**. Coimbra: Livraria Almedina. 2ª ed. 1999.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 2006.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Del Rey. 2005.
- LUHMANN, Niklas. **A Improbabilidade da Comunicação**. Tradução de Anabela Carvalho, Vega, 1992.
- MACHADO, Daniel Carneiro. **A coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Del Rey. 2005.

- MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Inconstitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2008.
- MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo III. Coimbra Editora: Coimbra. 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Ed. Malheiros. 5ª ed. 2009.
- MENDES, João de Castro. **Limites Objectivos do Caso Julgado em Processo Civil**. Lisboa: Edições Ática. 1968.
- _____. **Direito Processual Civil. III Vol.** Associação Académica da Faculdade de Direito: Lisboa. 1982.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2006.
- MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Vol. I. São Paulo: Nova Cultural. 2000.
- MOTTA, Moacyr Parra. **Interpretação Constitucional sob Princípios**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003.
- NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2008.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2008.
- NETO, Abílio. **Código de Processo Civil Anotado**. Lisboa: Ediforum. 20ª ed.. 2008.
- OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas. 1993.
- PAULA, Daniel Giotti. Intranquilidades, positivismo jurisprudencial e ativismo jurisdicional na prática constitucional brasileira. In: *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Salvador: Ed. Jus Podium. 2009.
- QUEIROZ, Cristina. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Editora Coimbra. 2009.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 21ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva. 1994.
- REIS, Alberto dos. **Código de Processo Civil Anotado**. Vol VI. Coimbra: Coimbra Editora. Reimpressão. 1985.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**. São Paulo: Nova Cultural. 2000.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Nova Cultural. 2000

- SCHWAB, Karl H.. **El Objeto Litigioso en el Proceso Civil**. Tradução para o espanhol de Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America. 1968.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores. 20ª ed. 2002.
- SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de Processo Civil**. Vol 1. Rio de Janeiro: Ed. Revista dos Tribunais. 5ª ed. 2001.
- SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros. 2010.
- SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Européia**. Lisboa: Quid Júris. 2009.
- SOARES, Carlos Henrique. **Coisa Julgada Constitucional: Teoria Tridimensional da Coisa Julgada: Justiça, Segurança Jurídica e Verdade**. Coimbra: Almedina. 2009.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. O objeto da sentença e o caso julgado material (estudo sobre a funcionalidade processual). In: Revista Forense. Vol. 292, Belo Horizonte. 1985.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o Novo Processo Civil**. 2ª ed. Lisboa: Ed. Lex, 1997.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. **Sobre a Teoria do Processo Declarativo**. Coimbra: Coimbra Editora. 1980.
- SOUSA, Miguel Teixeira. **As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa**. Lisboa: Lex. 1995.
- SOUSA, Marcelo Rebelo. **O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional**. Lisboa. 1988.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Coisa Julgada Inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder. **Coisa Julgada Inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2004.
- TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Malheiros. 2003.
- WEEKS, Lillian Rosemary. **O Controle da Constitucionalidade da Norma**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2003.