

Ministério da Educação

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Segurança jurídica: da crise ao resgate

Artur Alves da Motta

Porto Alegre, 2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

SEGURANÇA JURÍDICA: DA CRISE AO RESGATE  
Artur Alves da Motta

Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior.

Porto Alegre  
2008

## Agradecimentos

A Deus, pelos meus pais e avós;

A meus pais e avós, pela minha formação;

À minha formação, pelo gosto pelo estudo e

Ao estudo, por ter chegado até aqui.

Ao Professor Cezar Saldanha Souza Junior, pela orientação firme e segura pois não basta ter gosto pelo estudo: é preciso ter rumo e sentido.

Aos meus familiares e amigos, pela compreensão, estímulo e apoio.

À minha mãe, em particular, por ter tido paciência em revisar e corrigir alguns erros de metodologia.

À Karina, por todas as horas.

## RESUMO

### SEGURANÇA JURÍDICA: da crise ao resgate

Apesar de o direito ser feito para trazer estabilidade à sociedade e garantia a seus membros, hoje em dia no Brasil esse propósito não se verifica adequadamente como deveria.

Este trabalho se concentra na *segurança jurídica*, uma expressão no direito romano-germânico que contém a idéia de como o direito deve dar ao povo um sentido de certeza e também embasa a coisa julgada e o controle de constitucionalidade.

Na verdade, o sentido de estabilidade no direito brasileiro está em crise. Este estudo procura saber o motivo e tenta achar uma resposta na doutrina e nas decisões do Supremo Tribunal Federal para entender como isso afeta a coisa julgada e o controle de constitucionalidade.

A conclusão leva à idéia de que o modelo de controle difuso de constitucionalidade sem a vinculação obrigatória dos precedentes, combinado com um enfoque no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade é a causa de vários problemas, afetando não apenas o conceito de coisa julgada mas também trazendo danos à segurança jurídica.

**PALAVRAS CHAVE:** Segurança jurídica. Certeza. Direito romano-germânico. Coisa julgada. Controle de constitucionalidade. Precedentes. Corte constitucional. Supremo Tribunal Federal. Teoria do direito.

## ABSTRACT

### LEGAL SECURITY: fall and rise

Although law is made to bring stability to the society, and assurance for its members, nowadays in Brazil its purpose is not occurring properly and as it should do.

This work focuses on *legal security*, a term in civil law that contains the idea of how law must give people a sense of certainty, and also supports the *res judicata* and *judicial review*.

Actually, the sense of stability in Brazilian law is in crisis. This study wonders why and tries to find an answer in jurisprudence and in the Supremo Tribunal Federal (Brazilian supreme court) decisions to understand how it affects the institutes of *res judicata* and *judicial review*.

The conclusion leads to the idea that a *judicial review* model without *stare decisis* combined with the classic civil law constitutional court is the cause of several problems, affecting not only the concept of *res judicata* but also damaging the legal security.

**KEY WORDS:** Legal security. Certainty. Civil law. *Res judicata*. Judicial review. *Stare decisis*. Constitutional court. Brazilian Supreme Court. Jurisprudence.

There is no such thing as absolute certainty, but there is assurance sufficient for the purposes of human life.

John Stuart Mill

In this world nothing can be said to be certain, except death and taxes.

Benjamin Franklin

## Lista de abreviaturas

ADC	Ação declaratória de constitucionalidade
ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADIn	Ação direta de inconstitucionalidade
Ag	Agravo
AgR	Agravo regimental
Agrac	Agravo regimental em ação cautelar
AgRg	Agravo regimental
AI	Agravo de instrumento
AR	Ação rescisória
CF	Constituição Federal
CONAMP	Associação Nacional dos Membros do Ministério Público
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DJ	Diário de Justiça
DJU	Diário de Justiça da União
ED	Embargos de declaração
EDcl	Embargos de declaração
EDiv	Embargos de divergência
ERESP	Embargos de divergência em Recurso Especial
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
HC	<i>Habeas Corpus</i>
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
IPI	Imposto sobre Produtos Industrializados
IR	Imposto de Renda
j.	Julgamento em
MC	Medida cautelar

Min.	Ministro
MP	Medida provisória
MS	Mandado de segurança
Rcl.	Reclamação
RE	Recurso extraordinário
Rel.	Relator
RESP.	Recurso especial
RHC	Recurso em habeas corpus
S.	Seção
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
T.	Turma
TRF	Tribunal Regional Federal
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
TST	Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

Considerações Iniciais.....	11
I – A escolha do tema.....	11
II – A segurança jurídica e o presente trabalho.....	12
III – Terminologia, estilo, alguns porquês .....	13
Parte I — Doutrina da segurança jurídica .....	16
1. Ética, política e direito .....	16
2. O Estado de direito.....	21
3. Segurança jurídica como princípio do Estado de direito .....	23
4. A segurança jurídica como elemento do Estado de direito.....	26
5. A segurança jurídica e sua finalidade no Estado de direito .....	31
6. Aspectos formais da segurança jurídica.....	35
7. Aspectos materiais da segurança jurídica .....	39
8. A segurança jurídica no nosso ordenamento jurídico .....	44
9. A segurança jurídica do Estado de direito na coisa julgada.....	51
10. A segurança jurídica da coisa julgada como valor constitucional .....	56
Parte II — A crise da segurança jurídica .....	60
11. Processo, jurisdição e coisa julgada.....	60
12. Segurança jurídica e a excepcionalidade da ação rescisória .....	62
13. Limites à revisão da coisa julgada .....	66

14. Rescisórias de sentenças contrárias ao entendimento do STF .....	67
15. Da Súmula 343 do STF .....	71
16. Da relativização da coisa julgada .....	75
17. Outras tentativas de relativização.....	80
18. A segurança jurídica conflita com a justiça?.....	82
19. Crítica à disparidade de critérios do STJ nas ações rescisórias .....	88
20. Crítica às decisões que geram insegurança jurídica.....	91
Parte III — Resgate da segurança jurídica .....	102
21. A Constituição como fonte da segurança jurídica.....	102
22. A jurisdição constitucional.....	105
23. A jurisdição constitucional como a segurança na prática .....	108
24. A segurança jurídica nos julgados da jurisdição constitucional.....	111
25. A segurança jurídica como concepção .....	111
26. A segurança jurídica como fundamento de decisões .....	115
27. A segurança jurídica como a dosagem dos efeitos.....	117
28. A eficácia prospectiva às decisões de inconstitucionalidade .....	119
29. Críticas ao sistema de jurisdição constitucional brasileiro .....	123
30. Propostas para incremento da segurança jurídica pelo aprimoramento da jurisdição constitucional.....	129
Conclusão .....	135
Referências bibliográficas .....	142

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

### I – A escolha do tema

A busca do ser humano por segurança é inata. Nos primeiros anos de vida, embora não tenha consciência disto, ele sabe que a presença dos pais é capaz de propiciar um mínimo de conforto, alimento e proteção de males maiores. Mesmo que o conforto material praticamente inexistia, é inegável que o conforto espiritual advindo da companhia de um dos pais, mas preferencialmente de ambos, é para a criança um dos pilares da sensação de bem-estar.

Ao longo da vida, esse sentimento de satisfação e tranquilidade que a segurança confere leva o homem a procurá-la ou a tentar diminuir a sensação de sua falta. Por que motivo a criança quando dá os primeiros passos tenta se agarrar no que considera mais estável e se esforça para alcançar a mão dos maiores, preferencialmente do pai ou da mãe? É a busca intuitiva da segurança.

A economia, por exemplo, sempre lidou com incertezas e faz um contínuo esforço para diminuí-las, pois existe um sentimento generalizado de que a sensação de segurança gera um ambiente propício a novos negócios, trazendo desenvolvimento. Apenas para se ter uma noção de como a *segurança* e a *eliminação da incerteza* são premissas do progresso econômico, basta lembrar que a invenção da moeda teve o propósito inicial de eliminar a incerteza quanto ao valor das mercadorias. Com o advento do dinheiro os comerciantes passaram a ter confiança em valores objetivos<sup>1</sup> e desde então a sociedade nunca mais foi a mesma.

Existe também o sentimento de que o direito não funciona tão bem assim, pois o número crescente de atos normativos dentro do ordenamento jurídico leva a uma

---

<sup>1</sup> GALBRAITH, John Kenneth. *A era da incerteza*, p. 160 e seguintes.

incerteza de qual a norma aplicável à solução dos casos concretos. Isto sem falar nas decisões divergentes para aqueles que propõem ações individuais envolvendo relações jurídicas homogêneas. Tal panorama revela o lado da insegurança que o direito mal-construído e mal-aplicado provoca e acaba por confundir a mente das pessoas.

Noutros momentos da vida e até no final dela, na busca de um sentido ou explicação para sua vida, o homem quer racionalizar seus erros e acertos. Deseja deixar impressões positivas para os demais que conviveram com ele e também pensa no que lhe reserva o futuro e o que vem depois da morte.

Portanto, desde os primórdios o homem busca amparo, quer ter certezas, organizar sua vida e ter certa previsão de seu futuro. Em suma, a procura da *segurança*, nas suas mais variadas formas, inerente ao ser humano, o acompanha durante a vida. Esse anseio abrangente não se manifesta apenas no direito, embora seja sob este aspecto que aqui ele será tratado.

## II – A segurança jurídica e o presente trabalho

O objeto do presente trabalho, apesar as inúmeras possibilidades que o tema da segurança propicia no campo jurídico, entretanto, é bem mais simples. Primeiro porque não teria o seu autor densidade jurídica de conhecimentos suficientes para fazer frente à tão audaciosa empreitada; segundo, porque ainda que tivesse os requisitos técnicos para tanto – o que definitivamente não é o caso – tampouco poderia fazê-lo durante o período em que deve ser concluído um estudo de mestrado.

Assim, a dissertação se volta à segurança jurídica sob um aspecto prático, lançando um olhar para o cotidiano jurisdicional brasileiro. E, paradoxalmente, ao mesmo tempo em que os meios jurídicos pátrios parecem clamar aqui e ali por segurança jurídica, o resultado da atividade jurisdicional não parece trilhar a senda desses anseios.

Nessa análise do real a partir de um ideal, com todos os problemas inerentes a essa perspectiva, confrontando-se o direito (dever-ser) com ele mesmo, ou

com os propósitos que o orientam, verificou-se um problema: um dos maiores símbolos institucionais de segurança jurídica, a coisa julgada, tem sido relativizada. Daí a proposta do presente estudo, mediante uma busca junto à doutrina e também na jurisprudência do STF e STJ para saber o alcance da influência da jurisdição constitucional sobre a coisa julgada. Cogitou-se então como poderia a jurisdição constitucional contribuir para a revitalização da segurança jurídica e corrigir os seus desvios que a falta de sua compreensão tem gerado na coisa julgada.

Com relação à forma, o estudo se divide em três partes do que se poderia chamar a dinâmica da segurança jurídica: a sua doutrina, a sua crise e propostas para o seu resgate.

Na parte referente à doutrina, a análise parte dos fundamentos teóricos do Estado de direito, dos seus valores, da segurança jurídica até se chegar a uma idéia elementar de segurança jurídica na coisa julgada.

Ao tratar da crise da segurança, procurou-se fazer uma análise do quadro atual da coisa julgada, instituto no qual a segurança jurídica se faz mais presente e em que são encontradas divergências doutrinárias sobre a rigidez desse tema constitucional. Também merece consideração a influência das decisões do STF e do STJ nesse debate.

O trabalho é concluído com o que se denominou de resgate da segurança jurídica a partir de propostas acerca da jurisdição constitucional que acabam contribuindo para o incremento da própria segurança jurídica e valorizando o papel da coisa julgada.

### III – Terminologia, estilo, alguns porquês

Antes que se passe propriamente ao texto, é preciso explicar algumas coisas para que evitem confusões, dubiedades e mal-entendidos. Por outro lado, certas considerações introdutórias também podem facilitar uma compreensão mais rápida e ágil das idéias lançadas. Não se quer com isso solicitar certa indulgência do leitor com as falhas que naturalmente todo trabalho tem e contém, mas sim permitir que as críticas efetivamente tenham a finalidade de corrigir.

Não que o autor queira se esquivar das inevitáveis críticas ou deseje afirmar sua humanidade pela sua capacidade de errar. Se a dissertação conseguiu se constituir num trabalho minimamente apresentável e com alguns méritos, é porque o mestrando soube receber as admoestações e censuras como valiosos elementos para a correção de rumos e incremento qualitativo de certas proposições encontradas no texto. Além do mais, não parece ser alvo de disputas que o ser humano erre.

O propósito aqui é, fundamentalmente, tornar a leitura mais dinâmica e proveitosa para que o trabalho de avaliação não seja mais cansativo do que normalmente deve ser. Daí a preocupação inicial em desenvolver um estilo simples e, na medida do possível agradável. Certamente que alguns podem ter razão nas críticas não só ao estilo de escrever e argumentar, mas certas limitações são invencíveis.

Quanto às notas de rodapé, que foram objeto de crítica pelo excesso, elas foram uma escolha do autor do trabalho. O escopo não foi induzir o leitor a uma leitura truncada do texto, mas, antes pelo contrário, permitir dois níveis de leitura e explicitar qual a fonte das afirmações que vão sendo construídas ao longo do texto – até por exigência do trabalho acadêmico. São raros os casos em que as notas de rodapé apresentam uma explicação do que se quis dizer ou um aprofundamento maior da discussão: na quase totalidade das vezes as notas são a demonstração do pensamento dos autores e da jurisprudência citadas.

Assim será possível uma leitura facilitada do texto, em que a desconsideração das notas de rodapé não importará na perda da compreensão das idéias expostas. Eventualmente, se o leitor tiver curiosidade ou mesmo a necessidade de conferir a origem de determinada frase ou pensamento, ele terá na nota de rodapé o apoio necessário.

Quanto à expressão ordenamento jurídico, aqui ela é empregada no mesmo sentido usado por Bobbio na sua Teoria do ordenamento jurídico: como complexo de normas jurídicas, em um determinado território, com um traço de

sistematização entre elas. Em suma, ordenamento jurídico aqui possui uma equivalência com direito.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> “[...] na realidade, as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si [...]. Esse contexto de normas costuma ser chamado de ‘ordenamento’. E será bom observarmos, desde já, que a palavra ‘direito’, entre seus vários sentidos, tem também o de ‘ordenamento jurídico’[...]”. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 19.

## 1. Ética, política e direito

A individualidade de cada ser humano lhe confere certa autonomia e existência próprias, mas é apenas no conjunto com os seus semelhantes, em sociedade, que o homem nasce, vive e se desenvolve. A maneira de integração na sociedade confere plenitude a este ser, já que ele é ao mesmo tempo individual e relacional<sup>3</sup>: existe por si como ser, mas é direcionado a estabelecer relações com os demais membros componentes da coletividade humana para poder atingir os seus fins. O direito também pressupõe a sociedade humana<sup>4</sup> já que inexistente para o indivíduo isolado. O ser atomizado não tem a noção nem o sentido do direito.<sup>5</sup>

Dos múltiplos aspectos encontráveis no ser humano, dois particularmente interessam e servem de fundamento ao estudo da ciência jurídica: a ética e a política. A *ética* porque atrai o ser humano para o bem<sup>6</sup>, para a felicidade<sup>7</sup>; a *política* porque visa organizar a convivência em comum com os semelhantes.<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A crise da democracia no Brasil*, p. 3.

<sup>4</sup> “Sabemos que el individuo es un ser social que convive en un determinado entorno con otros seres humanos. La ordenación de la mera coexistencia de los seres humanos y la obtención de objetivos comunes son elementos que explican la naturaleza social del Derecho. La socialidad del ser humano y la consiguiente convivencia constituyen el dato a partir del cual podemos comprender la existencia y la necesidad del Derecho.” PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de teoría del derecho*, p. 17.

<sup>5</sup> PECES-BARBA, Gregório. *Curso de teoría del derecho*, p. 18.

<sup>6</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 39.

<sup>7</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*, p. 24.

<sup>8</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*, p. 25.

A ética não se realiza sem a *justiça*, pois como diz Cezar Saldanha Souza Junior “a Justiça e a felicidade de cada **eu pessoal** ficam prejudicadas, ou até inviabilizadas, num clima social de insegurança e desordem” (negrito do original).<sup>9</sup> Por outro lado, a segurança é um imperativo da política, já que sem um mínimo ajuste da convivência social não existem as condições para que cada membro da sociedade possa se desenvolver.<sup>10</sup>

O direito é a ciência que une ambas, *ética e política*<sup>11</sup>, motivo pelo qual pode ser concebido como um instrumento social – pois onde há sociedade há direito<sup>12</sup> — para uma organização minimamente harmônica da sociedade, a fim de que os indivíduos que a integram possam se desenvolver e buscar a felicidade. Assim, a missão do direito é auxiliar, pautar os anseios de forma a acomodá-los para que, dentro da ordem, possa o ser humano atingir sua finalidade.<sup>13</sup> O direito é um instrumento a serviço do bem do ser humano e da sociedade em que ele vive.

---

<sup>9</sup> SOUZA JUNIOR. Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*, p. 28.

<sup>10</sup> “Na efetivação do bem comum, cumpre à **política** o estabelecimento de um clima de convívio, um *modus vivendi*, no qual cada membro da sociedade possa desenvolver, com liberdade, os potenciais próprios da personalidade. A política é a dimensão de atividades que se define pela criação de uma ordem segura, onde as diferenças humanas, naturais e adquiridas, sejam tratadas com o respeito proporcional devido às pessoas, à luz do bem comum, ou seja, do bem de todos, naquilo que todos temos de comum. O valor primeiro da política, base para os demais valores sociais, é, pois, a Segurança.” (Negrito e itálico do original) SOUZA JUNIOR. Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*, p. 29.

<sup>11</sup> SOUZA JUNIOR. Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*, p. 38.

<sup>12</sup> Nesse sentido: REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 2; PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*, tomo I, p. 30 e seguintes; RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, vol. I, p. 49.

<sup>13</sup> Sendo o direito criação humana, como diz Gustav Radbruch, “não pode, portanto, haver uma justa visão de qualquer obra ou produto humano, se abstrairmos do fim para que serve e do seu valor.” RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, vol. I, p. 50.

Eis aí um padrão para aferir a medida da importância do direito: uma necessidade individual e social com a finalidade também voltada para indivíduo e sociedade. Uma sociedade sem um mínimo organizacional e que esteja de acordo com os sentimentos ínsitos ao ser humano não tem como subsistir.<sup>14</sup> O direito aparece então como a força propulsora da ordem, o elemento facilitador na realização das expectativas humanas. Ao lado dessa função ordenadora, o direito também tem de respeitar a *justiça*, indissociável da natureza humana, e que o orienta fortemente.<sup>15</sup>

É a política que vai orientar os rumos do direito, dar-lhe efetividade; a ética, por sua vez, vai lhe dar embasamento. O direito não perde a sua autonomia diante de ambas nem as absorve. Num arranjo peculiar as três ciências coexistem mas ao direito é atribuído o papel de ajustá-las numa dimensão objetiva socialmente: o direito é uma ponte entre o ideal ético e a realidade política.

A sociedade não pode viver sem a política<sup>16</sup>, natural expressão da necessidade organizacional e administrativa da vida social. Nela brota o debate, discute-se como atingir as metas desejadas por uma determinada sociedade tendo em vista uma pauta mínima de valores comuns – dada pela ética. O direito atuará junto à política para ordená-la e racionalizá-la, de forma que no calor das discussões, a empolgação da maioria não aniquile os justos anseios de uma minoria nem permita o esquecimento de valores éticos sem os quais a sociedade não possa evoluir de forma minimamente justa. O direito limita um pouco a política, mas limita-a para dar-lhe sentido e reconhecer a

---

<sup>14</sup> “El secreto del derecho está precisamente en esto, que los hombres no pueden vivir en el caos. El orden les es tan necesario como el aire que respiran.” CARNELUTTI, Francesco. *Cómo nace el derecho*, p. 22.

<sup>15</sup> “O anseio por justiça é o eterno anseio do homem pela felicidade. É a felicidade que o homem não pode encontrar como indivíduo isolado e que, portanto, procura em sociedade. A justiça é a felicidade social.” KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*, p. 9.

<sup>16</sup> Interessante destacar que para (Cezar Saldanha) Souza Junior, também política e ética se interpenetram. Diz ele: “a política, sem a iluminação ética, sem um mínimo de Justiça, poderia facilmente degradar a relação mando-obediência em abominável opressão. Faltaria, mais além da simples segurança, um ideal transcendente de bem a orientar a ação das autoridades que detêm o mando. Do lado da comunidade, faltaria uma pauta de valores, aceita pela comunidade, fundamento de toda legitimidade, capaz de induzir uma obediência espontânea à autoridade.” SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*, p. 33.

sua necessidade na busca do bem e até para resguardá-la como meio para produzir o próprio direito.

A ética também é parcialmente incorporada pelo direito, mas este não a absorve integralmente.<sup>17</sup> Absorvendo-a, a destruiria. A ética plenamente positivada pelo direito perde a sua dimensão de fonte de valores dado que esses seriam aqueles explicitados pelo ordenamento jurídico. O risco de se cair num positivismo oco do ponto de vista axiológico seria grande. Se toda a ética fosse o direito, desrespeitado esse, morreria aquela. O fundamento ético engrandece o direito; a eticização plena do jurídico faz desaparecer aquela em função desse último. Como o direito não existe de per si, sem um fundamento ético – uma vez com toda a ética nele positivada – o direito teria de se reduzir a mecanismos de sanção. Falhando esta – e invariavelmente nem a sanção nem a sua aplicação são perfeitas – enfraquecido o direito e sepultada a ética.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> No campo penal isso traz como consequência os princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima. Sobre o primeiro Damásio E. de Jesus diz que: “O Direito Penal não protege todos os bens jurídicos de violações: só os mais importantes. E, dentre estes, não os tutela de todas as lesões: intervém somente nos casos de maior gravidade, protegendo um fragmento dos interesses jurídicos.”; acerca do segundo afirma o penalista que “a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado, por intermédio do direito Penal, quando os outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita.” JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, vol. 1, p. 10.

<sup>18</sup> “Por sua vez a **ética**, sem a força coativa da política e um mínimo de Segurança, jamais poderia erigir-se em referencial de convivência, aceito pela generalidade na sociedade. A própria *consciência ética*, que brota do mais profundo de cada indivíduo (quem diria?), depende para formar-se e desenvolver-se – em decorrência da socialidade mesma da pessoa – de uma ordem política que proteja o cultivo no convívio (familiar, escolar e com a mídia), dos impulsos humanos naturais para o bem. Mas, sem a ajuda da política, a ética não se encarnaria, nem subsistiria encarnada, nos **costumes** (significado da raiz etimológica grega *ethos* e da latina *mores*). Na falência da política, os valores éticos ficariam à mercê dos malfeitores. E, convenhamos, uma tábua ética sem vigência social, não seria verdadeiramente ética, mas uma coleção de declarações altruístas de boas intenções. Seccionada da política, a ética reduzir-se-ia a simples poesia.” (Negrito e itálico do original) SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*, p. 33.

Muito da força do direito se esvai se ele não cumpre a função ordenadora nem atende ao anseio de justiça.<sup>19</sup> Mas além dessa visão coletiva do direito como sendo fenômeno social, e da legitimidade que o sistema jurídico deve buscar no meio social, não se pode ignorar que a sociedade é composta de indivíduos: seres dotados de razão e sentimentos que fazem de cada um deles um ser único<sup>20</sup> — donde vem também a necessidade de adesão *individual* ao direito.

É justamente por isto, pela nossa natureza de indivíduos, que, apesar de concordarmos sobre a necessidade de justiça, discordamos de como ela deva ser alcançada.<sup>21</sup> Dessa disparidade de idéias a respeito de como aqueles anseios individuais pelo justo devam ser atendidos, para a harmonização da sociedade, o direito é levado a tomar certos rumos definidos pela própria sociedade que o elabora. A ciência jurídica deve corresponder às expectativas do meio onde deva atuar. Devendo legitimar a sua função ordenadora, assim como atender ao anseio de justiça, razões de ordem prática acabam conformando o Direito com as feições particulares para atender cada sociedade específica. Aliás, é impossível dissociar o direito de sua dimensão histórica e sociológica.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Pois como diz Gustav RADBRUCH: “A Idéia de direito, porém, não pode ser diferente da idéia de Justiça.” *Filosofia do direito*, vol. I, p. 105.

<sup>20</sup> “A pessoa é indivíduo. Tem uma individualidade própria. Não se repete. É distinta das demais e indivisível em outras. Mas não fica também aí. Somente abrindo-se para o outro, na comunidade, na sociedade, no convívio com as demais pessoas, ela poderá desenvolver suas qualidades, a semente de personalidade que traz no seu íntimo, o seu próprio ser.” SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A crise da democracia no Brasil*. p. 17.

<sup>21</sup> “Somos muitos, e discordamos a respeito da justiça. A maneira como pensamos sobre tal discordância determinará a maneira como pensamos sobre a política. E, como o direito é fruto da política, a maneira como pensamos sobre essa discordância determinará, em certa medida, a maneira como pensamos sobre o direito positivo.” WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. p. 43.

<sup>22</sup> Nesse sentido: “El Derecho, además de ser un producto humano destinado a regular diversas dimensiones de la vida humana social, tiene un carácter histórico. Como ya hemos adelantado, es producido por hombres en determinadas circunstancias. El Derecho es ele resultado de esos contextos, de las ideologías, de los intereses y conflictos predominantes en los mismos.” PECES-BARBA, Gregório. *Curso de teoria del derecho*, p. 18.

## 2. O Estado de direito

Estado é um pensamento polissêmico, sendo sua definição dependente da concepção que dele se tenha. Mas em linhas gerais, todas as idéias de Estado convergem para uma só, para caracterizá-lo como o *ordenamento político de uma dada comunidade*.<sup>23</sup>

Sob o ponto de vista jurídico interessa saber acerca do Estado de direito, aquele Estado em que o direito assume relevância para exercer o controle da origem, exercício e legitimidade do poder,<sup>24</sup> assim como órgão de produção jurídica.<sup>25</sup> Isso sem falar na existência de formas específicas e peculiares para a limitação de seu poder, dado nele não haverem poderes ilimitados.<sup>26</sup> Daí o interessante na observação de que a coisa julgada é, dentro do sistema romano-germânico, também um limite à própria atuação do poder judiciário.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> “Una tesis recorre con extraordinaria continuidad toda la historia del pensamiento político: el Estado, entendido como ordenamiento político de una comunidad, nace de la disolución de la comunidad primitiva basada en vínculos de parentesco y de la formación de comunidades más amplias derivadas de la unión de muchos grupos familiares por razones de sobrevivencia interna (la sustentación) y externa (la defensa).” BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad*, pp. 97/98.

<sup>24</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 83.

<sup>25</sup> Bobbio fala da existência de uma concepção de Estado e “Estado de derecho, como Estado concebido principalmente como órgano de producción jurídica, y en su conjunto como ordenamiento jurídico.” BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad*, p. 73.

<sup>26</sup> “O poder não se exerce de forma ilimitada. No Estado democrático de Direito, não há lugar para o poder absoluto.” STF, HC 94082 MC/RS, Rel. Min. Celso de Mello. Transcrição do Informativo STF 498.

<sup>27</sup> “Na teoria de Montesquieu, qualquer veleidade de dar-se aos juízes o poder de fazer a lei seria ir contra o postulado da separação dos poderes. Reforça-se, assim, a concepção piramidal do direito no sistema romano-germânico: o Judiciário é um poder que tem atributos dos mais amplos, não sendo controlado por nenhum dos outros dois, mas não tem iniciativa e seu poder é limitado pela *res judicata*; generalizações a partir de casos julgados só na matéria *sub judice* e sem qualquer possibilidade de criar precedentes.” SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*, p. 29.

E o Estado democrático de direito é, pois, uma forma jurídica de Estado que se limita para voltar-se a fins e a valores comuns da sociedade<sup>28</sup> — estes valores determinam que tanto Estado quanto direito sejam instrumentos a serviço do princípio maior: a *dignidade da pessoa humana*, fundamento e finalidade desse mesmo direito.

Direito e Estado estão intimamente ligados<sup>29</sup> mas não a ponto de identificarem-se como pretendeu Kelsen.<sup>30</sup> O Estado precisa do direito, pois como diz Pontes de Miranda “sem Direito, não poderá *afirmar-se*” e nem se tornar estável.<sup>31</sup> O Estado então apresenta-se com uma roupagem determinada pelo direito, fruto de uma evolução social e de uma necessidade racional de organização da vida em comum. Como diz Canotilho, “o Estado é, assim, uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de qualidades que a distinguem de outros ‘poderes’ e ‘organizações de poder’.”<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> “[...] o direito, além de ser um meio ao serviço dos fins do Estado, encontra-se também ao serviço duma idéia a qual pode vir a achar-se momentaneamente em conflito com algum desses fins mais próximos do mesmo Estado, tal como o da segurança jurídica. Tal como este, o Estado pode vir a achar-se em conflito com uma idéia que em si mesma lhe é estranha: a de justiça. Tudo o que pode dizer-se é que o estado adopta posteriormente, por assim dizer, a justiça e a segurança jurídica como seus fins próprios e chega até, por vezes, a achar-se disposto a sacrificar-lhes uma boa parte das conveniências ditadas pela sua chamada ‘razão de Estado’.” RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, vol. II, p. 139.

<sup>29</sup> “O Estado atua na *formação do direito* (atos normativos), na sua *praticidade* (atos de execução e atos judicantes), e no fato mesmo de se submeter a direito seu. Supõe ordem supra-estatal, que é a do direito das gentes, e ordem intra-estatal, que ele *realiza*.” (itálico do original) PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*, tomo I, p. 162.

<sup>30</sup> “De todas las tesis kelsenianas la reducción radical del Estado a ordenamiento jurídico es la que ha tenido menos éxito.” BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad*, p. 74. No mesmo sentido Carnelutti: “La idea del derecho y la idea del Estado están, por tanto, íntimamente relacionadas: no hay Estado sin derecho ni derecho sin Estado. Por lo demás, Estado y derecho no son la misma cosa, como alguns han enseñado, com um error análogo al de quien confundiese el cuerpo con la vida.” CARNELUTTI, Francesco. *Cómo nace el derecho*, p. 77.

<sup>31</sup> PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*, Tomo I, pp. 162/163.

<sup>32</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 89.

O direito dá existência, fundamento e legitimidade ao Estado.<sup>33</sup> Sem esse traço conformador o que existe é poder de fato, descontrolado e desordenado, sem origem precisa e sem fins determinados. Dado relevante é que com a organização do Estado, o direito e a força se tornaram seus monopólios: ambos atuam coordenadamente sob o influxo estatal.<sup>34</sup>

Mas o direito também precisa do Estado: este lhe empresta a força necessária, lhe dá unidade e um traço sistematizador ao criar instituições geradoras da origem do sistema normativo, chanceladoras da validade normativa e legitimadoras de sua aplicação. Daí se concluir que entre direito e Estado há uma simbiose, uma relação de necessidade mútua<sup>35</sup> ou interdependência.<sup>36</sup>

### 3. Segurança jurídica como princípio do Estado de direito

Nas suas origens, o Estado de direito surgiu por inspiração liberal e evolução do conceito de Estado visando garantir o indivíduo contra a opressão do governante. Interessante notar que a idéia de *segurança jurídica* também interessava ao

---

<sup>33</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*, pp. 46/47.

<sup>34</sup> “El poder político del Estado estará en el origen de la eficacia del Derecho moderno, que será fundamentalmente Derecho estatal y que podrá delegar o recibir Derecho producido al margen del Estado, pero que sólo será plenamente Derecho tras esa delegación o ese reconocimiento. Así, el Derecho inicialmente será un instrumento del poder para favorecer la unificación y el monopolio de la fuerza y para crear seguridad, que será el primer fin pretendido por el Estado moderno.” PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de teoría del derecho*, p. 94.

<sup>35</sup> “Como o direito é essencialmente produto da vontade do Estado, e este é, essencialmente, uma instituição jurídica, por isso compreende-se que o problema dos fins do primeiro se ache indissolúvelmente ligado ao problema dos fins do segundo.” RADBRUCH. *Filosofia do direito*, vol. I, pp. 150/151.

<sup>36</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do Estado*, p. 83.

ideal *econômico* liberal que levou à formação do Estado de direito. O princípio era a expressão da idéia de que a economia de mercado não deveria ser atingida por intervenções imprevisíveis do Estado absoluto.<sup>37</sup>

A idéia central era a limitação do Estado pelo ordenamento jurídico<sup>38</sup>, o que se fez no sistema jurídico romano-germânico principalmente a partir do *princípio da legalidade*.<sup>39</sup> Essa legalidade se expressava não só pela necessidade de que as limitações à liberdade e aos direitos fossem determinadas por lei como também pela necessidade de conformação dos atos estatais à lei aprovada pelo parlamento.<sup>40</sup>

Observa-se que além desse traço externo, maneira visível de limitação do poder — *princípio da legalidade* — o Estado de direito de inspiração liberal também consagrava outros valores<sup>41</sup> a serem veiculados no direito.<sup>42</sup> Assim, somados à forma da *legalidade* existiam outros conceitos inseparáveis do Estado de direito liberal: a garantia de um rol mínimo de direitos exercitáveis contra o Estado que expressavam a

---

<sup>37</sup> “A economia capitalista necessita de *segurança jurídica* e a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as freqüentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súbditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. Ora, toda a construção constitucional liberal tem em vista a *certeza do direito*.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 109.

<sup>38</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*, p. 59.

<sup>39</sup> “O princípio da legalidade da administração foi erigido, muitas vezes em ‘cerne essencial’ do Estado de direito.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 256.

<sup>40</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 256.

<sup>41</sup> “O que se observa, portanto, é que no seu nascedouro o conceito de Estado de Direito emerge aliado ao conteúdo próprio do liberalismo, impondo, assim, aos liames jurídicos do Estado a concreção do ideário liberal no que diz com o *princípio da legalidade* – ou seja, a submissão da soberania estatal à lei – a *divisão de poderes ou funções* e, a nota central, *garantia dos direitos individuais*.” STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do Estado*, p. 86.

<sup>42</sup> Como lembra Streck, a mera identificação do Estado Liberal de Direito pela adoção do princípio da legalidade leva à crença errônea de esse modelo estatal equivale ao Estado Legal. STRECK, Lenio Luiz *Ciência política e teoria geral do Estado*, p. 87.

necessidade de controle da ação estatal para efetivar, na prática, o respeito ao indivíduo.<sup>43</sup>

Hoje, o Estado de direito é cada vez mais um meio de legitimar a origem e o exercício do poder<sup>44</sup> mediante a *supremacia do direito*. E dada a necessária ligação entre Estado e direito, a justificação daquele a eleva para aumentar a dignidade deste e por este se faz daquele algo melhor.<sup>45</sup> Atualmente a noção de Estado de direito está evoluindo e nesse processo abriu-se para acolher os valores mais relevantes socialmente: liberdade, igualdade, justiça, segurança e desenvolvimento.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> “A nota central deste Estado Liberal de Direito apresenta-se como uma limitação jurídico-legal negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos cidadãos frente à eventual atuação do Estado, impeditiva ou constrangedora de sua atuação cotidiana. Ou seja: a esta cabia o estabelecimento de instrumentos jurídicos que assegurassem o livre desenvolvimento das pretensões individuais, ao lado das restrições impostas à sua atuação positiva.” STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do Estado*, p. 88.

<sup>44</sup> “En este modelo se supera la dimensión formal y se introducen dimensiones axiológicas materiales [...] la legitimidad que complementa a la de ejercicio, que hemos identificado con el Estado de Derecho, la legitimidad de origen del poder, tiene que ver con el consentimiento y que en el mundo actual se plasma en el sufragio universal.” PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de teoría del derecho*, p. 118.

<sup>45</sup> “La justicia del Derecho sólo es posible desde un poder que facilita su eficacia, que garantiza su existencia, y la legitimidad del poder reside muy centralmente en que el Derecho contribuye a su racionalización. Es más, se puede afirmar que no existe justicia del Derecho sin poder legítimo ni poder legítimo sin justicia del Derecho.” PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de teoría del derecho*, p. 319.

<sup>46</sup> “O constitucionalismo dos últimos cinquenta anos enriqueceu a idéia da supremacia do direito ao abrir-se a uma constelação de valores, a liberdade, a igualdade, a justiça, a segurança e o desenvolvimento, em relações recíprocas de concordância prática. Esses valores supremos do direito são as grandes **aspirações éticas** da humanidade, que ganharam renovado impulso com o desenvolvimento de uma consciência moral, agora de âmbito universal.” (Negrito do original) SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*, p. 60.

#### 4. A segurança jurídica como elemento do Estado de direito

O princípio da *segurança jurídica* é elemento essencial<sup>47</sup> e constitutivo do Estado de direito.<sup>48</sup> Assim também em Kelsen — para quem o Estado de direito não existe sem segurança jurídica, pois este é o princípio daquele.<sup>49</sup> Também na jurisprudência do STF a segurança jurídica aparece como elemento inerente ao Estado de direito.<sup>50</sup>

Souza Junior demonstra a importância da segurança jurídica no Estado de direito como elemento de coerência estatal, manutenção da estabilidade política e

---

<sup>47</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 264.

<sup>48</sup> “O princípio da segurança jurídica é construído de duas formas. Em primeiro lugar, pela interpretação dedutiva do princípio maior do Estado de Direito (art. 1.º)” ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*, p. 295. Também STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do Estado*, p. 90.

<sup>49</sup> “O princípio que se traduz em vincular a decisão dos casos concretos a normas gerais, que não de ser criadas de antemão por um órgão legislativo central, também pode ser estendida, por modo conseqüente, à função dos órgãos administrativos. Ele traduz, neste seu aspecto geral, o princípio do Estado-de-Direito que, no essencial, é o princípio da segurança jurídica.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 279.

<sup>50</sup> “Pois bem, considerando o *status* constitucional do direito à segurança jurídica (art. 5.º, *caput*), proteção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1.º) e elemento conceitual do Estado de Direito [...]” voto do Min. Carlos Britto, no MS 25.116/DF, publicado na seção *Transcrições* do Informativo STF 471.

densidade do direito por ele criado.<sup>51</sup> Sem que se tenha um mínimo de estabilidade nas relações jurídicas não há Estado de direito.<sup>52</sup>

Ao traçar normas de conduta o direito visa harmonizar a sociedade e também se perenizar no cumprimento dessa finalidade. Para tanto precisa certa estabilidade no sistema normativo para ajudar na efetivação desse processo social de organização da convivência.<sup>53</sup> Daí não ser a segurança jurídica desejável só para os destinatários do direito produzido pelo Estado – a fim de que tenham tranqüilidade na

---

<sup>51</sup> “Ainda no terreno legítimo e autônomo da política, a autolimitação do Estado ao direito que ele mesmo edita, corolário da segurança enquanto finalidade específica da política. A ordem política não subsistiria como ordem se o poder não guardasse, em seus próprios atos políticos, um mínimo de clareza, consistência e coerência. A juridicização dessa exigência do político importa, em relação à sociedade, o dever de um agir, razoavelmente visível (princípio da publicidade), previsível (princípio da proteção da confiança legítima) e preservador das situações jurídicas constituídas (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada), ou seja, o princípio da segurança jurídica que a todos abraça.” SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*, p. 61.

<sup>52</sup> “[...] é certo que o clamor das pessoas por segurança (aqui ainda compreendida num sentido amplo) e – no que diz com as mudanças experimentadas pelo fenômeno jurídico – por uma certa estabilidade das relações jurídicas, constitui um valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito, de tal sorte que, pelo menos desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 o direito (humano e fundamental) à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas, inclusive na nossa Constituição Federal de 1988, onde um direito geral à segurança e algumas manifestações específicas de um direito à segurança jurídica foram expressamente previstas no art. 5.º, assim como em outros dispositivos da nossa Lei Fundamental.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica*, p. 86.

<sup>53</sup> “[...] una buena señal del proceso de civilización es que esas pautas de conducta se pueden establecer a través de la imposición de modelos de conducta, con un cierto nivel de estabilidad, que permiten, por tanto, el conocimiento previo por parte de los individuos sometidos a ellas y las que acompaña una organización de mecanismos que aseguran el cumplimiento de esos modelos de conducta.” PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de teoría del derecho*, pp. 17/18.

condução de seus afazeres – mas também para que esse mesmo Estado a tenha quanto à observância de sua produção normativa<sup>54</sup>.

Natural que as concepções liberais orientassem a elaboração do direito daí decorrente, pois de nada adiantaria desejar a segurança se o instrumento instituidor dessa segurança não fosse seguro. É que antes do advento do Estado de direito não se tinha qualquer segurança jurídica, pois prevalecia o exercício do poder pela autoridade. E esse exercício de vontade da autoridade era o direito, com toda a sua carga de arbitrariedade e sem a certeza que os liberais desejavam.<sup>55</sup>

A primeira segurança que emana do sistema jurídico é, pois, a própria *segurança jurídica* contra o Estado, principalmente se se considerar que um estado de direito produz o direito e a ele também se submete.<sup>56</sup> Portanto, não basta a existência de um Estado ou mesmo do direito: é preciso existir Estado de direito para existir segurança jurídica, pois inexistindo segurança jurídica não há segurança nenhuma.<sup>57</sup> Isto é sintomático.

A segurança jurídica exprime o ajuste entre a função *ordenadora* do direito (imperativo social) e a missão *concretizadora da justiça* (anseio individual) desejável por todos que se submetem à ciência jurídica. Ela é verdadeiramente uma

---

<sup>54</sup> “Assim, segurança jurídica, antes de ser qualquer coisa, é interesse do próprio Estado, que tem por finalidade o Bem Comum.” GUSSI, Evandro. *A segurança na Constituição*, p. 88.

<sup>55</sup> “[...] a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as freqüentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súbditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. Ora, toda a construção constitucional liberal tem em vista a *certeza do direito*.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 109.

<sup>56</sup> “Com a submissão do poder político à lei e, posteriormente, à Constituição, de modo a garantir o seu exercício sem arbítrio, em conformidade com a vontade popular, como instrumento e em benefício da sociedade, tem-se a extensão desta idéia de segurança também às relações com o Estado, traduzida na idéia de Estado de Direito, nas suas diversas concepções, ou na noção de supremacia do Direito.” PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação*, p. 33.

<sup>57</sup> “E por segurança, à evidência, deve-se compreender não apenas a segurança física do cidadão, mas também a segurança jurídica, com destaque para a segurança político-institucional.” (voto do Min. Ricardo Lewandowski na ADI 3685/DF).

força legitimadora do direito, pois este é inseparável da noção de segurança.<sup>58</sup> Ao se ordenar, na busca de uma coexistência pacífica e mais harmoniosa, o direito deve estabelecer critérios e fazer opções; institutos são criados, limitações legais passam a existir e alguns interesses jurídicos podem preponderar sobre outros.

A segurança jurídica protege o valor justiça<sup>59</sup>, ou consoante a fórmula de Evandro Gussi, a segurança é “o estabelecimento da justiça no tempo”<sup>60</sup>, pois não há justiça num ambiente inseguro. Essa noção parece ter sido olvidada por muitos que vêem na segurança jurídica um elemento de poder divorciado da perspectiva do bem comum.

Sem segurança jurídica não há bem comum nem justiça.<sup>61</sup> Segurança e justiça não são valores incompatíveis, ao contrário, se complementam.<sup>62</sup> Onde há espaço

---

<sup>58</sup> “Uma certa estabilidade do direito é inerente à sua função. O direito é acima de tudo ‘um instrumento de segurança e, por isso, de liberdade’. Apenas se puder prever as conseqüências que se vincularão a seus atos é que o homem poderá decidir cientemente empreender uma atividade, poderá organizar um trabalho, fundar uma família, esperará conservar o que adquire...Toda previsão é fundamentada nas regras existentes; sua segurança supõe uma certa fixidez das instituições jurídicas nas quais ela se fundamentou.” BERGEL. *Teoria geral do direito*, p. 141.

<sup>59</sup> “A segurança não é conceito absoluto, tampouco formal. Não é fim, é meio. Só tem sentido falar-se em segurança *para realização do justo*”. VASCONCELOS, Arnaldo. *Segurança do direito in Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 67, p. 269.

<sup>60</sup> GUSSI, Evandro Herrera Bertone. *A segurança na Constituição*, p. 24.

<sup>61</sup> “É a *liberdade*, a *justiça* e a *segurança* que criam um complexo de condições capazes de constituir o que chamamos de *bem comum*. [...] Quase todos os autores reconhecem que o *fim* essencial do direito é a *justiça*. A justiça propicia a *ordem* e como seu fruto principal viceja a *segurança jurídica*. Resultado de tudo isto é o *bem comum*, um dos valores também precípuos do direito. Enquanto a *justiça* é *valor-fundamento*, a *segurança jurídica* e o *bem comum* são *valores-conseqüências* do direito.” PAUPERIO, Arthur Machado. *Segurança jurídica in Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 67, p. 292.

<sup>62</sup> “*Segurança e Justiça*, à sua vez, são valores que se completam e se fundamentam reciprocamente: não há Justiça materialmente eficaz se não for ‘assegurado’ aos cidadãos, concretamente, o direito de ser reconhecido a ‘cada um o que é seu’, aquilo que, por ser justo, lhe compete.” MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio. *Segurança jurídica e jurisprudência*, pp. 17/18.

para um sem número de questionamentos sobre o que seja e como deva ser o direito, bem como o que é certo e errado, inexistente justiça.<sup>63</sup>

Além disto, a *segurança in concreto* parece se mostrar como um valor acima de uma justiça ideal, abstratamente considerada, principalmente das concepções particulares de justiça – dado que subjetivas e relativas – pois estas perdem relevo em relação à *objetividade* da *segurança jurídica*. É por isto que Waldron diz que “a paz e a segurança importam mais para cada indivíduo do que as suas convicções quanto ao que é realmente correto ou realmente justo”.<sup>64</sup>

Becker chama a atenção para o fato de que o direito ao *dominar*, liberta o homem e o faz ao conferir *certeza* às relações sociais *disciplinadas por regras jurídicas*.<sup>65</sup> Portanto, a demonstração da importância da segurança jurídica parte do pressuposto de que a sociedade precisa ter um parâmetro objetivo único para pautar o ordenamento da vida em comum.<sup>66</sup>

Assim, ainda que a vida social seja um contínuo choque de idéias, litígios, acordos, mudanças e novidades, uma certa estabilidade do direito é desejável.<sup>67</sup> Não se pode deixar de reconhecer, entretanto, que a sociedade muda e o direito deve

---

<sup>63</sup> “Tudo o que podemos fazer politicamente pela integridade da justiça é garantir que a força seja usada para sustentar uma visão e uma visão apenas – uma visão que possa ser identificada como a da comunidade por qualquer pessoa, quaisquer que sejam as suas opiniões sobre o assunto.” WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*, p. 46.

<sup>64</sup> WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*, p. 47.

<sup>65</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*, p. 67.

<sup>66</sup> “Se há, porém, razões para pensar que a sociedade precisa de apenas *uma* visão de certa questão específica à qual todos devem dar preferência, pelo menos no que diz respeito a suas interações externas, então, deve haver uma maneira de identificar uma visão como a visão da comunidade e um fundamento para a nossa fidelidade a ela não baseado em nenhum juízo que tivéssemos de fazer quanto a sua retidão.” WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*, p. 76.

<sup>67</sup> “Na perspectiva da espécie normativa que a exterioriza, a segurança jurídica tem dimensão normativa preponderante ou sentido normativo direto de *princípio*, na medida em que estabelece o dever de buscar um ideal de *estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade* na atuação do Poder Público.” (Itálico no original) ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*, p. 295.

acompanhar essas mudanças com a função de preservar tanto os valores sobre os quais o direito se assenta e, ao mesmo tempo, incorporar e adaptar-se às novas necessidades sociais.<sup>68</sup> E na feliz observação de Leandro Paulsen, a visão do direito a partir da segurança jurídica não ignora essa perspectiva.<sup>69</sup>

## 5. A segurança jurídica e sua finalidade no Estado de direito

Sem segurança nada se faz, não se dá um passo adiante porque “o desejo de estabilidade e segurança é natural ao ser humano”.<sup>70</sup> Não se inicia uma tarefa, não são feitos planos, não se organiza a vida.<sup>71</sup> O homem precisa ter algumas certezas e saber como pautar sua vida, tendo noção de que as suas escolhas vão ser respeitadas. O Estado deve igualmente considerar essa necessidade e o faz quando a sua produção normativa e suas instituições atendem aos valores da sociedade, que precisa de critérios delimitadores do lícito do ilícito.<sup>72</sup>

Não só para o indivíduo, mas também para a sociedade essa previsibilidade interessa: quando existe um padrão aceitável para as ações humanas,

---

<sup>68</sup> “Mais que qualquer outra ciência, necessita de estabilidade para garantir às relações humanas a segurança necessária, ninguém cogita em negar que o direito evolui [...]” BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 141.

<sup>69</sup> “A segurança jurídica se insere na perspectiva de algo que é mutável.” PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação*, p. 26.

<sup>70</sup> PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*, p. 96.

<sup>71</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 257.

<sup>72</sup> “A segurança vem das leis firmes que o Estado promulga para o bem dos cidadãos e da sociedade; e a certeza do sujeito advém do conhecimento dessas leis, da valoração de seu conteúdo (compreende que é um bem para si e os demais; ‘fazer o bem, evitar o mal’ é o conteúdo da previsibilidade do *homo medius*, razoável, comum). [...] A segurança se traduz objetivamente (Direito objetivo *a priori*), através das normas e instituições do sistema jurídico.” MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio. *Segurança jurídica e jurisprudência*, p. 26.

separando-se os campos da licitude e ilicitude, pode ser verificado o desenvolvimento das ações dos membros que a compõem.<sup>73</sup> O direito, ao instituir regras, parâmetros objetivos, colabora fortemente para que o cidadão tenha uma noção mínima de certeza, permitindo que a pessoa viva em sociedade e aja sem temor de que suas ações serão a todo momento contestadas.<sup>74</sup>

E nem poderia ser diferente, pois ao direito não é dado ignorar esse legítimo sentimento, pois as pessoas buscam estabelecer relações de confiança com seus semelhantes.<sup>75</sup> O princípio da segurança jurídica vem justamente respaldar essa necessidade humana e conformar *ainda mais* o direito ao seu destinatário: o ser humano.<sup>76</sup>

A segurança jurídica é, pois, um valor ético que antecede ao Estado e que este incorpora para gerar *certeza, confiabilidade e estabilidade às relações sociais regidas pelo direito*.<sup>77</sup> E o mínimo que se espera de um sistema jurídico é que ele

---

<sup>73</sup> “O comportamento do indivíduo deverá ser tal que os *outros* membros da sociedade possam contar com uma certa regularidade no seu modo de agir, nas suas intenções pacíficas e na veracidade de seus assuntos privados e públicos; *a função do direito positivo é obter de tais indivíduos um tal comportamento*.” BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*, p. 66.

<sup>74</sup> “Assim é o Direito: institui regras permanentes que ficam, haja usuários ou não, sirva a alguns ou não, pois sempre haverá em algum dia, alguém necessitando indicativos para uma conduta certa, direita, justa, sem perigos e danos e, portanto, segura. Desta forma, a *Segurança objetiva das leis* dá ao cidadão a *certeza subjetiva das ações justas*, segundo o Direito.” (Itálico do original) MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio. *Segurança jurídica e jurisprudência*, p. 27.

<sup>75</sup> “O **princípio geral da segurança jurídica** em sentido amplo (abrangendo, pois, a idéia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.” (Negrito do original) CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 257.

<sup>76</sup> PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*, p.97.

<sup>77</sup> “[...] o princípio da segurança jurídica estabelece a estabilidade como estado ideal de coisas a ser promovido, e o princípio do Estado de Direito também alça a estabilidade como fim a ser perseguido.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 62.

incorpore valores capazes de promover o bem da sociedade onde ele deva atuar.<sup>78</sup> A segurança jurídica tem essa função de criar um ambiente psíquico onde possam se estabelecer relações e o direito operar<sup>79</sup>, o que traz como consequência o aumento da legitimidade do próprio ordenamento jurídico e uma maior eficácia de suas disposições.

A segurança jurídica, então, pode ser concebida como uma idéia ou princípio<sup>80</sup> anterior à elaboração do ordenamento jurídico e prévio à prolação das sentenças, permitindo ao intérprete e aplicador das normas jurídicas a possibilidade de se orientar conforme o direito vigente, segundo a perspectiva de que o sistema jurídico possui uma origem e um rumo, capaz de lhe conferirem uma certa previsibilidade.<sup>81</sup> Previsibilidade<sup>82</sup> essa que advém do respeito ao que foi produzido conforme a observância das regras vigentes ao tempo em que os atos jurídicos se consolidaram.<sup>83</sup>

---

<sup>78</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 25.

<sup>79</sup> “Si contemplamos ya a la seguridad jurídica como valor de la ética pública democrática, aparece con el objetivo de crear un ámbito de certeza, de saber a qué atenerse, que pretende eliminar el miedo y fijar un clima de confianza en las relaciones sociales. Es un mínimo existencial, condición para un orden libre, igual y solidario, es decir para la aparición de los restantes valores. Hace posible la vida en sociedad con garantías y la posibilidad de una comunicación con los demás, sin sobresaltos, sin temor y sin incertidumbres.” PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de teoría del derecho*, p. 325.

<sup>80</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 30.

<sup>81</sup> “[...] como meio de realização do valor *segurança*, para garantir a previsibilidade pela determinação legal dos elementos da obrigação tributária e proibir a edição de regulamentos que ultrapassem os limites legalmente traçados.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 42.

<sup>82</sup> “A idéia de previsibilidade e calculabilidade, de fato, é um traço da segurança jurídica.” GUSSEI, Evandro. *A segurança na Constituição*, p. 83.

<sup>83</sup> “Nos termos da Constituição a segurança jurídica pode ser entendida num sentido amplo e num sentido estrito. No primeiro, ela assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu.” SILVA, José Afonso da. *Constituição e segurança jurídica*, p. 17.

Da *segurança jurídica* decorre o resguardo do cidadão contra as súbitas alterações na formação das normas legislativas<sup>84</sup> e conformidade ao estipulado nas sentenças, que dão tanto ao destinatário como aos agentes dos processos e relações jurídicas uma noção mínima de confiabilidade e legitimidade da aplicação do direito.

A expressão concreta das conseqüências dessa idéia está, por exemplo, no art. 5.º, inc. XXXVI, da Constituição de 1988, tendo em vista que a segurança jurídica não está ligada diretamente e de maneira expressa a nenhum dispositivo dentro do sistema.<sup>85</sup> Por sinal, nos tempos atuais é que a segurança jurídica mais se faz necessária<sup>86</sup> pois a falta de densidade, noção e organização dos valores sobre os quais a sociedade se baseia cria um ambiente de instabilidade que deve ser rejeitado pelo direito.<sup>87</sup> Aliás, o direito existiu e ainda existe para buscar a estabilidade e a previsibilidade das relações jurídicas.<sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> GUSSI, Evandro. *A segurança na Constituição*, p. 76.

<sup>85</sup> “Em alguns casos há norma, mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que prevêm os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. [...] Pelo exame dos dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade chega-se ao princípio da segurança jurídica. Dessa forma, pode haver mais de um dispositivo e ser construída uma só norma.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, pp. 30/31.

<sup>86</sup> “E essa necessidade de segurança (e isso, como já dissemos, pode bem ser visto hoje) aumenta na medida em que a perdemos, vivendo uma crise da prospectividade.” GUSSI, Evandro. *A segurança na Constituição*, p. 26.

<sup>87</sup> “Importante ter-se em mente que, apesar de estarmos vivendo em época de extrema mobilidade social, o que acarreta correlata instabilidade de valores e de ‘verdades’, a *estabilidade* é valor que se pode dizer praticamente *inerente* à idéia de direito.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, p. 328.

<sup>88</sup> “A procura da estabilidade pelos sistemas de direito sempre foi uma constante ao longo da história das civilizações, procura esta umbilicalmente ligada às idéias de *segurança* e de *previsibilidade*, embora, naturalmente, possam variar imensamente as técnicas por meio das quais o direito de diferentes povos, em diferentes fases da história, a tenham perseguido.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, p. 328.

No entanto a segurança jurídica explícita como valor dentro do ordenamento jurídico é algo relativamente recente.<sup>89</sup> O direito medieval não cumpria originariamente essa função de gerar a segurança jurídica, pois a busca do justo se dava no caso concreto e daí se podia vislumbrar um choque entre a segurança jurídica e a justiça – que nem sempre andavam juntas. A função estabilizadora da segurança era gerada pela unidade religiosa e nessa pela ética católica.<sup>90</sup>

Atualmente, em razão do pluralismo religioso e social, o monopólio do uso legítimo da força desempenha o papel de proporcionar segurança e a segurança jurídica aparece como dimensão da justiça.<sup>91</sup> Mas mais do que isto, também há *segurança jurídica* na simplicidade, clareza, acessibilidade e previsibilidade das normas jurídicas em uma sociedade que é cada vez mais complexa.<sup>92</sup>

## 6. Aspectos formais da segurança jurídica

A realização prática da segurança jurídica pressupõe alguns fatores, uns de ordem formal e outros de caráter material. É da conjunção de ambos que se pode afirmar a existência da segurança jurídica em dado ordenamento. Portanto, presentes

---

<sup>89</sup> “Embora seja um desejo inerente ao ser humano, a preocupação com segurança jurídica constitui um fenômeno localizado historicamente a partir do século XVIII. A Antiguidade e a Idade Média constituíram momentos históricos marcados pela turbulência e pela instabilidade social, gerados pelas constantes ameaças de doenças e guerras entre os povos.” PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*, p. 99.

<sup>90</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de teoria del derecho*, p. 325.

<sup>91</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de teoria del derecho*, p. 326.

<sup>92</sup> “De mais a mais, o desenvolvimento [...] exige sejam as regras jurídicas formuladas de maneira simples, clara, acessível e previsível: daí a noção de Estado de Direito e o princípio da segurança jurídica [...]” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, p. 41.

estes *fatores formais e materiais* é possível dimensionar o grau de segurança jurídica do direito que avança no rumo de uma maior segurança, estabilidade e previsibilidade.

Uma das primeiras evidências do direito seguro — e, portanto, de segurança jurídica — seria o fato de esse direito ser originário de um órgão oficial. A *oficialidade* significa o monopólio na exteriorização das fontes do direito, capaz de lhe conferir publicidade e autoridade, evidenciando o caráter obrigatório a partir da sua origem. Daí o avanço técnico representado pelo direito legislado em relação a um sistema de direito costumeiro, embora não possa ser desprezado o fato de que o costume consiga sobreviver melhor à passagem dos anos do que a lei.<sup>93</sup> De qualquer forma, há segurança pela identificação do órgão competente para criar normas.<sup>94</sup>

A essa necessidade de criar um direito positivo José Afonso da Silva não denomina de segurança jurídica do direito e sim *segurança do direito*. A segurança do direito, para ele, derivaria do fato de o direito ter seu fundamento de validade numa Constituição<sup>95</sup> e a segurança jurídica seria consequência da segurança do direito. Assim, para se ter segurança jurídica, segundo José Afonso da Silva, seria necessário ter um direito baseado em uma Constituição.<sup>96</sup>

Um direito *escrito* também ajudaria na segurança jurídica, pois limita e identifica o sistema, que também se constrói sobre bases mais democráticas, ao passo

---

<sup>93</sup> “Nota-se que a lei e a jurisprudência emanam de órgãos oficiais e especializados, ao passo que o costume e mesmo a doutrina normalmente não são originários de instituições dotadas de um poder criador de direito. [...] A publicação da lei parece, assim, justificar a superioridade do direito escrito sobre o direito consuetudinário. Uma parte da doutrina considera, porém, que o direito perde sua elasticidade assim que é redigido, ao passo que o costume conserva a fluidez necessária à sua perpétua adaptação. Haveria então ‘um inevitável antagonismo entre o direito e sua formulação, reflexo de um conflito mais grave entre duas necessidades profundas dos homens: a justiça e a segurança’.” BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 57.

<sup>94</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de teoria del derecho*, p. 327.

<sup>95</sup> SILVA, José Afonso da. *Constituição e segurança jurídica*, p. 16.

<sup>96</sup> “A *segurança do direito*, como visto, é um valor jurídico que exige a positividade do direito, enquanto a *segurança jurídica* é já uma garantia que decorre dessa positividade.” SILVA, José Afonso da. *Constituição e segurança jurídica*, p. 17.

que o direito consuetudinário em razão de sua sedimentação histórica não permite um grau maior de aferição de certeza e obrigatoriedade.<sup>97</sup> O direito costumeiro é um direito sempre em formação, formação esta nem sempre clara e determinável, ao passo que o direito escrito é um padrão pronto e acabado de direito, em que a inovação é mais visível e perceptível.

O direito *legislado*, em contraposição a um direito jurisprudencial também colaboraria para um aumento da segurança jurídica no chamado sistema romano-germânico, ao qual o brasileiro se filia.<sup>98</sup> Assim, para atender à necessária segurança jurídica, nesse modelo jurídico a lei assumiu o papel de fonte principal do direito.<sup>99</sup> Interessante destaque ao tema é dado por Tavares quando lembra que o *formalismo positivista* se contentou, entretanto, com a *segurança jurídica* na origem do direito, fechando as portas das fontes do direito à jurisprudência – embora a segurança jurídica deva se manifestar na *produção, identificação e aplicação* do direito.<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> “A *lei*, por ser explicitamente formulada, comporta uma segurança que o costume, mais difuso, mais movente e mais incerto, não pode atingir. Seus modos de elaboração, em geral complexos, procedem de uma técnica muito elaborada, de inspirações diversas de ordem histórica, ideológica, científica, social, econômica, etc. confrontadas em debates organizados segundo procedimentos democráticos, ao longo de todo o processo legislativo.” BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 60.

<sup>98</sup> “O verdadeiro fantasma a ser evitado era e, de certa forma, continua sendo o casuísmo na lei. A certeza da existência e do conteúdo da norma que o direito escrito apresentava, bem como a busca das generalidades racionais que o conjunto normativo (códigos) representava, fizeram com que a ‘glosa judiciária’ (jurisprudência casuística) fosse afastada, em favor da ‘glosa erudita’ (a doutrina), e que tanto o costume geral como o assim dito ‘costume judiciário’ (a jurisprudência) fossem desprezados [...]” SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*, p. 28.

<sup>99</sup> “[...] a doutrina tradicional (consagrada historicamente) das fontes do Direito pretendeu apresentar uma resposta adequada às demandas por *segurança jurídica* e, por isso, conferiu exclusividade e, com ela, predomínio à lei.” TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*, p. 34

<sup>100</sup> “A segurança, contudo, deve estar presente tanto no momento de produção do Direito como na identificação do que é o Direito e em sua aplicação. O formalismo positivista garantiu apenas a segurança na identificação do Direito e pretendeu proporcionar segurança na aplicação ao sustentar um rol fechado de fontes do Direito, excluindo a jurisprudência.” (em nota de rodapé) TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*, p. 34.

Contudo, não se pode dizer que essa concepção de supremacia do direito legislado para a obtenção da *segurança jurídica* seja aceitável para todos. Bergel, por exemplo, entende que embora o *direito legislado* ajude na realização do ideal de *segurança jurídica* tal circunstância não impede em absoluto que a incerteza seja eliminada dado que isto por si só não protege as instituições que o produzem.<sup>101</sup> Radbruch, ao contrário, já vê num poder legislativo um grande elemento de segurança jurídica, pois esse tem como pressuposto o fato de que os atos normativos dele emanados valem para sujeitar a todos, aí incluído o Estado que elabora essas normas.<sup>102</sup>

De qualquer sorte, um direito jurisprudencial parece revelar maior preocupação com a justiça na solução das demandas do que com a previsibilidade e a certeza do direito propriamente ditas.<sup>103</sup> Sendo o direito um fenômeno social, natural que as tendências e valores de determinada sociedade expliquem as características de cada sistema jurídico. Tanto é assim que “no *common law*, a segurança jurídica se realiza no caso concreto em virtude do *due process*”<sup>104</sup> pois “nos países de *common law*, a segurança jurídica não é uma preocupação porque o direito, em geral, não é surpreendente”.<sup>105</sup>

Conformando-se um sistema jurídico com tais aspectos, mais certo ele é. E quanto mais certo é um sistema jurídico, maior a segurança porque certeza e

---

<sup>101</sup> “Assim, as fontes escritas, pela rigidez de sua expressão, são em princípio fatores de segurança e de estabilidade do direito, mas também podem permitir rupturas brutais da ordem estabelecida, se bruscas mudanças afetam os poderes públicos.” BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 61.

<sup>102</sup> “Portanto, é ainda a idéia de *segurança jurídica*, a que faz conferir ao Estado o poder legislativo, a mesma que também dele exige a sua sujeição às leis [...] esta sujeição é a condição para ele poder ser chamado a legislar. [...] Os governantes cessariam de ter o direito de legislar, desde que procurassem fugir ao cumprimento e respeito devido às suas próprias leis, comprometendo assim, eles próprios, a segurança jurídica.” RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, vol. II, p. 142.

<sup>103</sup> “Embora exista aqui um déficite no plano da certeza e da previsibilidade, existe por sua vez no direito jurisprudencial um benefício potencial, justamente, pela possibilidade de se dar maior peso à equidade e à ‘justiça do caso concreto’.” CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 85.

<sup>104</sup> GUSSI, Evandro. *A segurança na Constituição*, p. 77.

<sup>105</sup> GUSSI, Evandro. *A segurança na Constituição*, p. 81.

segurança costumam andar juntas.<sup>106</sup> Nota-se, portanto, que a segurança jurídica pode ser aferida na prática a partir de características de um ordenamento. A presença dessas características, com maior ou menor intensidade, também revela um maior compromisso com a segurança jurídica. Logo, para se ter segurança jurídica é preciso ter um mínimo de certeza acerca de qual seja o direito vigente e aplicável.<sup>107</sup>

## 7. Aspectos materiais da segurança jurídica

No aspecto material, e particularmente no sistema jurídico romano-germânico<sup>108</sup>, a segurança jurídica se expressa por uma legalidade<sup>109</sup> característica, a *dimensão jurídica* do Estado de direito, e também pela *coisa julgada*.<sup>110</sup> Este item trata da legalidade em seus contornos mínimos e mais adiante, com mais rigor, será abordada a importância da coisa julgada como elemento indissociável da segurança jurídica. Primeiro porque os problemas que afligem a lei no nosso ordenamento jurídico, bem como os dissabores que isso traz, já foram enfrentados noutro trabalho<sup>111</sup> e, segundo,

---

<sup>106</sup> “Prefiro dizer que certeza e segurança formam uma ‘díade’ inseparável, visto como, se é verdade que quanto mais o direito se torna certo, mais gera condições de segurança, também é necessário não esquecer que a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança.” REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*, p. 87.

<sup>107</sup> “A segurança jurídica apresenta um primeiro conteúdo relacionado com a certeza quanto ao direito vigente e aplicável [...]” PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação*, p. 53.

<sup>108</sup> GUSSI, Evandro. *A segurança na Constituição*, p. 78.

<sup>109</sup> “A idéia de Estado de Direito carrega em si a prescrição da supremacia da lei sobre a administração.” STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do Estado*, p. 84.

<sup>110</sup> “As refracções mais importantes do princípio da segurança jurídica [...] relativamente a *actos jurisdicionais* – inalterabilidade do caso julgado [...]”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 257.

<sup>111</sup> MOTTA, Artur Alves da. *A crise da segurança jurídica*.

porque em seguida se demonstrará como o desrespeito à coisa julgada tem gerado incertezas e insegurança.

Essa legalidade é peculiar por não significar simplesmente a adequação formal de fatos a um texto normativo. Não se esgota apenas com o *fazer* conforme a lei ou a possibilidade de fazer o que esta não veda. Existe uma legalidade própria do Estado de direito, uma legalidade *material* informada por valores que lhe conferem legitimidade. Vejamos, pois, de que valores trata essa legalidade material ou legalidade devida, isto é, a legalidade insitamente ligada ao Estado de direito.

A lei deve assegurar a *igualdade* para que seja segura. Essa igualdade deve se dar perante a lei e na lei, para que o direito atinja e contemple a todos da mesma maneira. Se o direito não reconhece a igualdade com essa dupla dimensão, passa a funcionar como meio de arbítrio e instrumental de dominação por parte de quem detém o mando político. O ideal de igualdade foi desejado desde o direito liberal clássico e essa idéia de igualdade perpassa os mais diversos ramos do direito, desde o civil até o penal.

Também a legalidade deve fazer com que a lei seja *prospectiva*, ou seja, não atuar antes que esteja em vigor<sup>112</sup> nem atuar retroativamente sobre fatos definitivamente constituídos. A garantia da *irretroatividade da lei* é importante signo de segurança jurídica, segundo Bergel.<sup>113</sup> Para esse autor francês, “constata-se então que, quanto mais liberal é um sistema jurídico, mais consagra com força o princípio da não-

---

<sup>112</sup> Chamado por Canotilho de o princípio da proibição de pré-efeitos de actos normativos. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 259.

<sup>113</sup> “A não-retroatividade da lei é um fator de ordem e de segurança jurídica, pois protege os direitos subjetivos contra as intervenções do legislador, impedindo pôr em discussão os direitos adquiridos e os atos anteriores à lei nova; é bom, de outro lado, conduzir com prudência transições, e a discussão do passado, às vezes materialmente impossível, é em geral socialmente perigosa.” BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 150.

retroatividade da lei”.<sup>114</sup> A irretroatividade diz respeito à aplicação do direito, que reconhece o tempo como fator de consolidação de situações de fato.<sup>115</sup>

A legalidade do Estado de direito também pressupõe uma lei *controlável*. Mesmo havendo norma aplicável para a solução de controvérsias, o sistema jurídico deve permitir que essa lei seja passível de verificação por outro organismo estatal, outro poder distinto daquele do qual tenha emanado. O sistema jurídico deve conceber, ao menos em tese, a possibilidade de o direito escrito não atender com plenitude os valores informadores do próprio ordenamento jurídico. A segurança jurídica não pode, pois, prescindir de prever mecanismos eficazes para exercer o controle das normas jurídicas.<sup>116</sup> E como bem lembra Ávila, para ser possível o controle jurídico da produção e conteúdo normativos há necessidade de que os seus conceitos e parâmetros sejam claros.<sup>117</sup>

Também a lei deve ser *razoável*, isto é, atender aos ideais humanos de racionalidade, organização e segurança. Uma lei que não vise a sua perenização dentro do ordenamento jurídico deixa de gozar de um sentimento de adesão por parte de seus destinatários. A mudança freqüente na legislação dificulta a percepção do fenômeno normativo bem como a sua assimilação pelas pessoas: a lei deixa de ser medida ordenadora para ser fonte de desordem. No dizer de Canotilho, a segurança jurídica está

---

<sup>114</sup> BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 151.

<sup>115</sup> “Permite certeza sobre la norma aplicable y sobre la firmeza de los derechos adquiridos, aunque puede haber excepciones y situaciones fronterizas que constituyen casos difíciles. Igualmente responde a exigencias de la seguridad jurídica la idea de la consolidación jurídica del tiempo, que otorga relevancia a situaciones temporales de hecho en cuanto a la norma aplicable (caducidad y prescripción) y en general a los tiempos que se formalizan en pazos que abren o cierran la posibilidad de aplicar una determinada norma y de ser alegada, en defensa de un derecho, de un interés o de una situación.” PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de teoría del derecho*, p. 329.

<sup>116</sup> “Só se pode falar em segurança jurídica se há meios para dar eficácia às normas jurídicas.” PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação*, p. 61.

<sup>117</sup> “A necessidade de clareza conceitual torna-se ainda maior, quanto mais dificuldades existirem para examinar e controlar os parâmetros constitucionais. O princípio do Estado de Direito pressupõe o controle do poder de tributar e do Poder Judiciário. Sem clareza conceitual, isso não pode ser atingido.” ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*, p. 87.

ligada também à *durabilidade e permanência* da ordem jurídica.<sup>118</sup> E na linha da razoabilidade ou racionalidade da legislação, dois aspectos também são de extrema relevância: a *simplicidade* de suas disposições e a *parcimônia* na edição das leis.<sup>119</sup>

A simplicidade serve como elemento propagador do direito, facilitando o seu enraizamento no tecido social.<sup>120</sup> Interessante exemplo didático sobre a importância desse mecanismo de assimilação do direito é dada por Carnelutti, quando diz que o que acontece na medicina deve ocorrer no direito: é preciso haver uma formação mínima e para os casos patológicos se torna imprescindível o papel dos juristas.<sup>121</sup>

Assim, visando à segurança jurídica é preciso que o excesso normativo seja evitado e sempre que possível combatido. No lugar de propiciar uma melhora das

---

<sup>118</sup> “A mudança ou alteração freqüente de leis (de normas jurídicas) pode perturbar a confiança das pessoas, sobretudo quando as mudanças implicam efeitos negativos na esfera jurídica dessas mesmas pessoas. O princípio do estado de direito, densificado pelos princípios da segurança e da confiança jurídica, implica, por um lado, na qualidade de elemento objetivo da ordem jurídica, a durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas; por outro lado, como dimensão garantística jurídico-subjetiva dos cidadãos, legitima a confiança na permanência das respectivas situações jurídicas.” CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 259.

<sup>119</sup> “Também a clareza dos dispositivos legais, o grau de determinação exigido para possibilitar às pessoas que compreendam o alcance das normas a que estão sujeitas e para dar efetividade às eventuais reservas legais, constitui um traço da segurança jurídica que diz respeito ao conhecimento e à certeza quanto ao direito vigente.” PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação*, p. 55.

<sup>120</sup> “Su conocimiento, pues, no puede menos de formar parte de la cultura común; de lo contrario habría necesidad de que cada uno de nosotros, en todo momento de la vida, tuviese a sua lado um jurista a quien pedir consejo sobre si se podía o se debía hacer algo.” CARNELUTTI, Francesco. *Cómo nace el derecho*, p. 15.

<sup>121</sup> “Todo ello quiere decir que si la instrucción jurídica superior debe reservarse a los juristas, no puede menos de impartirse a todos los ciudadanos una instrucción inferior. La posición es análoga en el campo del derecho y el de la medicina: a los abogados y a los jueces se los llama, como a los médicos, cuando se declaran las enfermedades; pero a fin de que no se declaren, es necesario difundir en el pueblo conocimientos elementales de higiene. Después de todo, uma cierta educación jurídica extendida a los no juristas, es um medio para combatir las dos plagas sociales que son la delincuencia y la litigiosidad.” (itálico no original) CARNELUTTI, Francesco. *Cómo nace el derecho*, p. 15.

relações jurídicas e na maior efetividade do direito, o aumento do volume de normas acarreta no direito o mesmo efeito que o aumento do número de veículos nas ruas: no lugar de ajudar, atrapalha. Aliás, a crise da lei, também motivada pela sua multiplicação, é uma consequência da crise do direito.<sup>122</sup>

Carnelutti há muito tempo, já criticava a *inflação legislativa* como elemento gerador de lamentável incerteza na interpretação do direito, desvalorizando os atos normativos da mesma forma que a inflação provoca a desvalorização da moeda. Outro aspecto lembrado por ele é que a produção normativa contínua também importa na diminuição de sua qualidade, tal como ocorre com os produtos manufaturados.<sup>123</sup>

Contudo, o fato mais grave é que o aumento do número de leis faz com que elas deixem de cumprir sua função que é dar a *certeza do direito* por ser humanamente impossível conhecer todas as leis, não só para o homem comum mas até mesmo para os juristas. Daí o apreço que Carnelutti devotava à simplicidade do direito.<sup>124</sup> Entretanto, como esse diagnóstico ainda não chegou a uma solução

---

<sup>122</sup> “Hasta cierto punto, esta multiplicación de las leyes es un fenómeno fisiológico: las leyes se multiplican como los utensílios de que nos servimos en nuestras casas o en el ejercicio de las profesiones. No se puede negar, sin embargo, que más allá de esse punto se verifica respecto de las leyes algo que se asemeja a la obstrucción de las calles de nuestras ciudades por el exceso de vehículos que las abrumen. Se habla hoy, cada vez con mayor insistência, de una *crisis de la ley*, como uno de los aspectos más visibles de la moderna *crisis del derecho*.” (Itálico no original) CARNELUTTI, Francesco. *Cómo nace el derecho*, p. 65.

<sup>123</sup> “Pero lo que no puedo silenciar es que los inconvenientes de la *inflación legislativa* no son menores que los debidos a la *inflación monetaria*: son como todos saben, los inconvenientes de la *desvalorización*. Por desgracia, lo mismo que nuestra lira, también nuestras leyes valen hoy menos que las de otros tiempos. Por un lado, la producción de las leyes, como la producción de las mercaderías en serie, se resuelve en un decaimiento del cuidado en su construcción.” (Itálico no original). CARNELUTTI, Francesco. *Cómo nace el derecho*, p. 66

<sup>124</sup> “Pero lo más grave está en que al crecer su número, no consiguen llenar ya su función. [...] Pero, ¿cómo hace hoy un ciudadano para conocer todas las leyes de su país? No ya el hombre de la calle solamente, ni aun siquiera los juristas, están hoy en condiciones de conocer más que una pequeña parte de ellas. El ordenamiento jurídico, cuyo mayor mérito debiera ser la simplicidad, há venido a ser por desgracia un complicadíssimo laberinto en el cual, a menudo, ni aun aquellos que debieran ser los guías, consiguen orientarse.” (Itálico no original) CARNELUTTI, Francesco. *Cómo nace el derecho*, p. 66.

satisfatória, os problemas se arrastam: já se chega a falar até mesmo em *poluição jurídica* em decorrência do excesso normativo, como lembra Cappelletti.<sup>125</sup>

## 8. A segurança jurídica no nosso ordenamento jurídico

O direito constitucional, como parte importante integrante do ordenamento jurídico, não ficou alijado do problema da segurança jurídica: ao contrário, incorporou esta noção<sup>126</sup> quando entendeu haver um direito fundamental à *segurança*.<sup>127</sup> Também o nosso direito brasileiro seguiu o mesmo rumo<sup>128</sup>, embora não tenha sido tão categórico como outros textos constitucionais como as Constituições portuguesa e espanhola, que consagram a expressão *segurança jurídica*. A primeira, de forma mais prática, quando fala dos efeitos que uma declaração de inconstitucionalidade pode

---

<sup>125</sup> “O ‘estado gigante’ ou ‘*Big Government*’ – com aquilo que se chama causticamente a ‘poluição jurídica’, ou seja, a enorme emissão de atividade legislativa e administrativa no ambiente da vida social [...] permanece uma realidade do nosso tempo.” CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 52.

<sup>126</sup> “O constitucionalismo dos últimos cinquenta anos enriqueceu a idéia da supremacia do direito ao abrir-se a uma constelação de valores, a liberdade, a igualdade, a justiça, a *segurança* e o desenvolvimento, em relações recíprocas de concordância prática. Esses valores supremos do direito são as grandes **aspirações éticas** da humanidade, que ganharam renovado impulso com o desenvolvimento de uma consciência moral, agora de âmbito universal.” (Negrito do original e itálico do autor) SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*, p. 60.

<sup>127</sup> “Com efeito, a utilização da expressão genérica segurança faz com que o direito à segurança (também) possa ser encarado como uma espécie de cláusula geral, que abrange uma série de manifestações específicas, como é o caso da segurança jurídica, da segurança social, da segurança pública, da segurança pessoal, apenas para referir as mais conhecidas.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica*, p. 88.

<sup>128</sup> “[...] todo ordenamento jurídico repousa na busca dos ‘valores sociais’ de que trata de apreender: a justiça, a segurança jurídica, o progresso social etc.” BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*, p. 8.

assumir e a segunda, de forma mais dogmática, quando consagra textualmente a proteção à segurança jurídica.<sup>129</sup>

O preâmbulo da Constituição de 1988, ao enumerar os valores que a sociedade brasileira adotou visando uma melhor forma de viver, elegeu a *segurança* dentre eles<sup>130</sup>. Por óbvio que esta expressão comporta uma acepção variada de sentidos, mas o vocábulo certamente permitirá que se admita dentro da segurança o conceito de *segurança jurídica*.<sup>131</sup> Sarlet inclusive vê como sinais específicos de segurança jurídica na nossa Constituição o rol dos seguintes princípios: da legalidade; da proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito; da legalidade e anterioridade em matéria penal; da irretroatividade da lei penal desfavorável; da limitação e individualização da pena; das restrições à extradição; do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.<sup>132</sup>

E no que consistiria esta segurança jurídica numa dimensão mais prática? A doutrina aponta algumas características “[...] pela interpretação indutiva de outras regras constitucionais, nomeadamente as de proteção do direito adquirido, do ato

---

<sup>129</sup> “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, **la seguridad jurídica**, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.” (Artigo 9.3, negrito do autor).

<sup>130</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a **segurança**, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]” (Negrito do autor).

<sup>131</sup> “No caso da ordem brasileira, a Constituição Federal de 1988, após mencionar a segurança como valor fundamental no seu Preâmbulo, incluiu a segurança no seletivo elenco dos direitos ‘invioláveis’ arrolados no *caput* do art. 5.º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Muito embora em nenhum momento tenha o nosso constituinte referido expressamente um direito à segurança jurídica, este (em algumas de suas manifestações mais relevantes) acabou sendo contemplado em diversos dispositivos [...]” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica*, p. 91.

<sup>132</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica*, p. 91.

jurídico perfeito e da coisa julgada...” como diz Ávila<sup>133</sup>. Cabendo, entretanto, a ressalva de que esses institutos não esgotam em si toda a segurança jurídica<sup>134</sup>.

Segundo Pontes de Miranda o *direito adquirido* “é o direito irradiado de fato jurídico, quando a lei não o concebeu como atingível pela lei nova”;<sup>135</sup> o *ato jurídico perfeito* “o negócio jurídico, ou o ato jurídico *stricto sensu*”.<sup>136</sup> Mais preciso e sintético, José Afonso da Silva anota: “a diferença entre direito adquirido e ato jurídico perfeito está que aquele emana diretamente da lei em favor de um titular enquanto o segundo é negócio fundado na lei”.<sup>137</sup>

Para conceituar a *coisa julgada* Pontes de Miranda se reporta a conceitos de direito processual e tende a entender que a garantia constitucional se limitaria à *coisa julgada formal* ou à indiscutibilidade daquilo decidido num processo.<sup>138</sup> José Afonso da Silva, diferentemente, entende que a garantia à coisa julgada é apenas a material: o que está protegido é o resultado da prestação jurisdicional.<sup>139</sup>

Chama-se a atenção para a *coisa julgada* como garantia constitucional pois também no sistema jurisdicional e recursal a segurança jurídica deve aparecer, mesmo que a sua concretização seja pautada por elementos históricos e filosóficos, dado

---

<sup>133</sup> ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*, p. 295.

<sup>134</sup> GUSSI, Evandro. *A segurança na Constituição*, p. 76.

<sup>135</sup> PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*, tomo V, p. 71.

<sup>136</sup> Diz ele, exemplificativamente: “[...] portanto, assim as declarações unilaterais de vontade como os negócios jurídicos bilaterais, assim os negócios jurídicos, como as reclamações, interpelações, a fixação de prazo para a aceitação de doação, as cominações, a constituição de domicílio, as notificações, o reconhecimento para interromper a prescrição ou com sua eficácia (atos jurídicos *stricto sensu*).” PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*, tomo V, pp. 94/95.

<sup>137</sup> SILVA, José Afonso da. *Constituição e segurança jurídica*, p. 21.

<sup>138</sup> PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*, tomo V, pág. 95.

<sup>139</sup> “A garantia da estabilidade da *coisa julgada* se refere à *coisa julgada material*, não à *coisa julgada formal*, porque o que se protege é a prestação jurisdicional definitivamente outorgada. A *coisa julgada formal* só se beneficia da proteção indiretamente na medida em que se contém na *coisa julgada material*, visto que é pressuposto desta, mas não assim a simples *coisa julgada formal*.” SILVA, José Afonso da. *Constituição e segurança jurídica*, p. 22.

que ajuda a dar consistência ao direito.<sup>140</sup> Interessante que mesmo nos sistemas jurídicos em que não exista explicitamente uma cláusula constitucional determinando a observância da coisa julgada, a doutrina a reconhece como decorrência do Estado de direito que respeita e busca a certeza jurídica.<sup>141</sup>

Como objeto de estudo do presente trabalho, a ênfase da segurança jurídica será buscada na prestação da jurisdição constitucional, bem como seus inevitáveis reflexos na coisa julgada. A despeito de toda uma estrutura e disciplina processuais acerca do tema — a que se pode chamar da dinâmica da coisa julgada — o estudo aqui proposto cuida da dimensão valorativa da coisa julgada. Em outras palavras, se toma a coisa julgada como instituto constitucionalizado, antes de qualquer feição jurídico-positiva que possa assumir dentro do nosso ordenamento processual brasileiro, mas definitivamente informadora e conformadora dos traços que o instituto deva ter.

Daí resulta a necessidade de cercar a coisa julgada de maiores garantias, dado ser ela não só um *valor constitucional*, mas também, e acima de tudo, um elemento de *segurança jurídica* num Estado de direito. A corrosão dessa particular marca de nosso conceito de ordem política conduziria à ruína do direito e com este a do Estado e da sociedade.

A despeito disso, existe um certo descompasso entre a segurança jurídica que perpassa os termos da Constituição — inclusive ao consagrar a proteção à coisa julgada — e algumas leis e dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro. Embora legislação federal tenha determinado que a Administração Pública observasse o princípio da segurança jurídica,<sup>142</sup> inclusive recomendando que a *simplicidade de*

---

<sup>140</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de teoria del derecho*, p. 329.

<sup>141</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 265.

<sup>142</sup> Lei n.º 9.784, de 29/1/1999, art. 2.º: A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, *segurança jurídica*, interesse público e eficiência.” (Negrito do autor).

*formas nos processos administrativos* fosse utilizada como meio para o seu alcance<sup>143</sup>, nem todas as normas legais subseqüentes adotaram este rumo.

Tome-se, por exemplo, o Art. 475-L, § 1.º, da Lei n.º 11.232/2005, que reconhece a *inexigibilidade para o título judicial* a partir da exegese de dispositivo ou ato normativo com fundamento no entendimento do STF (que o tenha declarado inconstitucional ou interpretado diferentemente, quando o Supremo considerar a interpretação inconstitucional).

Embora sem o impacto da novidade, pois regra com a mesma finalidade já figurava no parágrafo único no art. 741 do CPC desde a sua introdução pela Medida Provisória n.º 1.984-20 (de 28/7/2000, e mais tarde como texto da MP 2.180-35/2001), tal preceito ainda rende acesa polêmica doutrinária<sup>144</sup>. E com razão. Na prática tal dispositivo acabou gerando uma eficácia rescisória à margem do procedimento específico e sem os limites legais exigidos para esta ação.

Na verdade, na fase de execução ou cumprimento de sentença, se empresta à decisão declaratória de inconstitucionalidade do STF uma eficácia retroativa<sup>145</sup>, mais forte que a ação rescisória<sup>146</sup>, principalmente porque feita sem

---

<sup>143</sup> Lei n.º 9.784, de 29/1/1999, art. 2.º, parágrafo único, inciso IX: “adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, **segurança** e respeito aos direitos dos administrados”. (Negrito do autor).

<sup>144</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, pp. 108 e seguintes.

<sup>145</sup> “A possibilidade de retroatividade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade e em ações declaratórias de constitucionalidade (Lei n. 9.868/99, art. 27) não agride a *coisa julgada*, protegida pelo inciso XXXVI do art. 5.º da Constituição Federal?” BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, p. 111.

<sup>146</sup> “Essa hipótese de ‘inexigibilidade de título’, tal qual criada, é — ao menos é o que o *texto* da lei quer — mais poderosa que qualquer ação rescisória jamais concebida pelo direito nacional. Para ela, basta o reconhecimento de que o título executivo já não pode mais fundamentar uma execução, porque seu substrato jurídico foi declarado *supervenientemente* inconstitucional, em alguma medida, pelo Supremo Tribunal Federal.” BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, p. 111.

limitação de tempo<sup>147</sup> e que passa ao largo da necessária *segurança jurídica* desejável também para as normas processuais.

Interessante observar que o STJ vê no parágrafo único do art. 741 do CPC um meio para equilibrar os *princípios* da coisa julgada e o da supremacia da Constituição, embora o dispositivo tenha aplicabilidade apenas nos casos em que o STF tenha declarado norma *inconstitucional*.<sup>148</sup> Logo, o âmbito de aplicabilidade do aludido preceito legal é limitado às hipóteses de: aplicação de norma em situação tida por inconstitucional ou em sentido inconstitucional, mas desde que se tenha reconhecimento expresso pelo STF em controle difuso ou concentrado.<sup>149</sup>

Aí um grande problema: a redação do preceito legal dá demasiada ênfase ao aspecto da *inconstitucionalidade*, ou seja, só institui um mecanismo de defesa da Constituição para os casos em que se pretenda executar decisão calcada em lei ou

---

<sup>147</sup> “No entanto, uma coisa é admitir a rescisória para questionar a violação a ‘literal dispositivo de lei’ (*rectius*, da Constituição), nos termos do art. 485, V, do Código de Processo Civil, e sujeitar-se ao *regime jurídico* daquela ação. Outra, bem diversa, é admitir que, *a qualquer momento*, se possa declarar que um título executivo judicial já não vale mais, não obstante tenha transitado em julgado, porque, imagino, passados doze anos, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a lei que fundamenta aquela sentença. Um fato pretérito consolidado e estável juridicamente não pode ser apagado para o futuro. Muito menos quando todos os seus efeitos já tenham sido sentidos na ordem prática.” BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, p. 111.

<sup>148</sup> “O parágrafo único do art. 741 do CPC, buscando solucionar específico conflito entre os princípios da coisa julgada e da supremacia da Constituição, agregou ao sistema de processo um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Sua utilização, contudo, não tem caráter universal, sendo restrita às sentenças fundadas em norma inconstitucional [...]” REsp 783.500/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1.ª T., j. 06.04.2006, DJ 24.04.2006, p. 371.

<sup>149</sup> “[...] assim consideraras as que (a) aplicaram norma inconstitucional (1ª parte do dispositivo), ou (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional ou, ainda, (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional (2ª parte do dispositivo). Indispensável, em qualquer caso, que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do Senado), mediante (a) declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (1ª parte do dispositivo), ou (b) mediante declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou, ainda, (c) mediante interpretação conforme a Constituição (2ª parte).” REsp 783.500/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1.ª T., j. 06.04.2006, DJ 24.04.2006, p. 371.

interpretação tidas por inconstitucionais. Entretanto, a falha do dispositivo processual nasce de sua incompletude. Por que não estender o mesmo remédio quando a decisão em vias de ser executada parte da premissa de inconstitucionalidade da norma, para os casos em que o STF reputou-a constitucional? Será que o ordenamento jurídico deve se preocupar apenas com o descumprimento do texto constitucional expresse? Não seria a falta de cumprimento da Constituição, para os casos em que o Supremo afirma a constitucionalidade de uma norma ou interpretação, também pernicioso ao mesmo ordenamento jurídico? Qual a razão do trato desigual de situações semelhantes, já que ambas envolvem igualmente um paradigma constitucional firmado a partir do entendimento de seu intérprete constitucional?

O entendimento que o STJ dá ao preceito não cogita de sua aplicação aos casos em que a decisão exequenda destoe de precedente do STF, mesmo nas hipóteses que o guardião da Constituição tenha reconhecido a *constitucionalidade* de norma, a falta de norma regulamentadora ou mesmo a sua auto-aplicabilidade. Tampouco se poderia admitir a impugnação à execução quando houver a aplicação de norma tida por revogada ou incompatível com o texto constitucional, mesmo que o Supremo já o tenha afirmado.<sup>150</sup>

Mas nem todas as normas têm ou tiveram vida mais longa. Com relação ao art. 19 da Lei 11.033/2004, por exemplo, o Supremo considerou-a atentatória à garantia constitucional da coisa julgada. É que o referido preceito condicionou o levantamento do valor relativo aos precatórios federais à apresentação de certidões negativas das pessoas federadas, da seguridade social, FGTS e dívida ativa da União.<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup> “Estão fora do âmbito material dos referidos embargos, portanto, todas as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, v.g, as que a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado), b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade, c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável, d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora.” REsp 783.500/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1.ª T., j. 06.04.2006, DJ 24.04.2006 p. 371.

<sup>151</sup> “Entendeu-se que o dispositivo impugnado ofende os artigos 5.º, XXXVI, e 100 da CF, por estatuir condição para a satisfação de direito do jurisdicionado que não está contida na norma fundamental da República. Asseverou-se que as formas de a Fazenda Pública obter o que lhe é devido estão estabelecidas

## 9. A segurança jurídica do Estado de direito na coisa julgada

A ligação entre coisa julgada e o Estado de direito é tema que tem aparecido com relativa frequência nos estudos contemporâneos, principalmente com o intuito de valorizar a importância da coisa julgada. De fato, antes de ser a coisa julgada um instituto constitucional, ela é vista por muitos como um atributo inerente ao próprio Estado de direito<sup>152</sup>, ou um meio pelo qual a atividade judicial se liga ao Estado democrático de direito.<sup>153</sup>

Mais que uma decorrência da própria prestação jurisdicional, de onde naturalmente ela se origina, a coisa julgada é da essência do Estado de direito.<sup>154</sup> No

---

no ordenamento jurídico, não sendo possível para tanto a utilização de meios que frustrem direitos constitucionais dos cidadãos. Ressaltou-se, ademais, que **a matéria relativa a precatórios**, tal como tratada na Constituição, **não chama a atuação do legislador infraconstitucional**, menos ainda para impor restrições que não se coadunam com o direito à efetividade da jurisdição e o respeito à coisa julgada.” ADI 3453/DF, Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 30/11/2006. Informativo 450. (Negrito do autor).

<sup>152</sup> “A coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário – obviamente quando se pensa no processo de conhecimento.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*, p. 647.

<sup>153</sup> “Para as atividades do Poder Judiciário, a manifestação do princípio do *Estado democrático de direito* ocorre por intermédio do instituto da *coisa julgada*. Em outras palavras, a coisa julgada é *elemento de existência* do estado democrático de direito.” NERY JR., Nelson. *Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*, pp. 142/143.

<sup>154</sup> “A coisa julgada – reitere-se – não é o atributo essencial da jurisdição. Mas essa constatação não afasta o acerto de outra assertiva: somente o ato jurisdicional (e não o administrativo nem o normativo) pode, em certas condições, tornar-se absolutamente irrevisável. De todo modo, essa é uma afirmação que tem valia jurídico-positiva, e não lógico-jurídica. Não se trata de uma inerência da jurisdição e sim do Estado de Direito, tal como delineado nos modernos ordenamentos [...]” TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua revisão*, p. 47.

compromisso que tem o Estado de direito com a segurança jurídica e a justiça, o ajuste entre ambos os valores se dá de modo pragmático na coisa julgada.<sup>155</sup>

Isso pode explicar o motivo pelo qual os regimes totalitários sempre tiveram um desprezo pela coisa julgada. Alvaro de Oliveira recorda que no nacional-socialismo alemão (o regime nazista) *coisa julgada material* também foi fruto de ataques em nome da “possível injustiça da sentença”<sup>156</sup>, embora tal pensamento não tivesse paralelo com o que hoje se pretende fazer pela *desconsideração* à coisa julgada<sup>157</sup>, questão da maior gravidade.<sup>158</sup>

Se é possível aquilatar a segurança jurídica no aspecto *estático* do direito, mediante a qualidade e características de seus atos normativos, da mesma forma é verificada a contribuição para a segurança jurídica de modo *dinâmica*. Tal ocorre quando se realiza a prestação jurisdicional e se propicia a ocorrência da coisa julgada. É

---

<sup>155</sup> “A segurança jurídica trazida pela coisa julgada material, é manifestação do Estado democrático de direito (CF, art 1 °, *caput*). Entre o *justo absoluto*, utópico, e o *justo possível*, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (*justo possível*), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material.” NERY JR., Nelson. *Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*, p. 145.

<sup>156</sup> “Também constitui arquétipo dessa linha de atuação o total enfraquecimento da coisa julgada material em virtude de possível injustiça da sentença. Chegou-se mesmo, em virtude da lei de cooperação do Ministério Público em matéria civil (Gesetz über die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürgerlichen Rechtssachen), de 15 de julho de 1941, a conceder ao Procurador-Geral do Reich (Oberreichsanwalt) a faculdade de requerer a revisão do procedimento, dentro do prazo de um ano, em relação a todas decisões transitadas em julgado, ‘se existirem graves dúvidas fáticas ou jurídicas contra a correção da decisão e considerada necessária a renovação do processo em razão do seu significado especial para a comunidade popular.’ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*, pp. 189/190.

<sup>157</sup> “Anoto-se, por oportuno que, mesmo com a ditadura totalitária no nacional-socialismo alemão, que não era fundada no Estado *democrático* de direito, como é curial, os nazistas não ousaram ‘desconsiderar’ a coisa julgada. Criaram uma nova causa de rescindibilidade da sentença de mérito para atacar a coisa julgada. Mas, repita-se, respeitaram-na e não a desconsideraram.” NERY JR., Nelson. *Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*, p. 151.

<sup>158</sup> “No Brasil, que é república fundada no Estado democrático de direito, o intérprete quer desconsiderar a coisa julgada nos casos em que ele *acha* que deva fazê-lo; o intérprete quer ser pior do que os nazistas.” NERY JR., Nelson. *Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*, p. 151.

que se havia certeza com a norma, o conflito de interesses rompe com essa situação, instaurando a incerteza que caracteriza um processo. Com o advento da sentença, pondo termo ao conflito, restaura-se a segurança pela forma prevista no ordenamento jurídico<sup>159</sup>. Assim, a coisa julgada produz segurança jurídica por solucionar o caso concreto, de maneira estável, a partir da integração do sentido de normas abstratas<sup>160</sup>.

Por outro lado, a coisa julgada também deriva de razões de ordem prática, como evitar que a função jurisdicional tenha que atuar repetidas vezes. Seria realmente impraticável que a questão trazida ao conhecimento judicial pudesse ser renovada tão logo o processo acabasse.<sup>161</sup> É importante a existência de um mecanismo, na prestação jurisdicional devida pelo Estado, que trabalhe para suprir a necessidade de segurança nas relações sociais e evite a perenização das discussões jurídicas.<sup>162</sup>

Todo processo caminha para um fim. Ele não pode ser um meio de perpetuação de incertezas, principalmente aquelas que o processo judicial já resolveu e

---

<sup>159</sup> “É fato que as leis nos dão *segurança objetiva* [...]. Então, a autoridade da coisa julgada tem também a eficácia de restaurar a segurança objetiva da lei e a certeza subjetiva do Direito. Ocorre aqui um processo dialético: a tese é a Lei, traz segurança; a antítese é o conflito, o dissídio que gera incertezas; já não existe mais segurança, a lei não garante concretamente, a coisa julgada, como síntese, virá restaurar a segurança e tornar-se, assim, nova tese, como fonte material do Direito.” MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio. *Segurança jurídica e jurisprudência*, p. 37.

<sup>160</sup> PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*, p. 96.

<sup>161</sup> “À parte sua conotação de garantia individual, a coisa julgada também desempenha papel relevante na racionalização da atuação estatal: dispensa os órgãos jurisdicionais de ter de trabalhar mais de uma vez sobre o mesmo objeto.” TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 63.

<sup>162</sup> “[...] a coisa julgada é fenômeno ligado a razões de ordem menos *lógica* do que *prática*; em termos mais concretos, à conveniência de dar estabilidade à tutela jurisdicional dispensada, para evitar que permaneçam indefinidamente em xeque a certeza jurídica e a paz social. Ora, essa necessidade prática não se faz sentir com menor intensidade que alhures nos casos em que haja sido impossível averiguar de modo exaustivo a realidade fática.”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento e ônus da prova*, in Temas de Direito Processual (segunda série), p. 81.

sepultou com um julgamento irrevocável.<sup>163</sup> Aliás, há bastante tempo a ciência processual já via no processo a finalidade de produção de certeza.<sup>164</sup>

Assim, uma decisão judicial não deve ser indiscutível apenas por aspectos formais. Ela também ganha força e aumenta a sua legitimidade quando, resolvendo o conflito que motivou a judicialização da controvérsia, culmina por gerar a certeza do direito.<sup>165</sup> E essa solução processual, trazendo certeza é, em última análise, segurança jurídica.<sup>166</sup> E a segurança jurídica aparece como um valor maior e se impõe ainda sobre as aparentes injustiças que são os julgamentos já transitados em julgado.<sup>167</sup>

Daí que, tanto do ponto de vista formal como do anseio dos litigantes, o processo deve gerar certezas que produzam como resultado a segurança jurídica<sup>168</sup>, pois

---

<sup>163</sup> “[...] o direito evita a situação de extrema complexidade que geraria incertezas e faria perigar a própria integridade dos direitos e obrigações da ordem substancial e a fidelidade do processo aos seus objetivos.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 181.

<sup>164</sup> “Tal produção da certeza jurídica como fim em si mesma é, de um lado, a mais autônoma função do processo, porque acarreta um bem de outra forma inatingível; de outro, é na verdade a sua mais elevada função.” CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 261.

<sup>165</sup> Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional*. In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano 5, n. 17, outubro-dezembro de 1996, p. 50.

<sup>166</sup> MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio. *Segurança jurídica e jurisprudência*, p. 19.

<sup>167</sup> “Pode-se lamentar a circunstância; pode-se reconhecer que, em hipóteses tais, é maior o perigo de consagrar-se em definitivo uma injustiça. O que não se pode é tirar daí argumento para sacrificar a exigência da segurança nas relações sociais, a cuja satisfação se ordena a coisa julgada.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento e ônus da prova*, p. 81.

<sup>168</sup> “O que efetivamente se acrescenta à situação jurídico-material existente entre as partes é a segurança jurídica, como efeito do exercício imperativo do poder estatal no processo. [...] Mas essa segurança não é algo de novo, do ponto-de-vista substancial. Ela constitui fator social de eliminação de insatisfações, jamais fator jurídico de acréscimo patrimonial. Elimina as incertezas que angustiam e sufocam conflitos entre as pessoas. Tem-se essa situação de certeza, ou segurança jurídica, tanto no caso de reconhecimento judicial da existência de direitos e obrigações, como quando a existência é negada [...]” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 194.

a jurisdição também se insere dentro desta tarefa de prover a *segurança* a que é chamado o Estado de direito.<sup>169</sup>

A relevância desse papel gerador de segurança jurídica em concreto aparece quando se percebe que o ordenamento jurídico permitiu que os poderes revisassem suas atividades, mas só o judiciário pudesse fazê-lo com caráter de definitividade: para si e também para os demais.<sup>170</sup> Daí que a atividade jurisdicional, mormente quando culmina na formação da coisa julgada, põe a salvo do restante da atividade administrativa aquilo que se encontra *sub judice*.<sup>171</sup>

Também sob o ponto de vista do beneficiário da jurisdição, das partes litigantes, a coisa julgada propicia segurança jurídica: a relação jurídica submetida à análise do poder judiciário ganha uma forma específica de estabilidade que a imuniza tanto do restante da atividade estatal — como salientado anteriormente — como da pretensão dos cidadãos que venham a ingressar em juízo.<sup>172</sup> É também a conclusão a que se chega a partir da leitura do *extracto* da Sentença 54/2002 do Tribunal

---

<sup>169</sup> “Some-se a isso a importância que assume, no campo das relações econômicas, a *oferta de segurança pelo Estado*. Nas relações entre Estado, agentes econômicos, usuários e consumidores, torna-se cada vez mais relevante a definição clara de marcos regulatórios, assim como a definição de planos e metas objetivos e estáveis. Ainda outro ângulo presta-se a realçar o valor da segurança jurídica no Estado atual. A superação do Estado liberal não implicou a depreciação da segurança jurídica no catálogo de direitos e garantias. Apenas lhe acrescentou novas dimensões.” TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 63.

<sup>170</sup> Principalmente se for considerado o princípio constitucional da plenitude da jurisdição (art. 5.º, inc. XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

<sup>171</sup> “O aspecto nuclear consiste em uma verdadeira ‘reserva de sentença’: apenas um pronunciamento jurisdicional pode remover ou modificar outro pronunciamento jurisdicional. Os comandos contidos na sentença apenas podem ser revogados, alterados ou declarados ilegítimos mediante outras pronúncias jurisdicionais. Por isso, nem o ato privado nem o provimento administrativo ou legislativo podem incidir direta e imediatamente sobre uma sentença, de modo a cassá-la ou reformá-la.” TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 48.

<sup>172</sup> “Por um lado, a coisa julgada constitui uma garantia individual: na perspectiva do jurisdicionado, ela se presta a conferir estabilidade à tutela jurisdicional obtida.” TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 51.

Constitucional espanhol, ocasião em que este afirmou que o princípio da segurança jurídica reclama a intangibilidade das decisões cobertas pela força da coisa julgada.<sup>173</sup>

Interessante verificar que parcela da doutrina põe a *segurança jurídica* da coisa julgada num patamar superior ao direito posto, tendo em vista que aquela se fez em decorrência da aplicação deste.<sup>174</sup> O caso julgado, formado mediante procedimento participativo das partes interessadas é pois, a valorização de um direito estático e abstrato contido nas leis.<sup>175</sup>

## 10. A segurança jurídica da coisa julgada como valor constitucional

A coisa julgada emerge como um valor constitucional<sup>176</sup> eis que consagrada expressamente em seu texto como algo protegido da ação legislativa (art. 5.º, inc. XXXVI). Talamini inclusive afirma que por ter a referência à coisa julgada constado no rol dos direitos e garantias fundamentais, nem mesmo o poder constituinte derivado poderia acabar com o instituto<sup>177</sup>, afirmação que já aparecera antes na obra de

---

<sup>173</sup> “El principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) reclama la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas; no sólo las decididas con fuerza de cosa juzgada, sino también las situaciones administrativas firmes (SSTC 45/1989, 180/2000), 289/2000.”

<sup>174</sup> “Vemos, pois, que a segurança dada pela coisa julgada é superior à da lei, porquanto esta, tendo caráter genérico e abstrato, deve se concretizar no caso singular; então, a lei geral é particularizada pela interpretação, e a decisão, afirmando o que é certo, o que é justo, aplica corretamente a lei e restaura a segurança; entretanto, já não é mais a mesma lei, mas lei aperfeiçoada; por isso que a jurisprudência aperfeiçoa as leis e os juristas, em geral, não soem invocar somente a lei, mas também os casos julgados à sua luz.” MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio. *Segurança jurídica e jurisprudência*, p. 37.

<sup>175</sup> “[...] toda vez que um caso é julgado este acresce um plus à Lei; é um acréscimo valorativo. Um dos efeitos da Jurisprudência, como doutrina originária e exclusiva dos Tribunais, é precisamente o de *valorizar a lei*.” MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio. *Segurança jurídica e jurisprudência*, p. 37.

<sup>176</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua revisão*, p. 50.

<sup>177</sup> “Ainda que não mediante fórmula explícita, o dispositivo consagra como garantia constitucional o próprio instituto da coisa julgada. E, revestindo-se de tal condição, a coisa julgada não pode ser

Tesheiner que via na coisa julgada uma “cláusula pétrea” ou algo impossível de ser objeto de emenda constitucional.<sup>178</sup>

Essa primeira aproximação denota a importância da coisa julgada dado não ser ela apenas mais um instituto ou regra processual, estas últimas tantas vezes reconhecidas como contornáveis, flexibilizáveis ou relativizáveis.<sup>179</sup> Tendo o texto constitucional reconhecido a coisa julgada como eficácia necessária a algumas sentenças judiciais, naturalmente tal situação gera conseqüências no mundo jurídico.

A Constituição, quando pôs a coisa julgada fora do alcance das modificações legislativas, quis consagrar não a intangibilidade das decisões judiciais mas ressalvar as hipóteses em que a lei admitiria a sua cisão. Não foi dito, no texto constitucional que uma vez produzida a coisa julgada ela seria inalterável, nem esse conceito de imutabilidade existe na doutrina.<sup>180</sup> Mas é claro que ao por a coisa julgada a salvo da lei também significa assegurar constitucionalmente a liberdade do poder judiciário para exercer amplamente suas funções e com isto impedir que o resultado de sua atividade, a *jurisdição*, fique comprometida por ação deliberada do poder legislativo.

---

suprimida da Constituição nem sequer mediante emenda constitucional (CF, art. 60, § 4.º, IV).” TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 51.

<sup>178</sup> “O respeito ao direito adquirido e à coisa julgada constitui cláusula pétrea, que não pode sequer ser objeto de emenda constitucional (CF, art. 60, § 4.º, IV). A resposta afirmativa implicaria a possibilidade de edição de leis retroativas, que iriam reger fatos passados, desconstituindo direitos subjetivos e sentenças trânsitas em julgado.” TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, p. 171.

<sup>179</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Notas sobre o Conceito e a Função Normativa da Nulidade*, p. 139.

<sup>180</sup> “[...] a idéia de coisa julgada material não contém em si a de imutabilidade, no sentido de que nada possa sobrevir que a modifique.” TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, p. 164.

É evidente que a legislação federal (art. 22, inciso I da Constituição) poderá determinar, dimensionar e limitar a ocorrência da coisa julgada<sup>181</sup>, mas sempre diante da perspectiva de que esta não pode ser eliminada do sistema jurídico<sup>182</sup> por ter tido assento dentre os direitos e garantias constitucionais.<sup>183</sup> Fora dessas hipóteses a coisa julgada permanece como sinal de segurança jurídica, elemento estabilizador das demandas já julgadas e gerador da almejada paz social.<sup>184</sup>

Diga-se de passagem que as regras processuais, no seu aspecto formal, consagram o procedimento como meio estruturante e organizador do processo, verdadeiro veículo dos valores constitucionais.<sup>185</sup> Nesta perspectiva o processo passa a ser também um meio para harmonizar princípios constitucionais, visando à efetividade e à segurança jurídica.<sup>186</sup>

Logo, lei que modificasse a coisa julgada a ponto de aniquilá-la ou dificultar a sua ocorrência ao extremo importaria a incompatibilidade implícita com a norma constitucional que protege a autoridade da coisa julgada. Compreendendo esta

---

<sup>181</sup> “[...] a precisa definição do regime da coisa julgada é tarefa do legislador infraconstitucional.” TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 52.

<sup>182</sup> “Não parece razoável supor que o legislador infraconstitucional possa vir a abolir integralmente a coisa julgada, consagrando a possibilidade permanente de revisão de todo e qualquer pronunciamento da jurisdição.” TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 52.

<sup>183</sup> “A Constituição impõe a premissa de que o modelo processual jurisdicional contemplará a coisa julgada.” TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 52.

<sup>184</sup> “[...] o direito evita a situação de extrema complexidade que geraria incertezas e faria perigar a própria integridade dos direitos e obrigações da ordem substancial e a fidelidade do processo aos seus objetivos.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 181.

<sup>185</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*, pp. 61/62.

<sup>186</sup> “Atualmente [...] a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão [...]. Basta pensar na permanente disputa entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, p. 31.

magnitude é que um dos mais autorizados processualistas afirmou ser a coisa julgada instituto pertencente ao direito constitucional.<sup>187</sup>

Portanto importa manifesta incompreensão da natureza constitucional da coisa julgada a subversão da decisão por ela coberta pela mera ocorrência de decisão posterior definitiva sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma ou preceito necessário à conformação daquele julgamento anterior. Se algum ato normativo recebe um juízo de conformidade com a Constituição é porque isto é, dentro do sistema jurídico, um parâmetro relevante e necessário para a prestação jurisdicional. Algo assim é produzido de acordo com o ordenamento vigente.

---

<sup>187</sup> “Não se quer dizer com isso, naturalmente, que a lei não possa de modo expresse modificar o direito também para as relações já decididas com sentença passada em julgado; pode a lei certamente fazer também isso, mas uma disposição sua em tal sentido teria a significação de uma ab-rogação implícita — na medida correspondente — da norma que sancionou o princípio da autoridade da coisa julgada. Isto é, uma lei nova pode excepcionalmente e com norma expressa ter, não só eficácia retroativa, mas também aplicação às relações já decididas com sentenças passadas em julgado; isso, porém, não significaria um grau maior de retroatividade, e sim, antes, uma abolição parcial da autoridade da coisa julgada acerca das mesmas sentenças, cujo *comando*, perdendo o atributo da imutabilidade, cairia em face das novas regras dispostas pela lei para as relações já decididas. Por isso, o instituto da coisa julgada pertence ao direito público e mais precisamente ao direito constitucional.” LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, pp. 54/55.

## PARTE II — A CRISE DA SEGURANÇA JURÍDICA

### 11. Processo, jurisdição e coisa julgada

É perceptível na doutrina processual brasileira a devoção à *efetividade*<sup>188</sup>, valor que também tem sido a tônica das alterações da legislação processual civil.<sup>189</sup> Tendo como rumo a busca pela justiça e com ânimo pela celeridade outros valores foram sistematicamente esquecidos: a tutela jurisdicional imediata era algo que por si só se justificava, um conceito que pairava acima dos demais e em nome do qual tudo se justificaria. Custou-se a perceber que a despeito da importância da velocidade da jurisdição esta não seria suficiente para resolver seus problemas. Tampouco a rapidez na prestação jurisdicional servia a um estudo mais aprofundado dos temas relativos aos valores nem realizava a desejada justiça. Gradativamente, entretanto, foi surgindo espaço para o estudo da realidade processual conjuntamente com outros princípios igualmente relevantes, dentre os quais se destaca a segurança jurídica.<sup>190</sup>

Provavelmente o instituto jurídico em que o valor segurança jurídica mais se torne palpável, com grandes reflexos no direito constitucional — por expressa

---

<sup>188</sup> “Nesta linha de evolução, consentânea com a consciência do caráter público do processo, insere-se também o *valor da efetividade*, igualmente significativo na sua conformação, a ganhar cada vez mais lugar destacado nas preocupações da doutrina.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*, p. 70.

<sup>189</sup> “A tendência vem sendo, ao longo do tempo, e principalmente nos últimos trinta anos, a de criar meios para que o processo possa gerar resultados mais rapidamente.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 295.

<sup>190</sup> “Impõe-se, portanto, a análise dos valores mais importantes para o processo, entre os quais, segundo pensamos, alinham-se o valor justiça, valor da paz social, valor segurança e valor efetividade.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*, p. 65.

determinação do texto constitucional — e no processo civil, será na coisa julgada.<sup>191</sup> Embora ela não seja em si o objetivo da jurisdição<sup>192</sup>, o seu elemento caracterizador<sup>193</sup> e nem simplesmente o resultado de um procedimento legalmente disciplinado, a verdade é que a coisa julgada, em que pese a ter sido conceito constitucionalizado, sempre figurou como preocupação dos estudiosos do processo. Mas isto não foi suficiente para dar a devida atenção à segurança jurídica como elemento conformador da coisa julgada — o que decorre não só da magnitude constitucional do instituto, mas também de razões de outra ordem adiante explicitadas.

É preciso advertir, de antemão, não ser o propósito do presente escrito propor um novo estudo da coisa julgada a partir das categorias do direito processual. É inegável a relevância do assunto sob o prisma processual, mas é desnecessário lembrar que muitos já o fizeram com grande brilho<sup>194</sup> e outros ainda se dedicam a fazê-lo. Não obstante, o que merecerá a abordagem será a relevância que a segurança jurídica tem para a coisa julgada, tanto nos seus fundamentos valorativos como na sua preservação.

Assim, o trato do tema busca fazer um contraponto ao pouco caso que ultimamente vem sendo devotado à coisa julgada. Principalmente no contexto atual, uma época marcada pela absoluta relativização de tudo, em que tampouco a coisa

---

<sup>191</sup> “A atribuição da autoridade da coisa julgada decorre de opção política entre dois valores: a segurança, representada pela imutabilidade do pronunciamento, e o ideal de justiça, sempre passível de ser buscado enquanto se permita o reexame do ato.” TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 47.

<sup>192</sup> “Quando se passa a pensar na coisa julgada como objetivo institucional do exercício da jurisdição, tem-se todos os males e mais a ingenuidade da aceitação de algo que vem de fora do sistema como se resultasse de alguma força dele próprio. Não é o procedimento que dita a imunização das decisões que ele próprio produz, mas algo que o antecede e no qual ele busca apoio, ou seja, as normas de direito positivo que instituem a autoridade da coisa julgada material (no caso brasileiro, garantida erigida a nível constitucional); [...] A coisa julgada, não sendo efeito da sentença mas a autoridade de que os seus efeitos se revestem, jamais poderia ser considerada (também por esse motivo) como um objetivo em si mesmo.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 180.

<sup>193</sup> “A coisa julgada – reitere-se – não é o atributo essencial da jurisdição [...] De todo modo, essa é uma afirmação que tem valia jurídico-positiva, e não lógico-jurídica. Não se trata de uma inerência da jurisdição e sim do Estado de Direito [...]” TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 47.

<sup>194</sup> Vide, a propósito: TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*.

julgada — expressão de um valor constitucional, imposição de uma necessidade prática e signo concreto de segurança jurídica — fica a salvo das investidas daqueles que sistematicamente procuram diminuí-la. É por causa disso, desses ataques e incursões corrosivas que se pretende olhar para a coisa julgada a partir dos elementos valorativos que a compõem, em especial no âmbito constitucional, e em decorrência disso saber se a chamada *relativização* está de acordo com o conjunto de princípios que sustentam a coisa julgada como valor constitucionalizado.

## 12. Segurança jurídica e a excepcionalidade da ação rescisória

A noção de segurança jurídica e a afirmação do valor da coisa julgada não eliminam o cabimento da ação rescisória, até porque a jurisprudência do STF vê na rescisória um ajuste entre a segurança jurídica e a uma idéia de justiça.<sup>195</sup> De outra parte, a rescisória é também um meio de correção das decisões judiciais, de um ponto de vista objetivo, dado que as hipóteses de rescisão da coisa julgada são todas previstas de maneira clara e objetiva.<sup>196</sup>

---

<sup>195</sup> “Sob uma perspectiva constitucional, ao analisar o instituto da rescisória temos dois valores em confronto. De um lado a segurança jurídica. Do outro, temos uma manifestação do devido processo legal, qual seja o compromisso do sistema com a prestação judicial correta, não viciada. Na realidade, o instituto da rescisória atende à efetiva realização da idéia de Justiça.” RE 328.812 ED/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, Seção *Transcrições*, do Informativo STF 498.

<sup>196</sup> “Isso pode ser extraído das hipóteses de admissibilidade da rescisória descritas no art. 485 do CPC. Sem dúvida, de uma leitura “positiva” dos incisos que compõem o art. 485, depreende-se que o sistema busca, entre outros aspectos, sentenças proferidas por juízes honestos (incisos I e II), que sejam harmônicas em relação a outros pronunciamentos judiciais (inc. IV), que tenham substrato probatório consistente (VI, VII e VIII), e que respeitem a ordem legal objetiva (V), etc. Não observados tais objetivos, o sistema estabelece uma via processual de correção, nas hipóteses específicas do art. 485 do CPC.” RE 328.812 ED/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, Seção *Transcrições*, do Informativo STF 498.

A ação rescisória é, pois, uma *válvula de segurança* do sistema judicial, bem delimitada e cercada de limites, para expurgar as decisões viciadas e ao mesmo tempo atender aos ditames da segurança jurídica.<sup>197</sup>

Existe a possibilidade de o legislador federal definir os contornos da coisa julgada<sup>198</sup>, permitindo pensar na limitação de sua ocorrência, no estabelecimento de hipóteses de nulidade, bem como no prazo para exercício de ação voltada à sua revisão.<sup>199</sup> Mas definitivamente isso não se traduz na liberdade para a sua eliminação nem para o esvaziamento material do instituto mediante a possibilidade de revisão constante dos julgados.<sup>200</sup> Daí que a tensão entre a segurança — determinada pela coisa julgada — e a justiça, desejada pela parte, pode ser resolvida pela fixação de um prazo para a revisão das sentenças tal como decidira o tribunal constitucional espanhol (ementa da Sentença 158/1987).<sup>201</sup>

---

<sup>197</sup> “Ou seja, a partir da rescisória, constrói o legislador uma espécie de válvula de segurança, uma última via de correção para o sistema judicial. Uma via restrita, certamente, sujeita a prazo e a hipóteses específicas, tendo em vista aquela perspectiva de resguardo da segurança jurídica.” RE 328.812 ED/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, Seção *Transcrições*, do Informativo STF 498.

<sup>198</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 52.

<sup>199</sup> “Temos por certo que a lei pode alterar o instituto da coisa julgada, restringindo-a em certos casos, aumentando o prazo para a propositura de ação rescisória, estabelecendo novos casos de sentenças nulas, que não transitam em julgado, e criando novos remédios processuais para desconstituí-la.” TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, p. 171.

<sup>200</sup> “Não parece razoável supor que o legislador infraconstitucional possa vir a abolir integralmente a coisa julgada, consagrando a possibilidade permanente de revisão de todo e qualquer pronunciamento da jurisdição. Nem mesmo se essa abolição total tivesse eficácia *ex nunc*, de modo a preservar as coisas julgadas anteriormente estabelecidas, ela seria admissível [...] *A Constituição impõe a premissa de que o modelo processual jurisdicional contemplará a coisa julgada [...]*” TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 53.

<sup>201</sup> “La tensión entre seguridad y justicia, latente en el problema de la revisión de las Sentencias firmes, permite considerar que el establecimiento de un plazo para el ejercicio de la acción revisora es en si mismo constitucionalmente legítimo, en cuanto preserva o tiende a preservar un valor o un principio constitucional como es el de la seguridad jurídica, plasmado aquí en la santidad de la cosa juzgada.” [http://www.boe.es/t/es/bases\\_datos\\_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1987-0158](http://www.boe.es/t/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1987-0158)

Cândido Rangel Dinamarco, há alguns anos já havia se manifestado sobre a ação rescisória como uma medida excepcional a ser exercida *exclusivamente* dentro do prazo decadencial a ela reservado.<sup>202</sup> É que a coisa julgada é o acerto possível para a solução dos conflitos entre a justiça e a segurança dos valores sociais<sup>203</sup>, diante de uma opção política que necessariamente se faz na conformação do sistema jurídico.<sup>204</sup>

Interessante frisar que o prazo para o ajuizamento da rescisória e a segurança manifestada pela coisa julgada são tão relevantes para o ordenamento jurídico que numa das poucas vezes que o STF censurou o poder executivo, na edição de medidas provisórias, o fez porque este lançara mão daquele expediente legislativo com o intuito de dilatar (na verdade reabrir) o prazo de desconstituição das ações cobertas pela coisa julgada, ampliando as possibilidades para a utilização da rescisória.<sup>205</sup>

É curioso que o instrumento normativo fulminado também se destinava a um objetivo justo: desconstituir ações em que o poder público havia sido condenado a suportar indenizações milionárias ou desarrazoadas. No entanto, mesmo em tais casos o Supremo entendeu que os motivos não seriam relevantes nem compatíveis com o devido processo legal. É que além de reabrir o prazo para as ações, mediante instrumento legislativo de urgência, que o prazo para a ação para o ente público seria maior que o

---

<sup>202</sup> “[...] a coisa julgada. No processo civil, ela é suscetível de infringência pela via da ação rescisória, quer se trate de sentença que acolhera ou rejeitara a demanda. E a ação rescisória ainda é marcada pela excepcionalidade, sendo juridicamente admissível somente nos casos tipificados em lei e pelo biênio nela estabelecido.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 74.

<sup>203</sup> “Havendo choque entre esses dois valores (justiça da sentença e segurança das relações sociais e jurídicas), o sistema constitucional brasileiro resolve o choque, optando pelo valor segurança (coisa julgada), que deve prevalecer em relação à justiça, que será sacrificada (*Veropferungstheorie*).” NERY JR., Nelson. *Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*, p. 152.

<sup>204</sup> “Essa é a razão pela qual, por exemplo, não se admite ação rescisória para corrigir injustiça da sentença. A opção é *política*: o Estado brasileiro é democrático de direito, fundado no respeito à segurança jurídica pela observância da coisa julgada. Poderíamos ter optado politicamente por outro sistema, como, por exemplo, o regime nazista, no qual prevalecia a sentença *justa* (sob o ponto de vista do *Führer* e do *Reich* alemão) em detrimento da segurança jurídica.” NERY JR., Nelson. *Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*, p. 152.

<sup>205</sup> ADInMC 1.753-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16/4/98.

dobro daquele deferido ao cidadão para corrigir a coisa julgada mal-formada.<sup>206</sup> Parece, portanto, que o ordenamento jurídico almeja uma estabilidade nas demandas e não há fundamento suficiente para a superação do prazo ordinariamente estabelecido para as ações rescisórias.

Por essas razões está plenamente justificado o precedente do STJ que de forma enérgica determina o indeferimento da inicial sempre que for constatada a superação do prazo para o ajuizamento da ação.<sup>207</sup>

---

<sup>206</sup> Por unanimidade, o Tribunal deferiu medida cautelar em ação direta ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, para suspender a eficácia do art. 4º e seu parágrafo único, da MP nº 1.632-11/98 ("O direito de propor ação rescisória por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, bem como das autarquias e das fundações instituídas pelo Poder Público extingue-se em cinco anos, contados do trânsito em julgado da decisão. Parágrafo único - Além das hipóteses referidas no art. 485 do Código de Processo Civil, será cabível ação rescisória quando a indenização fixa da em ação de desapropriação, em ação ordinária de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, e também em ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público, em especial aqueles destinados à proteção ambiental, for flagrantemente superior ao preço de mercado do bem objeto da ação judicial."). **O Tribunal reconheceu, excepcionalmente, a ofensa aparente ao art. 62, caput, da CF**, ("Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, ..."), pela falta de urgência necessária à edição da Medida Provisória impugnada. **Considerou-se também relevante a tese de ofensa aos princípios** da isonomia e **do devido processo legal**, pela disparidade entre o prazo de 5 anos de que dispõe o Estado para o ajuizamento de ação rescisória em face do prazo decadencial de 2 anos previsto para o particular (CPC, art. 495). Precedente citado: ADInMC 162-DF (DJU de 19.9.97)." ADInMC 1.753-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 16/4/98. (Negrito do autor).

<sup>207</sup> "Será indeferida a petição inicial "quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição" (art. 295, IV, do CPC)." EDcl nos EDcl no AgRg na AR .911/MG, Rel. Min. Castro Meira, 1.ª Seção, j. 08.03.2006, DJ 20.03.2006 p. 176.

### 13. Limites à revisão da coisa julgada

À medida que as pessoas conscientizam-se de seus direitos e da viabilidade de sua efetivação, notando descompassos entre o direito abstrato e as necessidades concretas, elaboram meios para deduzir suas pretensões, manifestando seus anseios em demandas até então inexistentes.<sup>208</sup> Agrega-se a isto também a complexidade da vida moderna, por natureza dinâmica, que acaba por gerar situações desafiadoras, de sorte a provocarem soluções novas e a perspectiva de mudanças.<sup>209</sup>

Para corrigir deficiências e eliminar problemas antigos pode surgir a necessidade de alterações e reformas, que resolvam o sentimento de insatisfação.<sup>210</sup> A postura evolutiva e inconformada com as falhas é, por si só, louvável.<sup>211</sup> Todavia, não se deve esquecer ou culpar os valores e princípios tradicionais como responsáveis pelos problemas contemporâneos.<sup>212</sup> Não se muda pelo simples prazer de mudar: a mudança deve ser a resposta adequada e proporcional a um conflito que não pode ser resolvido de maneira mais simples.

---

<sup>208</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A justiça no limiar do novo século*, p. 69.

<sup>209</sup> “Somem-se a isso fatores como a crescente complexidade da vida econômica e social, o incremento dos contactos e das relações internacionais, a multiplicação de litígios com feição nova e desafiadora, a fazer aguda a exigência de especialização e de emprego de instrumentos diversos dos que nos são familiares, e ficará evidente que não há como fugir á necessidade de mudanças sem correr o risco de empurrar para níveis explosivos a crise atual, em certos ângulos já assustadora.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A justiça no limiar do novo século*, p. 69.

<sup>210</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A justiça no limiar do novo século*, p. 69.

<sup>211</sup> “[...] as necessidades de mudança são, cada vez mais, indispensáveis contemporaneamente, em razão da rapidez com que a sociedade vem se modificando.” GUSSI, Evandro. *A segurança na Constituição*, p. 89.

<sup>212</sup> “[...] mas, como toda disposição espiritual do gênero, sujeita-se ao risco de enganos e desvios, que cumpre a todo custo prevenir. Seria profundamente lamentável que a vontade, tão legítima, de mudar nos induzisse a uma rejeição indiscriminada e irracional dos princípios e valores legados pela tradição, como se a causa das mazelas atuais se devesse enxergar neles mesmos, e não, ao contrário – segundo vem acontecendo, com certeza, em mais de um caso -, na compreensão deturpada, ou na insuficiente atuação, de uns e outros.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A justiça no limiar do novo século*, p. 69.

Não será em razão de eventuais problemas práticos que se apresentem ao intérprete que este estará liberado para construir saídas que passem pela ordinarização da ação rescisória, visando assim remover ou solucionar um problema de difícil solução em consequência do advento da coisa julgada. É necessário lembrar, pois, que a rescisória é a exceção<sup>213</sup> e a coisa julgada, uma vez definitivamente aperfeiçoada, é regra que só poderá ser rompida dentro dos limites legais — até porque a técnica corretamente empregada é instrumento para a obtenção da justiça.<sup>214</sup>

#### 14. Rescisórias de sentenças contrárias ao entendimento do STF

A doutrina reconhece o cabimento da ação rescisória de sentenças proferidas em contrariedade ao entendimento do STF, diante da supremacia da Constituição e da autoridade do pronunciamento desse tribunal: sendo a Constituição o que diz a jurisprudência do STF afirmar o contrário significa contrariar o texto constitucional.<sup>215</sup>

Todavia, o mero fato de ser a coisa julgada *inconstitucional* não é por si só legítimo motivo para a sua revisão<sup>216</sup>, sendo de pouca serventia a invocação pura e

---

<sup>213</sup> “A ação rescisória é um instrumento típico e excepcional em face da garantia da coisa julgada; a norma geral e a da impossibilidade da desconstituição da sentença revestida dessa autoridade.” TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 142.

<sup>214</sup> “Longe de constituir empecilho à consecução dos fins de justiça, a que todo processo deve sem dúvida tender, ela aplanar, quando corretamente manejada, o caminho para aquela meta.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A justiça no limiar do novo século*, p. 70.

<sup>215</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, pp. 134/135.

<sup>216</sup> “[...] não será em todo caso de ‘coisa julgada inconstitucional’ que se legitimará a quebra da coisa julgada. Caberá aplicar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de concretamente definir quais valores constitucionais devem prevalecer: o da segurança jurídica, de que a coisa julgada é instrumento, ou aqueles afrontados pelo pronunciamento ‘inconstitucional’.” TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 562.

simples da ofensa ao *princípio da isonomia* para buscar novo julgamento de acordo com a ótica da constitucionalidade: o próprio ordenamento jurídico admite a existência de decisões diferentes sobre questões análogas sem que isto importe qualquer estremecimento de relações jurídicas ou a quebra da higidez de nosso sistema processual.<sup>217</sup>

O mesmo entendimento é encontrado nos fundamentos da sentença 54/2002, do Tribunal Constitucional Espanhol que por razões de segurança jurídica se nega a revisar as decisões cobertas pela coisa julgada, ainda que estas tenham tomado como base legislação reconhecida como inconstitucional.<sup>218</sup> A premissa desse raciocínio tem por base a idéia de que uma declaração de inconstitucionalidade, por razões de segurança jurídica, deva ter eficácia prospectiva para não ferir situações jurídicas consolidadas, não só aquelas cobertas pela coisa julgada mas também aquelas que a atividade administrativa consolidou.<sup>219</sup>

---

<sup>217</sup> “Por outro lado, o princípio da isonomia, por si só, não parece servir de fundamento axiológico suficiente para a quebra atípica da coisa julgada quando há diversidade de decisões para causas homogêneas. A idéia de que nas causas reiterativas (questões tributárias, previdenciárias, de servidores públicos etc.) a coisa julgada deveria ser, *de lege lata*, mitigada ou eliminada, *em vista da tão-só diversidade de julgados*, pode ir contra a própria essência do acesso à justiça e do devido processo legal. A circunstância de diferentes sujeitos em situações juridicamente homogêneas ficarem submetidos a soluções jurisdicionais distintas é ineliminável. É o preço que se paga para se ter um sistema em que *cada um possa fazer valer individualmente suas pretensões*.” TALAMINI, Eduardo. *Cosa julgada e sua revisão*, p. 593.

<sup>218</sup> “[...] el alcance em el tiempo de nuestra declaración de nulidad, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), al que responde la previsión contenida en el art. 40.1 LOTC, según el cual las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes «no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada» en los que se haya hecho aplicación de las leyes inconstitucionales.” <http://www.boe.es/boe/dias/2002/04/03/pdfs/T00088-00094.pdf>

<sup>219</sup> “Ahora bien, La modulación del alcance de nuestra declaración de inconstitucionalidad no se limita a preservar La cosa juzgada. Más allá de ese mínimo impuesto por el art. 40.1 LOTC debemos declarar que el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) también reclama que – en el asunto que nos ocupa – esta declaración de inconstitucionalidad sólo sea eficaz *pro futuro*, esto ES, em relación com novos supuestos o com los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme. [...] el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) reclama La intangibilidad de lãs situaciones jurídicas consolidadas; no sólo lãs decididas com fuerza de coisa

É verdade que a jurisprudência tem afastado os óbices à rescisão de sentenças proferidas com fundamento em dispositivos constitucionais — desde que se faça de acordo com as normas do processo, pois “os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade”.<sup>220</sup> Daí a legitimidade para a ação rescisória revisar a aplicação da norma inconstitucional somente no biênio estipulado pela legislação processual.<sup>221</sup>

O próprio STF já afirmou caber a ação rescisória de sentença incompatível com a interpretação acerca de dispositivo constitucional, mesmo que a sua jurisprudência tenha se firmado em momento posterior à sentença objeto de rescisão. E esse entendimento decorre do caráter *ex tunc* da decisão pela inconstitucionalidade<sup>222</sup> pois se havia algum dissenso na interpretação dos dispositivos *constitucionais* tal situação cessa com o pronunciamento da maioria do STF: o sentido real do texto constitucional é afirmado pela sua jurisprudência.<sup>223</sup>

---

juzgada, sino también lãs situaciones administrativas firmes.”  
<http://www.boe.es/boe/dias/2002/04/03/pdfs/T00088-00094.pdf>

<sup>220</sup> Voto do Min. Gilmar Mendes no AgR no RE 217.141-5/SP.

<sup>221</sup> “Admite-se que uma das causas que pode dar ensejo à instauração da ação rescisória no âmbito do processo civil – violação a literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC) – contempla, também, a inconstitucionalidade de uma lei na qual se fundou o juiz para proferir a decisão transitada em julgado. Todavia, a rescisão de sentença proferida com base em uma lei considerada inconstitucional somente pode ser instaurada dentro do prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão (CPC, arts. 485 e 495).” MENDES, Gilmar. *Jurisdição Constitucional*, p. 260.

<sup>222</sup> “[...] tendo em conta a jurisprudência da Corte quanto à eficácia *ex tunc*, como regra, da decisão proferida em controle concentrado, a legitimar a ação rescisória de sentença que, mesmo anterior, lhe seja contrária. Ressaltou-se, no ponto, decorrer a rescindibilidade do acórdão conflitante do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e da conseqüente prevalência da orientação fixada pelo STF.” Rcl 2600 AgR/SE, rel. Min. Cezar Peluso, j. 14/9/2006. Informativo STF 440.

<sup>223</sup> “O STF é o guardião da Constituição. Ele é o órgão autorizado pela própria Constituição a dar palavra final em temas constitucionais. A Constituição, destarte, é o que o STF diz que ela é. Eventuais controvérsias interpretativas perante outros tribunais perdem, institucionalmente, toda e qualquer relevância perante o pronunciamento da Corte Suprema. Contrariar o precedente tem o mesmo alcance,

Mais recentemente, o Supremo teve a chance de se pronunciar sobre o cabimento de rescisórias para desconstituir decisões contrárias ao entendimento de sua jurisprudência em matéria constitucional. Na ocasião, foi reafirmada a possibilidade de a ação rescisória servir para fazer valer a interpretação do STF em matéria constitucional e assim atender ao princípio da isonomia.<sup>224</sup>

Em interessante voto publicado parcialmente no Informativo 498 do STF, o Min. Gilmar Mendes demonstra, pelas mais variadas razões, a insustentabilidade da decisão passível, impugnável no prazo da ação rescisória, e que desafie a jurisprudência da Corte Maior.<sup>225</sup>

Consigne-se, no entanto, que tal entendimento não cai nas graças da unanimidade dos doutrinadores.<sup>226</sup> Inobstante, uma vez pronunciado o Supremo sobre a questão, tal exegese deve ser aceita, até porque o entendimento da mais alta corte é

---

em termos pragmáticos, que o de violar a Constituição.” ZAVASCKI, Teori. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*, p. 135.

<sup>224</sup> “Ressaltou-se que negar a via da ação rescisória para fins de fazer valer a interpretação constitucional do Supremo implicaria admitir uma violação muito mais grave à ordem normativa, pois a afronta se dirigiria a uma interpretação que poderia ser tomada como a própria interpretação constitucional feita. Assim, nesse ponto, a rescisória adquiriria uma feição que melhor realizaria o princípio da isonomia, haja vista que, se por um lado a rescisão de uma sentença representaria fator de instabilidade, por outro não se poderia negar que uma aplicação assimétrica de uma decisão do Supremo em matéria constitucional produzisse instabilidade maior, já que representaria uma violação a um referencial normativo que daria sustentação a todo o sistema, o que não seria equiparável a uma aplicação divergente da legislação infraconstitucional.” RE 328.812 ED/AM, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 6/3/2008. Informativo STF 497.

<sup>225</sup> “Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão. Não estou afastando, obviamente, o prazo das rescisórias, que deverá ser observado. Há um limite, portanto, associado à segurança jurídica.” RE 328.812 ED/AM, publicado na Seção *Transcrições*, do Informativo STF 498.

<sup>226</sup> “Nesse mesmo caminho perigoso de sobrevalorizar o ‘interesse público’, com conseqüente enfraquecimento da coisa julgada material, situa-se a tendência de permitir a rescisão de sentença por mudança posterior do entendimento jurisprudencial, verificada em alguns julgados de tribunais superiores brasileiros, principalmente de lavra do Supremo Tribunal Federal.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*, p. 190.

coerente com a inteireza do ordenamento jurídico, é razoável e contribui para com a segurança jurídica. Isto sem falar que a desobediência ao entendimento do STF, quando oriundo de precedente em controle concentrado, ainda dá margem à reclamação e acaba por resultar ineficaz qualquer tentativa de resistência.<sup>227</sup>

## 15. Da Súmula 343 do STF

A Súmula 343 do STF<sup>228</sup>, contando com mais de 45 anos, teve em seus precedentes premissas que orientaram o cabimento da ação rescisória por violação a literal disposição de lei. No primeiro dos precedentes que deu origem à súmula se firmou o entendimento de que todo juiz seria livre para interpretar a lei. E que divergência de interpretação legal, embora legítima, seria reformável. Essa divergência hermenêutica, por si só não daria margem à ação rescisória contanto que ela não ofendesse a literal disposição de lei na qual se baseou.<sup>229</sup>

Posteriormente, o eminente Ministro Victor Nunes Leal chamou a atenção para o fato de que a admissão da rescisória por divergência jurisprudencial seria a ordinarização do instituto, com o alargamento do prazo recursal, quando não houvesse

---

<sup>227</sup> “Reputa-se ofensivo à autoridade de sentença de mérito proferida em ação direta de inconstitucionalidade, com efeito *ex tunc*, o acórdão que, julgando improcedente ação rescisória, adotou entendimento contrário, ainda que na vigência e nos termos de liminar concedida na mesma ação direta de inconstitucionalidade.” AgRg na Rcl 2.600/SC, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 3/8/2007. Informativo STF 474.

<sup>228</sup> “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda tiver se baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.” Sessão Plenária de 13/12/1963.

<sup>229</sup> “Não é o dissídio da jurisprudência, senão o julgamento contra literal disposição de lei, que dá margem ao rescisório. Não há acórdão a dizer que a sentença é nula por haver rompido com o conformismo dos tribunais. Todo juiz é absolutamente livre no interpretar e aplicar a lei, sendo válido, embora reformável, o seu veredicto, ainda que escape à tradição jurisprudencial.” RE 41.407/DF, Rel. Min. Villas Boas, j. 4/8/1959. 2.<sup>a</sup> Turma.

na decisão impugnada interpretação “aberrante” do texto legal. Assim, a observância do critério da ofensa literal à disposição de lei, para autorizar a rescisória, contribuiria para a “estabilidade das decisões judiciais”.<sup>230</sup>

Essa súmula tem aparecido freqüentemente, e com fundadas razões, para impedir a rescisão de decisões que tiveram interpretação jurisprudencial controvertida. No entanto, em matéria constitucional a referida súmula não tem aplicabilidade e já existe aceno para a possibilidade de alterações em seu teor, em face da *força normativa da Constituição* – conforme observado em julgados do próprio STF.<sup>231</sup>

É que a jurisprudência do Supremo reconhece a necessidade de se dar a máxima eficácia à ordem legislativa, nos casos de rescisória com fundamento no art. 485, inc. V, do CPC.<sup>232</sup> E, dentro da ordem legislativa, haveria diferenças entre a contrariedade à lei e contrariedade à Constituição. Nas palavras do Min. Gilmar

---

<sup>230</sup> “Se em todos os casos de interpretação de lei, por prevalecer aquela que nos pareça menos correta, houvermos de julgar procedente ação rescisória, teremos acrescentado ao mecanismo geral dos recursos um recurso ordinário com prazo de cinco anos na maioria dos casos decididos pela Justiça. A má interpretação que justifica o judicium rescindens há de ser de tal modo aberrante do texto que equivalha à sua violação literal. A Justiça nem sempre observa, na prática quotidiana, esse salutar princípio, que, entretanto, devemos defender, em prol da estabilidade das decisões judiciais.” RE 50.046/GB, Rel. Min. Victor Nunes Leal, j. 5/4/1963, 2.ª Turma.

<sup>231</sup> É o entendimento do Min. Gilmar Mendes: “No que tange à inaplicabilidade da Súmula 343/STF, tenho reiteradamente observado nesta Corte que este verbete precisa ser revisto. Refiro-me, especificamente, aos processos que identificam matéria contraditória à época da discussão originária, questão constitucional, bem como jurisprudência supervenientemente fixada, em favor da tese do interessado. Não vejo como não afastarmos a Súmula 343, nestas hipóteses, como medida de instrumentalização da força normativa da Constituição.” RE 328.812 ED/AM, publicado na Seção *Transcrições*, do Informativo STF 498.

<sup>232</sup> “Para isto, permite-se a excepcional rescisão daqueles julgados em que o magistrado violou, nos termos do CPC, “literal disposição de lei”. RE 328.812 ED/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, publicado na Seção *Transcrições*, do Informativo STF 498.

Mendes, a violação à Constituição é uma violação qualificada<sup>233</sup> e mais grave do que à da lei a ensejar rescisória com fundamento no art. 485, inc. V, do CPC.<sup>234</sup>

Da perspectiva de que a Constituição é o fundamento da ordem jurídica, da qual derivariam todas as demais normas, se extrai a diferença entre a interpretação constitucional e a interpretação de norma legal<sup>235</sup>, sendo que a negativa à rescisória para prevalecimento da interpretação constitucional do STF é grave violação à ordem normativa.<sup>236</sup> Entretanto, existe ainda naquele tribunal a Súmula n° 343 que veda o uso da rescisória quando houver interpretação controvertida.

Prepondera a rescisória como instrumento da força normativa da Constituição, bem como a *última via para correção para o sistema judicial*. Com relação ao art. 485, inc. V, do CPC, “o objetivo imediato seria o de garantir a máxima eficácia da ordem legislativa em sentido amplo”, sendo a rescisória cabível para fazer prevalecer a interpretação no Supremo em matéria constitucional.<sup>237</sup>

---

<sup>233</sup> A violação à literal disposição de lei obviamente contempla a violação às normas constitucionais, o que poderia ser considerado como um tipo de violação ‘qualificada.’ RE 328.812 ED/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, publicado na Seção *Transcrições*, do Informativo STF 498

<sup>234</sup> “A violação à norma constitucional, para fins de admissibilidade de rescisória, é sem dúvida algo mais grave que a violação à lei.” RE 328.812 ED/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, publicado na Seção *Transcrições*, do Informativo STF 498.

<sup>235</sup> “Quando uma decisão desta Corte fixa uma interpretação constitucional, entre outros aspectos está o Judiciário explicitando os conteúdos possíveis da ordem normativa infraconstitucional em face daquele parâmetro maior, que é a Constituição. Isso obviamente não se confunde com a solução de divergência relativa à interpretação de normas no plano infraconstitucional. Não é por acaso que uma decisão definitiva do STJ, pacificando a interpretação de uma lei, não possui o mesmo alcance de uma decisão definitiva desta Corte em matéria constitucional.” RE 328.812 ED/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, publicado na Seção *Transcrições*, do Informativo STF 498

<sup>236</sup> “De fato, negar a via da ação rescisória para fins de fazer valer a interpretação constitucional do Supremo importa, a rigor, em admitir uma violação muito mais grave à ordem normativa. Sim, pois aqui a afronta se dirige a uma interpretação que pode ser tomada como a própria interpretação constitucional realizada.” RE 328.812 ED/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, publicado na Seção *Transcrições*, do Informativo STF 498.

<sup>237</sup> RE 328.812 ED/AM, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 6/3/2008. Informativo STF 497.

Assim, processos *com decisão contrária* ao entendimento do Supremo em matéria constitucional, mesmo que a jurisprudência fundamentadora do pedido rescisório tenha sido fixada posteriormente pelo STF, são passíveis de rescisão e não se aplica a Súmula 343 do STF.<sup>238</sup> Do contrário, considerou o Supremo, se estaria a dar preponderância às decisões dos juízos ordinários em detrimento do entendimento do STF em matéria constitucional.<sup>239</sup>

Interessante que num julgado mais recente o STJ também passou a afastar a aplicabilidade da aludida súmula, mesmo em se tratando de contrariedade à legislação federal. Isso foi feito num caso em que a decisão rescindenda foi proferida de forma manifestamente dissonante da jurisprudência formada no âmbito do próprio STJ, sem que tenha ocorrido qualquer divergência no âmbito do tribunal.<sup>240</sup>

Posteriormente, o STJ reduziu ainda mais o alcance da aludida Súmula 343 do STF. E o fez para dizer que essa súmula é inaplicável quando a interpretação legal, então controvertida, for superada pela jurisprudência do STJ.<sup>241</sup> Em outras palavras, o STJ pareceu dar a seus precedentes firmes, para fins de ação rescisória, a mesma eficácia dos precedentes do STF em matéria constitucional. Com isto, a Súmula 343 do STF não só deixa de ser aplicada em matéria constitucional mas também naqueles casos em que a interpretação da lei federal venha a se fixar no âmbito do próprio STJ.<sup>242</sup>

---

<sup>238</sup> RE 328.812 ED/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 6/3/2008. Informativo STF 497.

<sup>239</sup> RE 328.812 ED/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 6/3/2008. Informativo STF 497.

<sup>240</sup> “1. A aplicação da Súmula 343/STF - segundo a qual "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais" -, supõe que a controvérsia jurisprudencial a respeito da interpretação da lei seja séria e contemporânea à decisão rescindenda. 2. Se, como no presente caso, à época da decisão rescindenda a jurisprudência do STJ já se firmara em sentido diferente do entendimento nela adotado, não só é cabível, como deve ser julgada procedente a ação rescisória. 3. Ação rescisória procedente.” (AR 2.531/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1.ª Seção, j. 13.06.2007, DJ 29.06.2007 p. 470).

<sup>241</sup> ERESP. 928.302/DF, Rel. Min. José Delgado, 1.ª Seção, j. 23/4/2008, DJ 19/5/2008.

<sup>242</sup> ERESP. 911.891/DF, Rel. Min. José Delgado, 1.ª Seção, j. 9/4/2008, DJe 25/4/2008.

## 16. Da relativização da coisa julgada

O ideal de busca da justiça não é novo no direito, há muito tempo ele existe. O direito é, pois, instrumental para a realização do justo almejado. Por outro lado, de uns tempos para cá está se verificando uma tendência de se desconsiderar o direito sob o aspecto técnico, pretextando com isto a realização da justiça.<sup>243</sup> Nesse contexto, o espírito revisor, escudado na busca da justiça, vê igualmente na superação do prazo para o ajuizamento da ação rescisória um óbice à realização de valores constitucionais ou da justiça no caso concreto. O que se quer, na verdade, é desconsiderar a coisa julgada.<sup>244</sup>

Esse movimento adotou sob a denominação *relativização da coisa julgada* a tarefa de esmiuçar como se opera a coisa julgada e pô-la em xeque toda a vez que esta contrarie decisão constitucional proferida pelo intérprete autorizado da Constituição, ou que pareça atentatória ao que entendam por justo ou razoável<sup>245</sup>, mesmo que superado o prazo para ajuizamento da rescisória ou a situação não se encaixe dentre uma das hipóteses legalmente admissíveis. É apenas neste sentido que se toma aqui a expressão *relativização da coisa julgada* dado que há muitas concepções

---

<sup>243</sup> “Vai se tornando moda, em alguns setores, certo desprezo dos aspectos técnicos da ciência jurídica e da arte de julgar. Há quem pretenda ver nas exigências da técnica obstáculo insuperável á realização da justiça – ou, talvez mais exatamente, daquilo que, em determinado instante, e a uma visão subjetiva, pareça ser a justiça. Para mim [...] a técnica é um instrumento – como tal, útil e insubstituível.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A justiça no limiar do novo século*, p. 69.

<sup>244</sup> “Com base em duas ou três situações de exceção extrema – e elas existem aos borbotões na vida cotidiana –, pretende-se construir uma perigosa *tese*, que na verdade *destrói* a coisa julgada, pedra fundamental de *existência* do Estado Democrático de Direito, no que tange ao exercício da função jurisdicional.” NERY JR., Nelson. *Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*, p. 143.

<sup>245</sup> “A equação tem sido vista de forma extremamente simplista: quando houver coisa julgada inconstitucional e injusta, o princípio constitucional da proporcionalidade autoriza o intérprete a ‘desconsiderá-la’, o que, na prática, significa destruir, desobedecer a *auctoritas rei iudicatae*.” NERY JR., Nelson. *Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*, p. 143.

sobre o que seja essa *relativização*<sup>246</sup>, inclusive porque há doutrina respeitável que concebe qualquer hipótese em que legalmente admitida a ação rescisória como sendo relativização da coisa julgada.<sup>247</sup>

No entanto, a verdade é que parcela significativa da doutrina já vai, gradativamente, questionando a receptividade à tese da chamada *relativização da coisa julgada*, até porque decisões do STF, mesmo no controle concentrado, não possuem eficácia rescisória sobre uma decisão transitada em julgado: a coisa julgada a elas não se submete.<sup>248</sup> Importante registrar que o TRF da 4.<sup>a</sup> Região, quando teve a oportunidade de se manifestar sobre o assunto, pôs termo a uma rescisória que pretextando fazer prevalecer o entendimento do STF em matéria constitucional, numa nítida tentativa de *relativização*, fazia menção de passar por cima da decadência do prazo para sua propositura.<sup>249</sup> E o STJ já afirmou que nem mesmo a *declaração de*

---

<sup>246</sup> “Recentemente se multiplicaram no direito brasileiro formulações doutrinárias acerca da ‘relativização’ do instituto da coisa julgada. Há várias acepções possíveis para a expressão ‘relativização da coisa julgada’ – todas elas adotadas pela doutrina que recentemente tratou do tema: a proposta de revisão legislativa das balizas da coisa julgada; a flexibilização, *de lege lata* ou *de lege ferenda*, das hipóteses de cabimento da ação rescisória; a *quebra* propriamente dita da coisa julgada, independentemente (mesmo depois do decurso do prazo ou fora das hipóteses) da ação rescisória.” TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 376.

<sup>247</sup> “Assim, nos termos do art. 485 do CPC, constituem casos excepcionais de especial gravidade, que permitem relativizar a coisa julgada [...]” ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, p. 126.

<sup>248</sup> “Acontece que a coisa julgada não se sujeita – ou poderá se sujeitar – aos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, e, assim, mesmo antes do art. 27 da Lei 9.868/99 – que, na realidade, com ela não tem relação —, já era imune a tais efeitos.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. p. 650.

<sup>249</sup> “1. Conquanto não haja nos autos cópia da certidão de trânsito em julgado da decisão rescindenda, o processo apresenta peculiaridade que comprova, de outro modo, o requisito atinente ao prazo para a propositura da ação rescisória. A autora não poderia juntar cópia da certidão de trânsito em julgado, visto que não existe no processo originário tal ato da Secretaria. 2. A contagem do prazo para a propositura da ação rescisória começa a partir do trânsito em julgado. A data em que transitou em julgado a última decisão proferida na causa demarca o início do prazo decadencial. 3. Mostra-se despropositado o argumento de que se conta o prazo a partir da decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade do

*inconstitucionalidade pelo STF no controle concentrado* de constitucionalidade tem o efeito de reabrir prazos encerrados para a repetição de tributos: há que se atentar para a *segurança jurídica* e que ela é oponível contra o cidadão e contra o Estado.<sup>250</sup>

Excepcionalmente, o Código de Processo Civil, em seu art. 475-L, § 1.º e art. 741, inc. II, prevêm a inexigibilidade de título executivo fundamentado em norma reputada inconstitucional pelo STF. No direito português, em que o texto constitucional foi expresso ao determinar a possibilidade de mitigação da eficácia da declaração de nulidade da norma inconstitucional por razões de segurança jurídica, tampouco as declarações sobre a inconstitucionalidade possuem o condão de fazer desaparecer a coisa julgada formada em desconformidade com o entendimento constitucional.<sup>251</sup>

Existindo a previsão *constitucional* de uma jurisdição que contemple a coisa julgada, as regras processuais também são estruturadas em torno desses valores que informam a jurisdição.

---

dispositivo de lei literalmente violado. Estar-se-ia criando uma causa suspensiva da decadência, pois todas as sentenças que envolvessem questão constitucional poderiam ser rescindidas, enquanto não houvesse pronunciamento do STF sobre a matéria. 4. Reconhecida a decadência do direito de propor a ação rescisória.” TRF4, AR 2006.04.00.013175-3, 1.ª Seção, Relator Joel Ilan Paciornik, DJ 11/10/2006.

<sup>250</sup> “Em sendo possível discutir no controle difuso a legalidade do tributo, a declaração de inconstitucionalidade posterior e em controle concentrado não tem o condão de reabrir prazos superados. A seguir esse raciocínio, vinte anos depois de incorporado o tributo ao erário, e satisfeitas necessidades coletivas com esses fundos, o Estado ver-se-ia instado a devolver as quantias sem que a contraprestação também ocorresse, gerando situação de enriquecimento por parte do cidadão em detrimento do Estado. Ademais, vale lembrar que a segurança jurídica opera-se pro et contra o cidadão e a Administração Pública.” REsp 671.182/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1.ª T., j. 05.04.2005, DJ 02.05.2005 p. 206.

<sup>251</sup> “Na verdade, o sistema da Constituição portuguesa é expresso no sentido de que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade não atingem a coisa julgada, o que somente pode acontecer em casos excepcionais, quando a própria decisão de inconstitucionalidade assim declarar. Com efeito, segundo o art. 282.º, 3, da Constituição portuguesa, ‘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 menor favorável ao argüido.’ MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*, p. 651.

Assim, a manutenção de decisões que possam ser tomadas por materialmente inconstitucionais não é algo estranho ao nosso sistema<sup>252</sup>: não são incomuns os casos de sentença com decisões sobre uma mesma matéria jurídica ou com idêntico fundamento legal, nos mais variados sentidos e todas com trânsito em julgado. Com o passar do tempo, o mesmo tema decidido poderá chegar ao conhecimento do Supremo, mediante recurso noutra processo, e a questão constitucional ser finalmente resolvida. Então até que se obtenha um precedente mais autorizado em matéria constitucional, muitas sentenças divergentes terão existido por mais indesejável que isto seja.<sup>253</sup>

Desnecessário dizer que o processo civil é diferente do processo penal, que admite uma revisão da coisa julgada sem limitação de tempo<sup>254</sup> e sempre a favor do réu.<sup>255</sup> São situações diferentes, envolvendo valores diferentes. Uma coisa é o maior bem depois da vida, a liberdade; outra, bem distinta, são os demais direitos que se conquistam ao longo dela. Não há como se igualar situações evidentemente desiguais. É certo que no processo penal também a contrariedade ao texto de lei, como a sentença penal calcada em lei inconstitucional pode ser a qualquer tempo revista<sup>256</sup>, mas as circunstâncias em que isso ocorrem gravitam sempre em torno desse precioso bem,

---

<sup>252</sup> “O sistema jurídico convive com a sentença injusta (quem será o juiz *posterior* da *justiça* da sentença que fora impugnável por recurso, e depois de transitada em julgado, fora impugnável por ação rescisória?), bem como com a sentença proferida aparentemente contra a Constituição ou a lei (a norma, que é *abstrata*, deve ceder sempre à sentença, que regula e dirige uma situação *concreta*).” NERY JR., Nelson. *Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*, p. 149.

<sup>253</sup> “O risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave do que o risco político de instaurar-se a insegurança geral com a relativização (*rectius*: desconsideração) da coisa julgada.” NERY JR., Nelson. *Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*, p. 149.

<sup>254</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*, p. 885.

<sup>255</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*, p. 886.

<sup>256</sup> “Nos termos do art. 621 do Código de Processo Penal, a revisão pode ser proposta a qualquer tempo se a sentença condenatória for contrária a texto expresso da lei penal. Esse fundamento abrange, inequivocamente, a sentença penal condenatória proferida com base na lei inconstitucional.” MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, p. 259.

inalienável. *Mutatis mutandis*, o que muitos cultores da chamada *relativização da coisa julgada* querem é praticamente a mesma coisa, ignorando, contudo a desproporção dos valores envolvidos no processo civil em relação ao processo penal.

Deve haver, isto sim, a realização da justiça no caso concreto como finalidade do processo, sempre tendo em vista os limites constitucionais e normativos que o direito positivo estabelece. Nosso sistema jurídico não concebe solução para os problemas e controvérsias judicializados sem que a solução passe pela aplicação do direito (CPC, arts. 126 e 127). Mesmo nos casos em que a coisa julgada é problemática, é o sistema processual que prevê a possibilidade de sua cisão – e ainda assim de maneira excepcional. Vale lembrar que a regra é a manutenção da coisa julgada. Assim, deve se ter sempre em mente a presunção de que a sentença tenha resolvido a questão litigiosa pela aplicação do direito, gerando com isto paz social e segurança jurídica.<sup>257</sup>

Portanto, a segurança jurídica protege essa sentença transitada em julgado ainda que ela seja inconstitucional<sup>258</sup>, pois como bem adverte Gilmar Mendes mesmo “os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade”.<sup>259</sup>

---

<sup>257</sup> “As propostas de relativização apresentam um agradável paladar à primeira vista. Entretanto, eventuais situações consolidadas que pareçam injustas são, de fato, um preço a se pagar pela estabilidade de todas as outras decisões justas. Abrir as portas da revisão da coisa julgada para se transformar situações injustas em justiça, pode ser o primeiro passo para a eventual — mas não improvável — revisão de situações justas em injustas.” GUSSI, Evandro. *A segurança na Constituição*, p. 77.

<sup>258</sup> “Embora o nosso ordenamento não contenha regra expressa sobre o assunto e se aceite, genericamente, a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de iliceidade, concede-se proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no *plano normativo (Normebene)* e no *plano do ato individual (Einzelaktebene)* através das chamadas *fórmulas de preclusão*.” MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, p. 258.

<sup>259</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, p. 258.

## 17. Outras tentativas de relativização

A doutrina recorda a existência de outras formas de impugnação à exequibilidade de sentenças trânsitas em julgado. Embora nem as teses assumam a *relativização da coisa julgada*, na verdade buscam alcançar os mesmos efeitos dessa. Não se tratará aqui do parágrafo 1.º, do art. 475-L, do CPC, pois a hipótese já foi objeto de análise na primeira parte do presente trabalho (Parte I, item 8 – a segurança jurídica no nosso ordenamento).

Há aqueles que em determinadas hipóteses negam a *eficácia* ou mesmo a *existência* da coisa julgada, a despeito de ter existido processo judicial válido com decisão apta a formá-la. Na verdade essas construções jurídicas acabam por solapar a coisa julgada da mesma forma que a tese de sua relativização, ignorando tanto a inexistência de previsão legal para as hipóteses aventadas como a perniciosidade das soluções preconizadas.

Dentre os que sustentam soluções para escapar à *eficácia* da *coisa julgada* encontra-se José Maria Tesheiner. O processualista gaúcho, embora critique a relativização da coisa julgada, defende a edição de norma autorizando ao juiz a *revisão* de decisão coberta pela coisa julgada, desde que a jurisprudência dos tribunais – especialmente os superiores – se pacifique em determinado sentido. A tese parte da premissa de que a jurisprudência é fonte do direito<sup>260</sup> e que, com isto, seria possível estender a eficácia de nova decisão sobre a coisa julgada. Tal providência dependeria de ação própria, com eficácia prospectiva e em efeitos limitados temporalmente para além da data de sua propositura.<sup>261</sup>

---

<sup>260</sup> TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, p. 190.

<sup>261</sup> “Esta é, pois, a nossa primeira proposta: que se inclua, no art. 471, parágrafo esclarecendo que se considera modificação no estado de direito a fixação da jurisprudência em outro sentido, por súmula do tribunal competente (que seria o Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional; o Superior Tribunal de Justiça, quanto à lei federal; o Tribunal de Justiça, no que diz respeito à lei local). Observe-se que não se estaria a rescindir a sentença. A ação seria rigorosamente de revisão do julgado, com efeitos *ex tunc* ou retroagindo, no máximo, à data da propositura da ação revisional.” TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, p. 191.

O professor frisa que a sua proposta de revisão serviria apenas para as relações jurídicas continuativas e com eficácia *ex nunc*, porque uma sentença sobre *relação jurídica continuativa* não resultaria em ofensa à coisa julgada.<sup>262</sup>

E há também os que alargam o rol das decisões *inexistentes* e que com isso acabam chegando a uma relativização da coisa julgada, como lembra Talamini.<sup>263</sup> Teresa Arruda Alvim Wambier, por exemplo, entende que a decisão trântisa em julgado e que tenha como fundamento lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de ação direta não seria lei e, desse modo, sua revisão dispensaria ação rescisória.<sup>264</sup> Teresa Wambier também inclui no rol das sentenças inexistentes a sentença de mérito em que faltem as condições da ação.<sup>265</sup>

Com relação à solução preconizada por Tesheiner, como ele mesmo adverte, ela em princípio dependeria de alteração legislativa. No entanto, a despeito dessa observação conter premissa com a qual se concorda — papel da jurisprudência na formação do direito —, ela deixa uma porta aberta para enfraquecer a relevância da lei em nosso sistema jurídico e reduzir o espectro da coisa julgada. Em qualquer dos casos, com sérios riscos à segurança jurídica. Isso porque, embora a idéia seja boa — há o reconhecimento do papel da jurisprudência no aperfeiçoamento do direito e na concretização das normas — a maneira oscilante e vacilante da jurisprudência nacional

---

<sup>262</sup> “É que propomos a revisão apenas com relação às relações continuativas e com efeitos *ex nunc*. Ora, a revisão de sentença incidente sobre relação jurídica continuativa não implica desrespeito à coisa julgada, como já o demonstraram, entre outros, Adroaldo Furtado Fabrício e Araken de Assis, ao tratar das ações de alimentos.” TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, p. 195.

<sup>263</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 377.

<sup>264</sup> “Portanto, segundo o que nos parece, seria até desnecessária a propositura da ação rescisória, já que a decisão que seria alvo de impugnação seria juridicamente inexistente, pois que baseada em ‘lei’ que não é lei (‘lei’ inexistente). Portanto, em nosso entender, a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art. 495 do CPC, intentar ação de natureza declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação. O interesse de agir, em casos como esse, nasceria, não da *necessidade*, mas da *utilidade* da obtenção de uma decisão nesse sentido, que tornaria indiscutível o assunto.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 311.

<sup>265</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, passim.

pode ainda dar margem à perpetuação do problema: algumas decisões serão rescindidas e outras não; umas terão critério mais certo e outras serão duvidosas. Por fim, continuará reinando a incerteza mesmo com o melhor dos propósitos.

Já no que tange à conclusão de Teresa Wambier, ela pressupõe que a declaração de inconstitucionalidade de lei, pelo STF, teria uma eficácia rescisória sobre as demais ações fundamentadas na mesma lei objeto de censura pelo Supremo. No entanto, nem a legislação processual civil nem a jurisprudência do STF entendem no mesmo sentido da professora. Provavelmente porque o próprio texto constitucional protege a coisa julgada e porque a vingar a tese sustentada pela douta processualista as relações jurídicas com fundamento legal ficariam sempre na incerteza e em compasso de espera até que o Supremo finalmente se pronunciasse sobre a legitimidade constitucional do fundamento normativo das demais ações.

#### 18. A segurança jurídica conflita com a justiça?

Os partidários da teoria da revisão da coisa julgada inconstitucional, em linhas gerais, normalmente se prendem ao valor justiça e a colocam acima da segurança jurídica. Mas esta não é a única tese dos detratores da segurança jurídica manifestada na coisa julgada. Também Cármen Lúcia Antunes Rocha, embora por outros fundamentos, defende a superação da coisa julgada tendo em vista que ela recusa essa qualidade de coisa julgada àquela decisão que tome como fundamento norma inconstitucional<sup>266</sup>.

---

<sup>266</sup> “Se o que se pensava ser lei, lei não é, o que se pensava ser fundamento, fundamento não é, não se tem o julgamento legítimo que se estava certo de ter tido no caso específico. Como sem fundamento o querer do juiz passa a ser pessoal, sem força de ato estatal, julgado não pode ser considerado o caso, nos termos constitucionalmente aproveitados, para a produção de efeitos qualificados e obrigativos da decisão.” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade*, p. 182.

Todavia esses autores ignoram que o processo moderno ao buscar a justiça não prescinde da segurança nem de outros valores<sup>267</sup>. Além do mais, a justiça pregada pelos *relativizadores da coisa julgada* tem uma feição muito peculiar: justo é o constitucional, firmado a partir de um precedente do STF em questão constitucional; justa é a decisão firmada de acordo com a prova cientificamente tida por mais precisa ou exata.

A tese da então advogada mineira, hoje Ministra do STF, chama a atenção pela ousadia: simplesmente nega a intangibilidade da coisa julgada fundamentada em norma inconstitucional<sup>268</sup>. Ignorando a amplitude e o alcance do conceito de segurança jurídica, Cármen Lúcia, se volta contra a manutenção da coisa julgada inconstitucional — provavelmente por querer reduzir o conceito de *segurança jurídica* ao de adequação à norma constitucional —, como se um juízo de conformidade com o texto da Lei Fundamental fosse a única expressão de segurança jurídica possível!<sup>269</sup>

Assim, por exemplo, nas *demandas tributárias* seria justo não recolher o tributo inconstitucional, a despeito de comando sentencial (formado num processo jurídico regular e de acordo com os ditames constitucionais) transitado em julgado,

---

<sup>267</sup> “Impõe-se, portanto, a análise dos valores mais importantes para o processo, entre os quais, segundo pensamos, alinham-se o valor justiça, o valor da paz social, valor segurança e valor efetividade.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*, p. 65.

<sup>268</sup> “Contravindo a Constituição, o que se julgou em fase processual tida como derradeira não será intangível. Se assim fosse, estar-se-ia a aquiescer com tese que permitiria que a obra do poder constituinte – que não pode ser alterada ou contrariada sequer pela competência constituinte reformadora – poderia ser mudada ou transgredida por ato de um juiz, que entendesse contra a Constituição, impondo-se a sua vontade à margem do Direito vigente, mais ainda, em afronta à lei magna do sistema positivo.” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade*, p. 183.

<sup>269</sup> “Tanto não seria apenas contrário ao entendimento satisfatório da Constituição, seria contrário ao princípio da segurança jurídica. Com efeito, se uma inconstitucionalidade põe-se como inatacável e mantida no sistema a qualquer custo, sob o manto dito da coisa julgada, pode-se julgar qualquer coisa ou de qualquer maneira, mesmo contra a Constituição, porque o trânsito convalidaria as agressões à Lei Fundamental de um povo?” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade*, p. 183.

afirmando esse dever, e não mais sujeito a uma ação rescisória. Também seria correto, segundo outros, obrigar ao recolhimento de tributo — mesmo superado o prazo decadencial da rescisória — quando precedente ulterior do STF reconhecer a compatibilidade da exigência fiscal com a Constituição. Em suma, decisão posterior do STF em questão idêntica, a despeito da superação do prazo decadencial da rescisória, teria essa *eficácia rescisória* sobre aqueles feitos em que reconhecido o destino das exações pois, para os partidários da tese, acima da coisa julgada existente no processo findo estaria o princípio da isonomia tributária.<sup>270</sup>

Fenômeno análogo se repete nos processos relativos ao estado de filiação, as conhecidas ações investigatórias de paternidade. Independentemente dos avanços da genética, inquestionáveis, parece que o resultado da jurisdição que não dispusesse dos mais avançados mecanismos de prova ficaria sempre em dúvida. Apenas se poderia afirmar haver pacificação social pelo encontro do justo a partir de julgamento em conformidade com a prova de DNA. Parece que em tais casos o direito fica a reboque da técnica científica, perde autonomia e passa a ser mero homologador do que outras ciências afirmem como válido, existente ou possível — independentemente dos efeitos que a declaração judicial tenha produzido — e sem ter relevância o lapso temporal em que o processo anterior foi concluído. Mais uma vez aqui também aparece o conhecido conflito entre a justiça e a segurança jurídica.<sup>271</sup>

---

<sup>270</sup> “A coisa julgada tributária não deve prevalecer para determinar que contribuinte recolha tributo cuja exigência legal foi tida como inconstitucional pelo Supremo. O prevalecimento dessa decisão acarretará ofensa direta aos princípios da legalidade e da igualdade tributárias. Não é concebível se admitir um sistema tributário que obrigue um determinado contribuinte a pagar tributo cuja lei que o criou foi julgada definitivamente inconstitucional, quando os demais contribuintes a tanto não são exigidos, unicamente por força da coisa julgada.” STJ, RESP 138.853/RS, 1.<sup>a</sup> T., j. 3/3/1998, Rel. Min. José Delgado, DJ 22/03/1999, p. 58.

<sup>271</sup> “A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina [...] "a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas [...] Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade".” STJ, RESP 226.436/PR, 4.<sup>a</sup> T., j. 28/6/2001, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 04/02/2002, p. 370.

Particularmente no que tange às questões tributárias, existe posição manifestada por Ministro do Superior Tribunal de Justiça, com a invocação dos princípios da *moralidade* e da *razoabilidade*, para deixar de lado a coisa julgada e a segurança jurídica. Para o Ministro Delgado nem o apelo à segurança jurídica serviria para impedir a censura à decisão constitucional contrária ao entendimento do STF. Nesses casos, havendo a coisa julgada se formado sem o respaldo da jurisprudência do Supremo, poderia o judiciário superar a autoridade da coisa julgada para assim determinar a exigibilidade de tributo declarado como devido pelo STF tendo em vista se tratar de relação jurídica de trato sucessivo.<sup>272</sup>

No entender do ilustre Ministro, a *segurança jurídica* tem limites em se tratando de decisão acerca de tributo, pois ele invoca outros preceitos constitucionais, como a *moralidade*, *legalidade*, *igualdade*, *eficiência* e *cidadania* para afirmar a possibilidade da cobrança de tributo com relação a fatos geradores ocorridos após a formação da coisa julgada. Segundo ele, a coisa julgada não seria *absoluta* e sim condicionada ao texto constitucional, sendo tarefa da jurisprudência adaptar os *efeitos da coisa julgada* em casos específicos.<sup>273</sup>

Mas tais premissas, com a devida licença, são falhas. Primeiro porque o STF já afirmou não haver hierarquia entre normas constitucionais.<sup>274</sup> Tem-se como conseqüência que os valores contidos em tais normas são de idêntica magnitude e não se encontram hierarquizados. Daí ser indevida toda a exegese que parte do princípio de que

---

<sup>272</sup> “A coisa julgada nas relações jurídicas de direito público não estão acima dos princípios da moralidade, da legalidade, da igualdade, da eficiência, da probidade e dos direitos da cidadania. Ela, coisa julgada, só tem forma de verdade jurídica quando apresenta-se harmônica com os ditames da Carta Magna e das demais regras jurídicas que, obedecendo aos seus dizeres, formam o ordenamento de direito da Nação. Por último, considere-se o já acentuado, de modo pacífico, na doutrina e na jurisprudência, de que a relação juridico-tributária é de natureza continuativa. Essas relações se sucedem no tempo, mês a mês, pelo que não tem caráter de imutabilidade qualquer declaração de inconstitucionalidade a seu respeito. Por isso, tenho afirmado que pode haver cobrança de tributo, após cada fato gerador, nos períodos supervenientes à coisa julgada, pela presença de relações jurídicas de trato sucessivo.” STJ, RESP 233.662/GO, 1.ª T., j. 14/12/1999, Rel. Min. José Delgado, DJ 8/3/2000, p. 86.

<sup>273</sup> STJ, RESP 233.662/GO, 1.ª T., j. 14/12/1999, Rel. Min. José Delgado, DJ 8/3/2000, p. 86.

<sup>274</sup> ADI 815/DF, rel. Min. Moreira Alves, Pleno, j. 28/3/1996. DJ 10/5/1996.

há hierarquia entre normas ou princípios constitucionais. Segundo porque evidencia-se que a invocação do valor justiça tem uma concepção de justiça peculiar e particular. Tal raciocínio já foi muito bem combatido por Marinoni quando lembra que tais pessoas não afirmam o que é a *justiça* e parece que se limitam a identificar essa com suas opiniões.<sup>275</sup> Terceiro porque nem mesmo decisão do Supremo em matéria de constitucionalidade pode ignorar a intangibilidade da coisa julgada quando superado o prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória.

A despeito de ser a coisa julgada material um princípio constitucionalmente protegido, conforme visto anteriormente, no dizer do Ministro José Delgado ela não poderia ser um *valor* absoluto. Em razão disso, autorizada a superação da coisa julgada material para a realização da *cidadania*.<sup>276</sup> Dito de outra forma, mais importante que a segurança jurídica expressada na coisa julgada seria o entendimento do STF na matéria, de sorte que uma decisão desse tribunal teria eficácia quase rescisória.

Talvez o melhor argumento para sustentar a conclusão do julgado referido acima seria dizer que a segurança jurídica expressada na coisa julgada não pode ser intangível quando a eficácia dessa decisão coberta pela coisa julgada puser a perigo

---

<sup>275</sup> “A ‘tese da relativização’ contrapõe a coisa julgada material ao valor justiça, mas surpreendentemente não diz o que entende por ‘justiça’ e sequer busca amparo em uma das modernas contribuições da filosofia do direito sobre o tema. Aparentemente parte de uma noção de justiça como senso comum capaz de ser descoberto por qualquer cidadão médio (l’uomo della strada), o que a torna imprestável ao seu propósito, por sofrer de evidente inconsistência, nos termos a que se refere CANARIS. [...] *Pelo fato de esses homens terem ou poderem ter opiniões e crenças opostas, é que a vida social tem necessariamente de ser disciplinada dum maneira uniforme para uma força que se ache colocada acima dos indivíduos.*” MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*, p. 664.

<sup>276</sup> “Ressalto, nesta oportunidade, a minha posição doutrinária no sentido de não reconhecer caráter absoluto à coisa julgada material. Filho-me, a respeito, à determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações indenizatórias assumidas pelo Estado. Esse meu posicionamento não nega a proteção do direito subjetivo de qualquer uma das partes. Pelo contrário. A sua proteção apresenta-se devidamente fortalecida, quando a decisão operante da coisa julgada vivifica sem qualquer ataque a princípios maiores constitucionais e que se refletem na proteção da cidadania que com o seu trabalho sustenta, pela via dos tributos pagos, a máquina estatal.” (Voto no RESP 240.712/SP, 1.ª T., j. 15/2/2000, Rel. Min. José Delgado, DJ 24/04/2000, p. 38. Sublinhado do autor).

outros valores do ordenamento jurídico. Isso porque a existência de outros valores dentro do ordenamento jurídico, conforme visto anteriormente, também possuem a função de gerar segurança jurídica. É o caso, por exemplo, da *legalidade* e da *igualdade*, referidas acima como fatores *materiais* de segurança jurídica.

Assim, a segurança jurídica dentro de determinado ordenamento não pode ser restringida pura e simplesmente à manutenção da coisa julgada quando essa decisão significar uma ruptura com outros valores igualmente caros do direito e que contribuam de modo efetivo para gerar segurança jurídica.

Não se disputa que a finalidade do processo é a realização da justiça no caso concreto, mas esta sempre deve ser guiada pelos valores instrumentais da efetividade e segurança jurídica.<sup>277</sup> E a segurança jurídica, como visto, não se resume a uma adequação pura e simples ao texto constitucional: ela parte de um contexto mais amplo e está de acordo também com o espírito da Constituição que reconhece a necessidade de que uma decisão transitada em julgado — mesmo que pautada por norma posteriormente reconhecida como inconstitucional — fique protegida de mudanças jurisprudenciais acerca do entendimento do que seja constitucional.

Para os que defendem a *relativização da coisa julgada* fica a impressão de que o conceito de justiça é igualado ao interesse do prejudicado com a *coisa julgada incômoda*: justo é o que não foi conseguido, é aquilo que a jurisdição não concedeu, o que é contrário aos seus interesses. Todavia, como anota Marinoni, a manutenção da coisa julgada material, por mais injusta que possa ser, ainda é preferível às aparentes injustiças que possa realizar.<sup>278</sup>

---

<sup>277</sup> “Como fonte específica de normas jurídicas processuais devem ser considerados especialmente dois grupos de direitos fundamentais, pertinentes aos valores da efetividade e da segurança jurídica, valores esses instrumentais em relação ao fim último do processo, que é a realização da Justiça no caso concreto.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*, p. 39.

<sup>278</sup> “É óbvio que uma teoria que conseguisse fazer com que todos os processos terminassem com um julgamento justo seria a ideal. Mas, na sua falta, não há dúvida de que se deve manter a atual concepção de coisa julgada material, sob pena de serem cometidas injustiças muito maiores das que as pontuais e raras levantadas pela doutrina. Aliás, a essa mesma conclusão chegou o autor da mais moderna teoria da justiça da atualidade, o recentemente falecido JOHN RAWLS [...] O problema da falta de justiça não

Foi a própria Constituição, quando protegeu a coisa julgada do alcance legislativo, que a colocou em patamar de direito fundamental. Por que motivo então, se não há hierarquia entre normas constitucionais, que a invocação de um interesse — a partir de precedente do STF — pode passar por cima de direito à manutenção da coisa julgada, também assegurado no texto constitucional?

#### 19. Crítica à disparidade de critérios do STJ nas ações rescisórias

Na jurisprudência do STJ já se referiu que a proteção à coisa julgada se faz em nome da segurança jurídica e até em detrimento da *busca pela justiça*, motivo pelo qual as hipóteses de cabimento de ação rescisória são limitadas<sup>279</sup>. Nesse ponto todos parecem concordar. Também foi visto que a doutrina e o próprio Supremo admitem a rescisão dos julgados contrários ao entendimento do STF em matéria constitucional. Todavia, no STJ, quando se trata de admitir a rescisória nessas hipóteses, a situação não é exatamente a mesma.

É que já se inviabilizou o uso de ação rescisória contra decisões anteriores e contrárias a precedente do STF que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de norma que fundamente a decisão rescindenda, pois em nome da segurança jurídica deve existir coisa julgada<sup>280</sup>. Não deixa de ser muito curioso o tratamento dado pelo Superior Tribunal de Justiça nas ações rescisórias para a desconstituição de decisões acerca de temas constitucionais. Para esse Tribunal Superior a maneira como é feito o juízo de constitucionalidade, chancelando ou rejeitando a

---

aflige apenas o sistema jurídico. Outros sistemas sociais apresentam injustiças gritantes, mas é equivocado, em qualquer lugar, destruir os alicerces quando não se pode propor uma base melhor ou mais sólida.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*, p. 665.

<sup>279</sup> AgRg no Ag 558.187/BA, Rel. Ministro Franciulli Netto, 2.ª T., j. 11/05/2004, DJ 20/09/2004 p. 249.

<sup>280</sup> REsp 630.213/PE, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, 1.ª T., j. 22/06/2004, DJ 21/09/2006 p. 217.

adequação da norma ao texto constitucional é determinante para selar a sorte da ação que pretenda rescisão de coisa julgada e pedir novo julgamento.<sup>281</sup>

Tome-se, por exemplo, o precedente da Primeira Seção do STJ, quando no julgamento do AgRg na AR nº 2.912-PR, em 10.12.2003, decidiu, por maioria, que a não incidência do enunciado da Súmula nº 343/STF deve ocorrer apenas na hipótese em que o STF declarar a inconstitucionalidade da lei aplicada pelo acórdão rescindendo.<sup>282</sup> Ou seja, quando for declarada a *inconstitucionalidade de norma pelo STF* será possível o uso da ação rescisória e não terá aplicação a Sum. 343 do STF. Quando for declarada a *constitucionalidade da norma* será aplicável o entendimento sumulado do STF, tornando inviável a rescisória.

O que isso significa? Que a parte que teve um julgamento em que foi reconhecida a constitucionalidade de norma, em julgamento do STF, não poderá se utilizar da ação rescisória para, dentro do prazo legal, fazer prevalecer o precedente em matéria constitucional, nos casos em que esse entendimento não for seguido. Em outras palavras: o caminho da rescisória só serviria àqueles que busquem um novo julgamento a fim de que se reproduza uma decisão pela inconstitucionalidade. É a jurisdição de mão única: para se afirmar a inconstitucionalidade a rescisória serve; para buscar o juízo de conformidade com a Constituição, não. Parece então que só há jurisdição quando se reconhecem inconstitucionalidades, quando se chancela a adequação do texto normativo ao texto constitucional tal fato seria inócuo, carecedor de maior relevância jurídica.

O mesmo entendimento reapareceu na 1.ª Turma do STJ, que afirmou o cabimento da rescisória apenas quando for declarada pelo STF a inconstitucionalidade no controle concentrado ou ainda que no controle difuso, contanto que tenha sido suspensa a execução da norma pelo Senado Federal.<sup>283</sup>

---

<sup>281</sup> AgRg na Ação Rescisória 3.509/PR, Rel. Min. Luiz Fux, 1.ª Seção, j. 9/8/2006. DJ 25/9/2006.

<sup>282</sup> “[...] a Primeira Seção, no julgamento do AgRg na AR nº 2.912-PR em 10.12.2003, decidiu, por maioria, que a não incidência do enunciado da Súmula nº 343/STF deve ocorrer apenas na hipótese em que o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade da lei aplicada pelo acórdão rescindendo.” (Voto do Min. Luiz Fux no RESP. 630.213).

<sup>283</sup> REsp 760.690/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1.ª T., j. 10/10/2006, DJ 09/11/2006 p. 258.

Tal posicionamento da corte superior não demonstra muita lógica ou apreço pelo princípio constitucional da igualdade, muito antes pelo contrário. A parte interessada em fazer valer o precedente do STF em matéria constitucional, dentro do biênio em que a rescisória é legalmente admissível, vê-se diante de gincana jurídica na qual a forma pela qual se chegou a um juízo de constitucionalidade (positivo ou negativo; declaratório da conformidade ou inconformidade com o texto constitucional) pode ser suficiente para selar a sua sorte. Qual a razoabilidade ou juridicidade deste entendimento, utilizado nos precedentes acima?

Será que o fato de ter havido a declaração de constitucionalidade do ato normativo, pelo Supremo, resultará para aquele que teve na sua demanda julgamento em sentido contrário a negativa de acesso à ação rescisória? Ou, talvez, a eficácia das decisões do STF, segundo a ótica particular desses julgados, seja maior, de maior densidade, quando aquele tribunal declara a incompatibilidade do ato normativo para com o texto constitucional? Não parece jurídico ou razoável entender que a consistência dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal possa variar conforme o teor dos julgamentos, de modo a refletir a adequação (ou não) de dispositivo à Constituição.

Felizmente, em julgamento mais recente, a 1.<sup>a</sup> Seção do Superior Tribunal de Justiça entendeu haver um critério único para o cabimento das rescisórias que tenham como causa de pedir o juízo de constitucionalidade do STF, pouco importando ter havido a declaração pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade; em controle abstrato ou concreto.<sup>284</sup> A decisão, relatada pelo ilustre Ministro Teori Albino Zavascki partiu da premissa de que em matéria constitucional existe a interpretação correta: aquela dada pelo STF. Em razão disso, a existência de precedente do Supremo, em matéria constitucional autoriza a rescisão do acórdão ou sentença que tenham fundamento incompatível com o entendimento daquela Corte em matéria constitucional.<sup>285</sup>

---

<sup>284</sup> EREsp 608.122/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1.<sup>a</sup> Seção, j. 09.05.2007, DJ 28.05.2007 p. 280.

<sup>285</sup> “Assim sendo, concorre decisivamente para um tratamento diferenciado do que seja "literal violação" a existência de precedente do STF, guardião da Constituição. Ele é que justifica, nas ações rescisórias, a substituição do parâmetro negativo da Súmula 343 por um parâmetro positivo, segundo o qual **há violação à Constituição na sentença que, em matéria constitucional é contrária a pronunciamento**

Espera-se que o entendimento mais recente venha a prevalecer para que o sistema jurídico, bem como suas regras, tenham uma só interpretação para todos e que o resultado da jurisdição seja provável, razoável e coerente com os precedentes que venham a se sedimentar em matéria constitucional – mormente quando estes foram firmados de acordo com o entendimento do STF.

## 20. Crítica às decisões que geram insegurança jurídica

Mas nem todos os julgados de nossa jurisdição constitucional levam em conta as razões de segurança jurídica, que tiveram três de suas formas explicitadas anteriormente. A verdade é que sendo o princípio da segurança jurídica um *subprincípio do Estado de direito*, tal como mencionado em um dos arestos já citados, ele deveria permear toda a atividade da jurisdição constitucional bem como a tarefa do intérprete autorizado da Carta Magna.

Mas nem sempre é assim. Ultimamente o direito tributário tem se prestado a grandes teorizações acerca da aplicação do princípio da segurança jurídica, notadamente nas decisões Superior Tribunal de Justiça. Nesse tribunal superior a segurança aparece mais como *fundamento* para as sentenças<sup>286</sup> e nalgumas vezes para a

---

**do STF.** Precedente da 1ª Seção: EREsp 391594/DF, Min. José Delgado, DJ de 30.05.2005. 8. No caso dos autos, **a existência de precedente do STF, ainda que em controle difuso** (RE 150.755-1-PE, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence), **reconhecendo a constitucionalidade** do art. 28 da Lei 7.738, de 09.03.89, relativamente às empresas 'exclusivamente prestadoras de serviços', que anteriormente não foi aplicado sob alegação de inconstitucionalidade, **enseja o cabimento da ação rescisória**. 9. Embargos de divergência providos.” (EREsp 608.122/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1.ª Seção, j. 09.05.2007, DJ 28.05.2007 p. 280. Negrito do autor).

<sup>286</sup> Nesse sentido, por exemplo: REsp 448.688/MS, Rel. Min. José Delgado, 1.ª T, DJ 02.12.2002; AgRg no Ag 558.187/BA, Rel. Min. Franciulli Netto, 2.ª T., DJ 20.09.2004 e EREsp 539.212/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1.ª Seção, DJ 27.06.2005.

proteção do interesse público<sup>287</sup>. Mas considerando que a jurisdição constitucional tem grande influência sobre a coisa julgada – até porque o tema tem assento constitucional, cabe destacar os reflexos que as decisões do Supremo Tribunal Federal trazem para a segurança jurídica.

Tome-se, por exemplo, o caso da interpretação do princípio constitucional da não-cumulatividade do imposto de produtos industrializados – IPI (art. 153, § 3.º, inciso II). Nessa questão o Supremo inicialmente afirmou que a aquisição de insumos sujeitos à *alíquota zero*, assim como ocorria com os isentos (RE 212.414) gerava crédito do imposto (RE 353.667/PR; RE 350.446/PR, DJ 6/6/2003). Posteriormente, ao ter de se manifestar sobre outra modalidade de matérias-primas desoneradas (insumos utilizados no processo produtivo), qual seja, os *insumos não-tributados* a revisou a posição que adotara anteriormente: atualmente o tribunal entende que a aquisição de insumos não-tributados assim como a de insumos sujeitos à alíquota zero do imposto não dão direito ao crédito de IPI.<sup>288</sup>

---

<sup>287</sup> “A indevida ou gratuita expedição da certidão fiscal **poderá comprometer gravemente a segurança dessas relações jurídicas**, assumidas na crença da seriedade e da fidelidade da certidão. É risco a que estarão sujeitos, não propriamente o Fisco – cujos créditos, apesar de a certidão negativa sugerir o contrário, continuarão existindo, íntegros, inabalados e, mais ainda, garantidos com privilégios e preferências sobre os dos demais credores –, mas os terceiros que, assumindo compromissos na confiança da fé pública que a certidão negativa deve inspirar, poderão vir a ter sua confiança futuramente fraudada, por ter sido atestado, por certidão oficial, como verdadeiro um fato que não era verdadeiro. Nessas circunstâncias, expedir certidão, sem rígidas garantias, atenta contra a segurança das relações jurídicas, especialmente quando o devedor não contesta a legitimidade do crédito tributário pendente.” RESP 545.871/PR, com acórdão da lavra do E. Min. Teori Albino Zavascki. (Negrito do autor).

<sup>288</sup> O eminente Min. Marco Aurélio quando proferiu voto no RE 353.657-5/PR, chegou a confessar a sua perplexidade e a mudança de posicionamento provocada pela inviabilização do imposto sobre produtos industrializados como receita pública: “A não-tributação e a alíquota zero são práticas específicas, que encontram motivação única, em vista do mercado. [...] Sob qualquer ângulo que se examine o pleito dos contribuintes, surgem perplexidades que jamais poderão ser tidas como simples decorrência do sistema constitucional. [...] Admito haver votado, quando do julgamento dos Recursos Extraordinários nos 350.446/PR, 353.668/PR e 357.277/RS, acompanhando o relator. **A reflexão sobre o tema levou-me a formar convencimento diverso, afetando este extraordinário ao Colegiado**, e, então, cumpre-me, como **cumpra a todo e qualquer juiz, evoluir, reconhecida razão à tese inicialmente rechaçada**. Digo mesmo que, a **prevalecer a conclusão a que chegou o Colegiado nesses recursos extraordinários, ter-**

Embora essa última decisão acerca da exegese de preceito constitucional esteja correta do ponto de vista técnico (e tributário)<sup>289</sup>, não se pode deixar de vislumbrar nela um efeito colateral negativo: ela muda uma posição que havia firmado anteriormente — quase de forma unânime — no sentido do direito ao crédito por conta da aquisição das mesmas espécies de matérias-primas desoneradas.

Não obstante, o Supremo afirmou não ter havido aí ofensa à segurança jurídica dado que a discussão sobre o tema não teria chegado a um ponto final no STF: as decisões contrárias naquele tribunal não haviam transitado em julgado. Para o Supremo só se poderia falar em segurança jurídica após o resultado do julgamento, quando esse fosse formalizado.<sup>290</sup>

Ocorre que também esse entendimento merece reparos. Se a segurança jurídica advém da *proclamação do resultado do julgamento* pelo Supremo, o que se deve entender por isto? Que da publicação do precedente do plenário do STF nasce a segurança jurídica ou da finalização do julgamento?

Se a proclamação do resultado for identificada com a *publicação do resultado* no Diário Oficial, o novo precedente — ainda que correto, diga-se de passagem — arranhou a segurança jurídica: a verdade é que os precedentes relativos ao caso tratado (lá identificado como *IPI Alíquota zero*) já haviam sido publicados pelo menos sete semestres antes da mudança de entendimento aludida anteriormente, em que

---

**se-á o esvaziamento do Imposto sobre Produtos Industrializados nos últimos anos, com passivo da União conflitante com o Diploma da República [...]**” (Negrito do autor).

<sup>289</sup> Basta observar o que dissera o mesmo Tribunal quando analisou o princípio da não-cumulatividade em relação ao ICMS, imposto que guarda grande semelhança com IPI: “O princípio da não-cumulatividade opera a compensação do tributo pago na entrada da mercadoria com o valor devido por ocasião da saída, evitando-se a sua cumulação. **Se uma das operações não é tributada, não há possibilidade de cumulação, inexistindo espaço para compensação.**” (RE 212.019, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 21/05/99. Negrito do autor).

<sup>290</sup> “Afirmou-se que a segurança jurídica estaria na proclamação do resultado dos julgamentos tal como formalizados, dando-se primazia à Constituição Federal e exercendo o Supremo o papel de preservar esta e os princípios que a ela são ínsitos, como o da razoabilidade e do terceiro excluído.” RE 370682/SC, rel. Min. Ilmar Galvão, 25/6/2007. Informativo STF 473.

se negou o direito ao creditamento do imposto na aquisição de insumos não-tributados ou tributados com a alíquota zero do IPI.<sup>291</sup>

Se para ficar caracterizada a proclamação do resultado, geradora da segurança jurídica, bastar a conclusão do julgamento então a situação piora ainda mais. Sendo os julgamentos do Supremo públicos, com o resultado dos julgamentos informados tanto na rede mundial de computadores como no resumo semanal, conhecido como “Informativo STF”, a verdade é que as decisões do Supremo repercutem intensamente no meio jurídico e ganham a imprensa especializada ou não no dia seguinte. Logo é intuitivo imaginar que assim que o Supremo decide uma questão, pelo seu Plenário, fixada, atualizada e sedimentada está a interpretação do dispositivo constitucional. Querer teorizar acerca do *termo inicial* da segurança jurídica, decorrente das decisões do Supremo, nos tempos atuais, é fechar os olhos para a realidade. O Supremo deve saber as graves conseqüências dos seus pronunciamentos e é bom que medite sobre isto sob pena de alterações seguidas comprometerem a credibilidade do que é decidido, ou pior ainda, da própria instituição – o que certamente ninguém deseja.

Mas apenas para ilustrar o quão cambiante tem sido a jurisprudência de nosso órgão máximo de jurisdição constitucional, vamos a outros exemplos.

Também a questão relativa à constitucionalidade da exigência de depósito prévio para a interposição de recurso administrativo em matéria tributária acabou sendo revista. A jurisprudência do STF, ao analisar o pedido de medida cautelar na ADI 1922, entendeu de maneira pacífica ser legítimo e constitucional o depósito recursal para recorrer na esfera administrativa – por não haver qualquer ofensa aos incisos do art. 5.º da Constituição.<sup>292</sup>

---

<sup>291</sup> Por exemplo: “O Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu, em favor da empresa contribuinte, a existência do direito ao creditamento do IPI, na hipótese em que a aquisição de matérias-primas, insumos e produtos intermediários tenha sido beneficiada por regime jurídico de exoneração tributária (regime de isenção ou regime de alíquota zero), incorrendo, em qualquer desses casos, situação de ofensa ao postulado constitucional da não-cumulatividade. Precedentes.” RE AgR 293.511/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 11/02/2003, 2.ª T. DJU DJ 21/03/2003, p. 63.

<sup>292</sup> “Com efeito, esta Corte, por ambas as suas duas Turmas, tem entendido que a exigência do depósito prévio de valor relativo à multa para a admissão de recurso administrativo não ofende o disposto nos

Todavia, em março de 2007, o STF entendeu ser *inconstitucional a exigência de depósito prévio como condição de admissibilidade de recurso na esfera administrativa* por reputar que a exigência “ofende o art. 5.º, LV, da CF – que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes —, bem como o art. 5.º, XXXIV, a da CF, que garante o direito de petição, gênero no qual o pleito administrativo está inserido, independentemente do pagamento de taxas<sup>293</sup>. O mesmo entendimento determinou a procedência da ADI 1922/DF, revertendo a orientação firmada por ocasião da cautelar.<sup>294</sup>

Outro caso significativo é o da base de cálculo da contribuição para o financiamento da seguridade social - COFINS. O STF, por suas duas Turmas, já entendeu que o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços – ICMS poderia ser incluído na base de cálculo da COFINS<sup>295</sup>. Atualmente, embora o julgamento esteja inconcluso, a maioria da Corte já se inclinou pela exclusão da parcela daquele imposto (ICMS) da base de cálculo da contribuição social (COFINS).<sup>296</sup>

Também com os tributos estaduais o mesmo fenômeno se repetiu. O Supremo atualmente entende que os *bens comercializados pelas entidades beneficentes*

---

incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5.º da Constituição, porquanto não há, nesta, a garantia do duplo grau de jurisdição administrativa [...] De outra parte, esse depósito é requisito de admissibilidade de recurso administrativo e não o pagamento de taxa para o exercício do direito de petição, não se lhe aplicando, até por isso, o disposto no art. 5.º, XXXIV, ‘a’, da Constituição.” ADI-MC 1922/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 06/10/1999, Pleno. DJ 24/11/2000.

<sup>293</sup> “Vencido o Min. Sepúlveda Pertence que, reportando-se ao voto que proferira no julgamento da ADI 1922 MC/DF (DJU de 24.11.2000), negava provimento ao recurso ao fundamento de que a exigência de depósito prévio não transgride a Constituição Federal, porque esta não prevê o duplo grau de jurisdição administrativa.” RE 388.359/PE, rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. 28/3/2007. Informativo 461.

<sup>294</sup> ADI 1922/DF e ADI 1976/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, j. 28/3/2007. Informativo 461.

<sup>295</sup> Na 2.ª Turma: RE-AgR 391.371/BA, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 8/3/2005. Na 1.ª Turma: RE-AgR 399.979/RN, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 01/02/2005.

<sup>296</sup> RE.240.785/MG, rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/8/2006.

*de assistência social* são imunes ao ICMS<sup>297</sup>. No entanto, nem sempre foi assim. Entendia o Pretório Excelso, desde a Emenda Constitucional de 1/69, que na venda de bens fabricados por *entidade beneficente de assistência social* incidia o ICMS<sup>298</sup> pois este imposto era suportado pelo consumidor – já que estava embutido no preço.<sup>299</sup>

Para não se dizer que este tipo de jurisprudência peculiar é limitado à matéria tributária, observe-se que também noutras matérias jurídicas o fenômeno se repetiu. Tome-se o caso do direito penal e mais particularmente o dos crimes hediondos. O Supremo sempre considerou constitucional a lei dos crimes hediondos<sup>300</sup>, o que variou foi o entendimento acerca da progressividade do regime de cumprimento de pena.

O art. 2.º, § 1.º da Lei n.º 8.072/90, na sua redação original, previa que o *cumprimento de pena* deveria ser feito em *regime integralmente fechado*. O Supremo, até 2005, considerava este dispositivo legítimo<sup>301</sup>, ou seja, constitucional a vedação à progressão de regime de cumprimento de pena<sup>302</sup> — embora em alguns julgados do STJ

---

<sup>297</sup> “A imunidade do art. 150, VI, letra ‘c’ da CF/88 abrange o ICMS, pois no RE 210.251/SP (DJU 28/11/2003) o Plenário entendera que as entidades de assistência social são imunes à incidência do ICMS relativamente à comercialização de bens por ela produzidos.” RE 186.175 EDiv-ED/SP, Ellen Gracie, j. 23/8/2006. Informativo STF 437.

<sup>298</sup> RE 191.067, Rel. Min. Moreira Alves, j. 26/10/99, DJ de 3/12/99. No mesmo sentido: RE 164.162, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 14/5/96, DJ de 13/9/96.

<sup>299</sup> RE 189.912, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 26/3/99, DJ de 25/6/99.

<sup>300</sup> “A Lei 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, atendeu ao comando constitucional. Considerou o tráfico ilícito de entorpecentes como insuscetível dos benefícios da anistia, graça e indulto (art. 2º,I). E, ainda, não possibilitou a concessão de fiança ou liberdade provisória (art. 2º, II). A jurisprudência do Tribunal reconhece a constitucionalidade desse artigo.” (HC 80.886, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 14/06/02).

<sup>301</sup> Não é possível, nos delitos aludidos, a progressão, tendo em vista o disposto no art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, reputada como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária (HC 69.657-1/SP, Rel. Ministro Francisco Rezek, DJ 18/06/93, p. 12.111).

<sup>302</sup> “A pena por crime previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (crime hediondo) deverá ser cumprida em regime fechado. Inocorrência de inconstitucionalidade. CF, art. 5º, XLIII.” (HC 85.379, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 13/05/05).

já fosse admitida a progressão.<sup>303</sup> Entretanto, a partir de 2006 o Supremo passou a entender ser inconstitucional o dispositivo da lei dos crimes hediondos que vedou a *progressão de regime* de cumprimento de pena, já que o regime de individualização da pena seria direito constitucional do apenado<sup>304</sup>. Foi, portanto, abandonada a concepção anterior quanto ao regime de cumprimento de pena para os denominados crimes hediondos.

Outro exemplo tirado do direito penal é a questão da prisão civil do *devedor fiduciante*.<sup>305</sup> O Supremo entendia, nos termos do Decreto-Lei n.º 911/69, ser legítima e não ofender a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de

---

<sup>303</sup> “CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. A Turma, por unanimidade, entendeu ser possível conceder a progressão de regime prisional aos condenados por crimes hediondos (art. 112 da Lei n. 7.210/1984 e art. 33, § 2º, do CP). [...] No mérito, após o voto do Min. Relator concedendo a ordem a fim de assegurar ao paciente a **progressão de regime**, verificou-se empate na votação, prevalecendo decisão mais favorável ao réu.” HC 41.335-SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. 16/6/2005. Informativo STJ 251. (Negrito do autor).

<sup>304</sup> “[...] o Tribunal, por maioria, deferiu pedido de *habeas corpus* e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no art. 1.º do mesmo diploma legal. [...] entendeu-se que **a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena** (CF, art. 5.º LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto **impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena** (Lei 8.072/90, art. 5.º). O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, uma vez que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.” HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/2/2006. Informativo STF 418. (Negrito do autor).

<sup>305</sup> O art. 4.º do Decreto-Lei 911/69 permite seja dado ao devedor fiduciário, que não estiver na posse do bem, o mesmo tratamento conferido ao depositário infiel: ou seja a sua *prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia*.

São José da Costa Rica).<sup>306</sup> Todavia, o tema voltou a ser objeto de discussão no Supremo, sendo que a maioria, até o presente momento, já se manifestou pela inconstitucionalidade da equiparação entre o contrato de depósito e o de alienação fiduciária para permitir a prisão – seguindo o voto do relator.<sup>307</sup> O Min. Gilmar Mendes é um dos que acompanhou o voto do relator<sup>308</sup>, embora o julgamento esteja inconcluso em face de pedido de vista do Min. Celso de Mello.<sup>309</sup>

Também quanto ao alcance das normas constitucionais que disciplinam a legitimidade ativa para o controle abstrato, o Supremo mudou o seu entendimento. Quanto ao conceito de *entidade de classe de âmbito nacional*, o Supremo passou a entender que *associação de associações* preenche o requisito constitucional de legitimidade.<sup>310</sup> Tanto que hoje a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP tem legitimidade para a ação direta.<sup>311</sup> Acabou sendo superado,

---

<sup>306</sup> “**A prisão civil** do devedor fiduciante, **nas condições** em que prevista pelo DL nº 911/69, **reveste-se** de plena legitimidade constitucional e **não transgride** o sistema de proteção instituído pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Precedentes.**” HC N. 81.319/GO, Rel. Min. Celso de Mello. Informativo STF 397. (Negrito do autor).

<sup>307</sup> O Ministro Cezar Peluso afirmou “que entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia não há afinidade, conexão teórica entre dois modelos jurídicos, que permita sua equiparação.” RE 466.343/SP, Pleno, j. 22/11/2006. Informativo STF 450.

<sup>308</sup> “[...] os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do pacto Internacional dos Direitos civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7.º, 7), **não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel.**” Informativo STF 449. (Negrito do autor).

<sup>309</sup> Mas a maioria (7 ministros) já se manifestou pela inconstitucionalidade: os Ministros Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio

<sup>310</sup> ADIn 3153-AgRg, j. 12/08/04, Sepúlveda Pertence.

<sup>311</sup> “ADIn: legitimidade ativa: ‘entidade de classe de âmbito nacional’ (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. 1. Ao julgar, a ADIn 3153 – AgR, 12.08.04, Pertence, Inf STF 356, o plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau – as chamadas ‘associações de associações’ – do rol de legitimados à ação direta. 2. De qualquer sorte, no novo estatuto da CONAMP – agora Associação Nacional dos

portanto, o entendimento anterior, que desqualificava para as chamadas “*associações de associações*” a iniciativa para a ação direta.<sup>312</sup>

Como conseqüência desse tipo de decisão é presumível que na esteira das mudanças de entendimento venham outras, bem como seus reflexos no controle difuso exercido pelo restante do Judiciário. Podemos esperar rescisórias e repercussões sobre a coisa julgada, a partir da mudança de entendimento do Supremo, isto sem falar nas nefastas conseqüências psicológicas para os profissionais do direito, toda vez que a causa de pedir contemplar fundamento constitucionalizado: se o STF disse uma vez, não quer dizer que diga novamente; se ele mudou de opinião num caso, porque não esperar que quando julgue a minha demanda venha a fazer o mesmo?

Como fica a segurança jurídica expressada na coisa julgada, a ser construída a partir da orientação a ser dada pela Suprema Corte, quando nem esta parece pacificar definitivamente as controvérsias jurídicas? Afinal, diante dessa perspectiva, qual a serventia do Direito? O que pode a sociedade esperar dele? Ou, pior, será que ele está cumprindo o seu papel ordenador da sociedade? Será o Direito apenas uma espécie de jogo, a sustentar carreiras acadêmicas, jurídicas ou bancas de advocacia? Não deixam de ser pertinentes os reparos que Guido Soares faz ao sistema jurídico romano-germânico pelos problemas práticos que ele tem provocado pelo seu apego a raciocínios formalmente perfeitos.<sup>313</sup>

É desejável que o *tribunal guardião da Constituição*, no exercício da jurisdição constitucional (ainda que difusa) demonstre o porquê e para que muda sob

---

Membros do Ministério Público – a qualidade de ‘associados efetivos’ ficou adstrita às pessoas físicas integrantes da categoria, - o que bastaria a satisfazer a antiga jurisprudência restritiva.” ADI 2.794/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 20/4/2007. Informativo STF 463.

<sup>312</sup> ADInMC 1.402, de 29.2.96, red. p/acórdão Maurício Corrêa.

<sup>313</sup> “Os perigos em tal tipo de sistema se referem ao culto desmesurado à lógica formal e à racionalidade da construção dedutiva, tida como válida por seu próprio rigor arquitetural, por ela mesma válida, porque racional e coerente dentro do raciocínio abstrato, mas com um acentuado desprezo pelos resultados, na vida corrente. Efetividade no sentido da atuação da norma na realidade do dia-a-dia é preocupação, de certa maneira, secundária.” SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*, pp. 28/29.

pena de serem suas próprias decisões fatores de insegurança jurisprudencial — quando na verdade deveriam ser justamente o contrário. A sociedade quer, espera e precisa que o direito cumpra o seu papel e esse caráter assecuratório da segurança jurídica. E essa segurança jurídica começa com a certeza da interpretação do órgão encarregado da jurisdição constitucional concentrada nos temas de direito constitucional.<sup>314</sup>

A discussão de matéria constitucional, levada à apreciação da jurisdição constitucional, ainda que pela via difusa, não pode demorar um lapso de tempo capaz de gerar confusão e instabilidade no sistema jurídico. Nesse particular seria separar definitivamente o órgão encarregado de exercer o controle abstrato de constitucionalidade daquele que o faz no caso concreto – como anota Souza Junior.<sup>315</sup> Ou, então, bom provocar a realmente a suspensão de todos os feitos em que se discute matéria constitucional para evitar que decisões distintas sobre a mesma matéria gerem situações jurídicas incompatíveis quando os fatos ou fundamentos jurídicos são semelhantes.<sup>316</sup>

A alteração do art. 543 do CPC, embora contenha parte dessa última idéia, fica no meio do caminho. O mencionado dispositivo legal, ao prever o sobrestamento dos recursos dirigidos ao STF que abordem temas idênticos aos já inserido na temática de julgamentos de nosso órgão de cúpula do judiciário não impede que outros juízes continuem a proferir a mais ampla gama de decisões, quiçá contraditórias, sobre assuntos nitidamente constitucionais. É que a previsão normativa

---

<sup>314</sup> “O controle abstrato de normas destina-se, precipuamente, á defesa da Constituição e da ordem federal, devendo criar segurança jurídica ao permitir o controle da constitucionalidade do direito estadual e federal independentemente de qualquer situação concreta. Segurança jurídica resulta tanto da constatação da inconstitucionalidade da norma (*finalidade negativa*) quanto do reconhecimento da sua constitucionalidade.” MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional*, p. 96.

<sup>315</sup> “Essa função jurisdicional alargada não se coaduna com o poder judiciário, máxime na via do controle difuso, pois importaria uma politização tão dramática da vida jurídica que inviabilizaria a estabilidade das instituições democráticas.” SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder*, p. 111.

<sup>316</sup> “[...] seria recomendável que todos os processos que envolvessem a mesma *quaestio iuris* constitucional permanecessem no aguardo da decisão final do Supremo Tribunal Federal.” AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de argüição de inconstitucionalidade*, p. 112.

se volta apenas para impedir o avultamento de recursos no STF e após o encerramento da jurisdição ordinária, quando a parte prejudicada pela decisão que reputa incompatível com o texto constitucional

A regra citada não resolve um problema crônico do nosso arranjo institucional: há um mesmo órgão, o STF, que diz a palavra final em sede de controle de constitucionalidade. Ele o faz tanto no controle difuso e concreto, em derradeiro grau recursal, e no controle concentrado e concreto, como única instância, mediante ações diretas. E o problema reside também no fato de que ambas as decisões possuem eficácia muito próxima, permitindo a desconstituição das decisões que as contrariem, embora a decisão final no controle difuso se arraste por longos anos.

Isso sem mencionar o fato de que um sistema que dá margem a rupturas da coisa julgada toda vez que a sua formação pela jurisdição ordinária divergir da interpretação dada em tema constitucional pelo órgão encarregado de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade é problemático.<sup>317</sup>

Por todos esses problemas acima referidos e que envolvem a jurisdição constitucional, fica cada vez mais clara a necessidade de criação de um tribunal constitucional.<sup>318</sup>

---

<sup>317</sup> “Havendo uma decisão definitiva e com força de coisa julgada, estabelecida pela estrutura judicial, discute-se se, na eventualidade de uma decisão posterior do Tribunal Constitucional, sobre a mesma lei, mas com divergência acerca de sua avaliação (um considera-a constitucional e o outro inconstitucional) acerca da subsistência da primeira e, pois, da própria coisa julgada [...]. Sistemas que permitem tais ocorrências são inadequados, sendo de se supor que as implicações de legitimidade democrática, de segurança e igualdade jurídicas e de unidade e supremacia da Constituição impedem o equacionamento da questão dessa forma. Nesse contexto, considere-se que a orientação dos tribunais ordinários quanto ao sentido da Constituição é comumente distinta daquela realizada pelo Tribunal Constitucional.” TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*, p. 153.

<sup>318</sup> “[...] sem uma jurisdição constitucional, da qual o Tribunal Constitucional é o instrumento mais evoluído, não há falar em supremacia do direito, menos ainda em controle de constitucionalidade, nem, rigorosamente, em verdadeiro direito constitucional.” SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder*, p. 110.

## 21. A Constituição como fonte da segurança jurídica

A densificação dos maiores valores do ordenamento jurídico dentro do texto constitucional<sup>319</sup>, expressada contemporaneamente por um incremento gradativo do caráter analítico de seus dispositivos<sup>320</sup>, favorece a abordagem constitucional dos assuntos já que praticamente muitos — para não dizer quase todos — integram o conteúdo da Constituição<sup>321</sup>. Daí que tanto o trato de temas de índole constitucional como a remissão a princípios ou regras dessa ordem é cada vez mais freqüente.

---

319 “A Constituição é a ordem fundamental jurídica da coletividade. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve forma-se unidade política e tarefas estatais ser exercidas. Ela regula procedimentos de vencimento de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica.” HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 37.

320 “As Constituições prolixas, cada vez mais numerosas, são em geral aquelas que trazem matéria por sua natureza alheia do direito constitucional propriamente dito. Trata-se ora de minúcias de regulamentação, que melhor caberiam em leis complementares, ora de regras ou preceitos até então reputados pertencentes ao campo da legislação ordinária e não do direito constitucional, em cuja esfera entram apenas formalmente, por arbítrio do legislador constituinte, para auferir garantias que só a Constituição proporciona em toda a amplitude.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 73.

321 “As Constituições se fizeram desenvolvidas, volumosas, inchadas, em conseqüência principalmente das seguintes causas: a preocupação de dotar certos institutos de proteção eficaz, o sentido de que a rigidez constitucional é anteparo ao exercício discricionário da autoridade, o anseio de conferir estabilidade ao direito legislado sobre determinadas matérias e, enfim, a conveniência de atribuir ao estado, através do mais alto instrumento jurídico que é a Constituição, os encargos indispensáveis à manutenção da paz social. São Constituições prolixas ou extensas: a vigente Constituição Brasileira, de 1988 [...]”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 74.

Sendo a segurança um dos pilares sobre os quais se assenta o texto constitucional<sup>322</sup>, ou um dos valores contemplados pelo seu texto, tem-se que com a efetividade<sup>323</sup> das disposições constitucionais se contribui decisivamente para consolidar a idéia de segurança jurídica.<sup>324</sup>

A realização dos preceitos constitucionais, de sorte a efetivar a segurança jurídica<sup>325</sup>, passa invariavelmente pela existência de mecanismos que priorizem o texto constitucional no confronto com os demais atos normativos componentes do sistema jurídico.<sup>326</sup> E em razão da experiência histórica, a doutrina foi paulatinamente percebendo as vantagens de se atribuir essa tarefa de defesa da Constituição a um órgão jurisdicional.<sup>327</sup>

---

322 “Introduzindo o longo capítulo sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, o artigo 5.º reconhece como invioláveis e garante a todos os cidadãos o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, que são, fundamentalmente, direitos naturais inerentes à existência da pessoa humana em sociedade. Note-se que liberdade, igualdade e segurança são reiteradas como fundamentos principais da Carta Constitucional, demonstrando a relevância dada pela Constituinte a esses valores” MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio. *Segurança jurídica e jurisprudência*, p. 17.

323 “A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.” BARROSO, Luis Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 83.

324 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 253.

325 “Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.” HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, p. 15.

326 “A instituição da **fiscalização judicial da constitucionalidade das leis** e demais actos normativos do Estado constitui, nos modernos Estados constitucionais e democráticos, um dos mais relevantes instrumentos de controlo do cumprimento e observância das normas constitucionais.” CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, p. 889. (Negrito do original).

327 “[...] não é com o próprio Parlamento eu podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação [nulificação] de seus atos inconstitucionais [...] um tribunal constitucional.” Kelsen, Hans. *Jurisdição constitucional*, p. 150. A expressão entre colchetes é, segundo o Prof. Luís Afonso Heck, a que melhor expressa a idéia contida no texto original.

Essa maneira de efetuar a defesa da Constituição ao ser realizada por um órgão jurisdicional, recebe a denominação de *jurisdição constitucional*<sup>328</sup>. O exercício dessa jurisdição resulta também numa contribuição para o incremento da segurança jurídica. Portanto, se pode afirmar que a jurisdição constitucional conduz a Constituição ao seu aspecto dinâmico e exorta todos ao seu cumprimento: o texto escrito ganha eficácia<sup>329</sup> e, como consequência, contribui para a estabilidade e coesão do sistema jurídico.

Interessante observar que essa jurisdição desempenha não só a defesa da Constituição como a sua própria conformação<sup>330</sup>. Carnelutti já acentuava a importância da atuação jurisdicional no processo construtivo do direito pois para ele o direito – e aí podemos incluir o constitucional – vindo do legislativo era algo inacabado e que para servir ao *consumo* deveria passar pela sua reelaboração judicial.<sup>331</sup>

---

328 “A garantia jurisdicional da Constituição — a jurisdição constitucional — é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais.” KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, pp. 123/124.

329 “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade.” HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, p. 14.

330 “[...] o juiz é, por múltiplas razões, coagido a fazer obra criadora. Primeiro, porque toda norma tem necessidade de ser interpretada. Depois, porque nenhuma codificação poderia prever a diversidade das situações de vida, e a previsão do mais sábio dos legisladores é frustrada pelo progresso das técnicas, pela modificação das condições econômicas e sociais, pela evolução dos costumes e pela variação da moral resultante disso. Mais do que o legislador, as cortes e os tribunais estão aptos a seguir passo a passo as alterações da sociedade e a estabelecer conexões até então despercebidas.” RIGAUX, François. *A lei dos juízes*, p. 185.

331 “Ahora bien, hay que agregar que el derecho quando sale de la oficina legislativa, no es sin más un producto acabado; por el contrario, para que sirva al consumo, deve ser sometido a una elaboración ulterior. A la verdad, ¿qué es lo que hacen los jueces, sino algo que puede ser eficazmente equiparado al tejido de la Lana hilada o cardada? Si bastasen las leyes, no habría necesidad de los jueces, ¿no es verdad? También los jueces, pues, son obreros del derecho.” CARNELUTTI, Francesco. *Cómo nace el derecho*, p. 12.

Logo, é a atividade do intérprete que faz a ligação daquele conceito abstrato, insculpido no texto normativo com a realidade presente onde a norma deve atuar. Do contrário, de nada adiantaria a existência de um texto escrito que não se traduzisse em comandos efetivos ao restante do ordenamento jurídico.

Além do mais, tendo os dispositivos da Constituição um conteúdo passível de ser interpretado de maneira diversa por pessoas distintas<sup>332</sup>, torna-se necessária a existência de um órgão que solucione e defina o conteúdo das normas constitucionais — embora a possibilidade de controle da constitucionalidade tenha sido distribuída por todos os órgãos jurisdicionais brasileiros.<sup>333</sup>

Portanto, além de a jurisdição constitucional desempenhar um papel relevante na efetivação da segurança jurídica é importante que um órgão jurisdicional o faça de modo determinante e definitivo tanto para a totalidade do sistema jurisdicional como para todo o ordenamento jurídico.

## 22. A jurisdição constitucional

Parece hoje estar em voga a ligação entre *Constituição* e *jurisdição constitucional*: não se pensa naquela sem esta.<sup>334</sup> Vem daí o aumento gradativo da

---

332 “Porque as concepções de justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc. diferem tanto, conforme o ponto de vista dos interessados, que, se o direito positivo não consagra uma delas, qualquer regra de direito pode ser justificada por uma dessas concepções possíveis.” KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, p. 168.

333 “No sistema de controle de constitucionalidade brasileiro qualquer juiz ou Tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei que tenha de ser aplicada a um caso concreto.” MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, p. 19.

334 “No constitucionalismo recente parece defende-se, em geral, a conexão necessária entre Constituição e jurisdição constitucional. W. Kāgi escreveu impressivamente: ‘diz-me a tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu digo-te que conceito de Constituição tens’.”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 892.

importância da jurisdição constitucional, que após 1988, entre nós, vai ganhando maior vulto na forma de controle concentrado de constitucionalidade.<sup>335</sup> A própria atividade jurisdicional de defesa da Constituição percebe que uma das conseqüências de suas decisões, ao fixar a interpretação do texto constitucional, é dar sentido à ordem jurídica e eliminar a insegurança.<sup>336</sup>

Isso porque a Constituição, além do caráter principiológico, enunciador de garantias e direitos fundamentais, definição de competências, estruturação estatal<sup>337</sup>, é também um diploma jurídico por excelência<sup>338</sup> por ser o fundamento do qual as demais normas derivam.<sup>339</sup> E, sendo direito, se não tiver uma diretriz determinada e

---

335 “A Constituição de 1988 [...] conferindo ênfase não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.” MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, p. 80.

336 “Em termos de respeito à Lei Maior, creio que não se pode adotar uma posição flexível e que potencialize o fim buscado com a norma editada; é mister que se caminhe com passos firmes no sentido da preservação do que nela se contém, sob pena de grassar a insegurança. Tenho que, pelo ângulo do sinal do bom Direito, deve a Corte caminhar no sentido da suspensão do preceito no que transgredir a norma proibitiva de emendas que suprimam direitos e garantias individuais.” (Voto do Min. Marco Aurélio ao analisar o pedido de medida cautelar na ADI 939-7/DF).

337 “A constituição seria, pois, algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade [...]” SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 36.

338 “Todas as disposições constitucionais têm a estrutura lógica e o sentido das normas jurídicas. [...] É errôneo pretender que certas disposições constitucionais, só porque não têm uma eficácia positiva direta e imediata, não sejam normas jurídicas [...]” SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 51.

339 “Essa regra para a criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação, forma a Constituição no sentido próprio, original e estrito da palavra. Ela é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal.” KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, p. 131.

igualitária, ele deixa de ter sentido<sup>340</sup> — principalmente por ter a Constituição consagrado o princípio da igualdade.

Daí que a jurisdição constitucional realiza esta tarefa ao dar concretude e sentido às normas constitucionais<sup>341</sup>, de maneira uniforme e definitiva. Em decorrência dessa atividade, firmando o sentido dos princípios aplicáveis ao restante da legislação, a jurisdição constitucional imprime um mínimo de certeza àquele que vá interpretar e aplicar as normas a partir de valores constitucionais.

O exercício da jurisdição constitucional, confiada primordialmente ao Supremo Tribunal Federal<sup>342</sup> (o texto constitucional lhe atribui a função de *guarda da Constituição*, art. 102, *caput*) é intimamente ligado à segurança jurídica — conforme aquela instituição mesmo o disse<sup>343</sup>. E o valor *segurança jurídica* é freqüentemente

---

340 “Hoje, a proliferação de ordens jurídicas múltiplas reduziu a nada a esperança de reduzir as dissensões pelo direito. As próprias ordens jurídicas a partir de então tomam parte na luta. Não se matou, massacrrou e torturou menos sob a bandeira do direito do que sob o estandarte da religião. Mesmo quando a concorrência entre elas é menos sanguinária, as ordens jurídicas disputam o poder de uma maneira anárquica que é a negação do que se quis apresentar como a idéia do direito. De resto, o conflito a que se assiste hoje não tem como única causa a coexistência de ordens jurídicas que se deixam facilmente circunscrever e identificar. Nenhuma delas, mesmo isolada, está imune a conflitos internos.” RIGAUX, François. *A lei dos juízes*, pp. 21/22.

341 “[...] as normas constitucionais são, em razão de sua própria natureza, tão gerais e imprecisas que só adquirem alcance pelo viés da interpretação judiciária.” RIGAUX, François. *A lei dos juízes*, p. 202.

342 “Na Constituinte, forte foi a campanha para a criação da Corte Constitucional. O Supremo Tribunal já, de certa forma, o era. [...] A exacerbação dos sujeitos da ação direta de inconstitucionalidade, por sua vez, representa, também, resquícios da propaganda em torno da jurisdição constitucional concentrada.” POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*, p. 95.

343 “A defesa da Constituição da República representa o encargo mais relevante do Supremo Tribunal Federal. [...] se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.” ADI 2.010-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/04/02.

invocado e adotado nos julgados do STF como razão de decidir ou para determinar o alcance de suas decisões, conforme se verá adiante.

### 23. A jurisdição constitucional como a segurança na prática

A jurisdição constitucional, ao realizar um juízo de conformidade do restante do ordenamento jurídico para com a Constituição realiza a um só tempo a afirmação dos valores constitucionais<sup>344</sup> e sedimenta a idéia de segurança jurídica – principalmente quando põe termo às dúvidas que poderiam advir da interpretação dos preceitos estampados no texto constitucional.<sup>345</sup>

Essa preocupação de garantir na jurisdição constitucional a *segurança jurídica* também se mostrou na legislação disciplinadora das ações diretas e declaratórias perante o STF (Lei n.º 9.868/99) inclusive com a vedação de ações rescisórias dos julgados proferidos neste âmbito.<sup>346</sup> Embora não seja a cisão dos julgados pela ação rescisória em si mesma causa de insegurança, a verdade é que a

---

344 “[...] a anulação do ato inconstitucional é a que representa a principal e mais eficaz garantia da Constituição.” KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, p. 148.

345 “Já no começo de sua judicatura reconheceu o Bundesverfassungsgericht a dupla função do controle abstrato de normas. De um lado, revela-se esse processo um instrumento adequado de defesa da Constituição, permitindo eliminar do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais (função de defesa). De outro, contribui o controle abstrato de normas para a segurança jurídica quando infirma a existência de inconstitucionalidade, espancando dúvidas sobre a higidez da situação jurídica (segurança jurídica).” MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, p. 53.

<sup>346</sup> Art. 26 da Lei n.º 9.868/99. Constitucional, segundo o STF: “[...] o Tribunal rejeitou a arguição de inconstitucionalidade da parte final do art. 26 da Lei 9.868/99, que veda que as ações tomadas em ADI ou ADC sejam objeto de ação rescisória. [...] a vedação por lei especial à ação rescisória da decisão de determinados processos não poderia ser reputada inconstitucional, a não ser que, por ser arbitrária ou desarrazoada, pudesse a exclusão ser considerada ofensiva a garantias constitucionais que lhe impusessem a admissão.” ADI 2154/DF E ADI 2258/DF, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14/2/2007. Informativo STF 456.

possibilidade de alteração na interpretação de normas constitucionais ou a oscilação na interpretação de seus preceitos gera incertezas indesejáveis para uma função que se deseja certificadora e asseguradora de rumos dentro do sistema jurídico. Assim, parece que a regra está plenamente justificada.

Nessa linha de idéias, quando o Supremo chancelou a constitucionalidade desse dispositivo impeditivo da ação rescisória, para as decisões proferidas em sede de ação direta ou declaratória, ele afirmou que a desconstituição, via ação rescisória, de decisão sobre a inconstitucionalidade de uma norma, tendo como conseqüência o restabelecimento do parâmetro legislativo fulminado acabaria por gerar *insegurança jurídica* — o mesmo ocorrendo na hipótese de se pretender via *ação rescisória* a revisão de decisão *declaratória de constitucionalidade*, por natureza vinculante a todos os órgãos jurisdicionais e administrativos (art. 102, § 2.º da Constituição), a partir de mera mudança na composição dos membros do STF capaz de gerar a perspectiva de solução diversa.<sup>347</sup>

Esse caráter assecuratório da jurisdição constitucional, também construído ao longo do tempo, ganhou novo impulso com a possibilidade de aprovação de súmulas vinculantes. Ao ter a emenda constitucional 45/2004 permitido a edição dessas súmulas vinculantes em *matéria constitucional*, vislumbrou também a erradicação da insegurança jurídica nos temas constitucionais.<sup>348</sup> Portanto, na trilha do

---

<sup>347</sup> “Esclareceu-se que, no caso de se declarar a inconstitucionalidade, a desconstituição dessa decisão restabeleceria a força da lei antes eliminada, o que geraria insegurança jurídica. Por sua vez, na hipótese de declaração de constitucionalidade, a segurança jurídica também estaria comprometida se essa decisão, vinculante de todos os demais órgãos da jurisdição e da administração pública, pudesse ser desconstituída por força de simples variações na composição do STF, sem mudança relevante do contexto histórico e das concepções jurídicas subjacentes ao julgado rescindido.” ADI 2154/DF E ADI 2258/DF, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14/2/2007. Informativo STF 456.

<sup>348</sup> A Constituição permite que o STF, de ofício ou provocado – e desde que assim decidam 2/3 de seus membros, após reiteradas decisões em matéria constitucional aprovar súmula vinculante. O conteúdo da súmula, em matéria constitucional, deve ser a validade, interpretação e eficácia de normas determinadas e desde que haja disputa atual acerca de tais temas entre os órgãos do Judiciário ou entre esses e a administração pública. A aprovação da súmula vinculante visa impedir a insegurança jurídica bem como o efeito multiplicador da discussão jurídica (art. 103-A, § 1.º).

exemplo de outros países, a segurança jurídica foi erigida em parâmetro balizador da jurisdição constitucional.

A Constituição portuguesa<sup>349</sup>, em seu art. 282.º, n.º 4, inclusive foi expressa ao mencionar o princípio da *segurança jurídica* quando estabeleceu a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade — permitindo que a decisão declaratória tenha a sua eficácia diferida.

Em Portugal, embora em regra se tenha por retroativa a decisão declaratória de inconstitucionalidade<sup>350</sup>, conforme anota Canotilho<sup>351</sup>, a eficácia da declaração de inconstitucionalidade deixa de ser obrigatoriamente retroativa e passa a ter a possibilidade de ser prospectiva.<sup>352</sup>

Aqui, no entanto, a regra da eficácia retroativa da decisão que declara a inconstitucionalidade parece ser regra não escrita da Constituição.<sup>353</sup>

---

<sup>349</sup> Constituição da República Portuguesa de 1976.

<sup>350</sup> É o que preconiza o art. 282.º, 1, da Constituição da República Portuguesa: “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.”

<sup>351</sup> “Na constituição portuguesa os efeitos do controlo concentrado são, por ex., efeitos *ex tunc* (cfr. Art. 282.º/1 e 2).” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 904.

<sup>352</sup> É o que estipula o art. 282, 4, da Constituição da República Portuguesa: “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.ºs 1 e 2.”

<sup>353</sup> “O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do Direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas.” MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, p. 249.

## 24. A segurança jurídica nos julgados da jurisdição constitucional

Tendo nossa Constituição modelado o Brasil como um estado democrático, aceitou a premissa de que neste todo julgamento deva ser motivado.<sup>354</sup> Aliás, o texto constitucional foi expresso nesse sentido.<sup>355</sup> Na jurisdição constitucional isso não é diferente. Portanto, se a Constituição adota o valor segurança e com esta a segurança jurídica, no exercício da jurisdição constitucional o elemento segurança jurídica deve se apresentar ou ser levado em conta na fundamentação dos julgados.

E de fato, ele se apresenta, pelo menos, sob um tríplice aspecto: a idéia de segurança jurídica é uma *concepção* a partir da qual as decisões são proferidas; por vezes *fundamenta* expressamente um acórdão e ainda admite o seu emprego como técnica dimensionadora dos *efeitos* da decisão proferida pela jurisdição constitucional.

São nesses três momentos que a segurança jurídica será analisada, por ocasião dos julgamentos na jurisdição constitucional.

## 25. A segurança jurídica como concepção

A referência ao princípio da segurança jurídica nos julgados da jurisdição constitucional deve partir de uma idéia básica do que ela seja e para que ela sirva. E ao julgar, nos limites da criação jurídica inerente à atividade do intérprete da norma<sup>356</sup>, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou sobre a segurança jurídica como conceito,

---

354 “Toda decisão de justiça deve ser motivada, é uma exigência elementar do Estado de direito democrático. O respeito dessa exigência pelo juiz da causa é também uma das pedras angulares do controle de legalidade.” RIGAUX, François. *A lei dos juízes*, p. 253.

355 CF/1988, art. 93, IX.

356 “A função criadora de Direito dos tribunais é especialmente manifesta quando a decisão judicial tem o caráter de um precedente, ou seja, quando a decisão judicial cria uma norma geral” KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 216.

visando precisar o seu alcance de modo a servir de parâmetro para futuras decisões. Ao elaborar uma *concepção* de segurança jurídica, embora sem fundamentar-se exclusivamente nessa idéia, a jurisprudência lança as bases para construir os motivos que levarão a decidir num sentido ou em outro.

A segurança jurídica, como princípio, é um conceito apto a estabelecer limites para o *exercício da atividade legislativa* e também para a atuação da Administração Pública. O dado é relevante para o exercício da jurisdição constitucional, já que ela é por excelência uma *legislação negativa*.<sup>357</sup> Assim, quando o Supremo teve a oportunidade de se manifestar certa feita sobre o princípio da irretroatividade da norma disse que a existência de normas retroativas deve respeitar a liberdade pessoal, a situação fiscal do cidadão e os atos praticados por este perante os demais.<sup>358</sup>

---

357 “A ação direta [...] representa meio de ativação da jurisdição constitucional concentrada, que enseja, ao Supremo Tribunal Federal, o desempenho de típica função política ou de governo, no processo de verificação, em abstrato, da compatibilidade vertical de normas estatais contestadas em face da Constituição da República. O controle concentrado de constitucionalidade, por isso mesmo, transforma, o Supremo Tribunal Federal, em verdadeiro legislador negativo (RTJ 126/48, Rel. Min. Moreira Alves — RTJ 153/765, Rel. Min. Celso de Mello — ADI 1.063-DF, Rel. Min. Celso de Mello). É que a decisão emanada desta Corte — ao declarar, in abstracto, a ilegitimidade constitucional de lei ou ato normativo federal ou estadual — importa em eliminação dos atos estatais eivados de inconstitucionalidade (RTJ 146/461–462, Rel. Min. Celso de Mello), os quais vêm a ser excluídos, por efeito desse mesmo pronunciamento jurisdicional, do próprio sistema de direito positivo ao qual se achavam, até então, formalmente incorporados [...]” ADI 595-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 26/02/02.

358 “Impõe-se observar, portanto, que o princípio da irretroatividade, quando aplicável, somente condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente instituídas pela Constituição, em ordem a inibir a ação normativa do poder Público eventualmente configuradora de restrição gravosa ao ‘status libertatis’ da pessoa (CF, art. 5.º, XL), ou ao ‘status subjectionis’ do contribuinte em matéria tributária (CF, art. 150, III, ‘a’), ou, ainda, à segurança jurídica no plano das relações sociais (CF, art. 5.º, XXXVI). Não questiono a afirmação de que, em princípio, as leis devem sempre dispor para o futuro. Na medida em que a retroprojeção normativa da lei não gere e nem produza os gravames referidos – com o que romperia a estabilidade e a segurança que devem reger as relações jurídicas no domínio social –, nada impede que o Estado edite e prescreva atos normativos com efeito retroativo.” (voto do Min. Celso de Mello na ADI 605/DF).

A segurança jurídica seria a idéia que estaria por detrás da proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, contra os quais nem mesmo o poder constituinte derivado poderia agir.<sup>359</sup> Quanto à inserção do *princípio da segurança jurídica* dentro do sistema jurídico não parece haver unanimidade dentro do Supremo Tribunal Federal, pois ele já foi reputado como um *subprincípio do Estado de Direito*, de modo a conferir estabilidade às situações jurídicas para realizar a justiça material<sup>360</sup>; e, também, como *elemento conceitual do Estado de Direito*, aspecto objetivo do princípio da proteção à dignidade da pessoa humana.<sup>361</sup>

Outros votos, mais ousados, entendem que a insuficiência da noção de direito adquirido geraria o apelo ao princípio da segurança jurídica – embora este não possua contornos bem definidos.<sup>362</sup> De um modo geral, o princípio da segurança jurídica

---

359 “Sustento [...] de longa data, que o constituinte derivado deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, que constituem garantias constitucionais da segurança jurídica.” (voto do Min. Carlos Velloso, na ADI 3128/DF).

360 E assim permitir a manutenção de pessoas contratadas por empresa pública sem concurso público (MS 22.357/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes).

361 “Pois bem, considerando o *status* constitucional do direito á segurança jurídica (art. 5.º, *caput*), proteção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1.º) e elemento conceitual do Estado de direito, tanto quanto levado em linha de consideração a lealdade como um dos conteúdos do princípio da moralidade administrativa (*caput* do art. 37), faz-se imperioso o reconhecimento de certas situações jurídicas subjetivas ante o Poder Público. Mormente quando tais situações se formalizam por ato de qualquer das instâncias administrativas desse Poder, como se dá com o ato formal de uma determinada aposentadoria.” Voto do Min. Carlos Britto no MS 25.116/DF. Publicado na Seção *Transcrições*, do Informativo STF 471.

362 “Vê-se, assim, que o princípio constitucional do direito adquirido não se mostra apto a proteger as posições jurídicas contra eventuais mudanças dos institutos jurídicos ou dos próprios estatutos jurídicos previamente fixados [...] É bem verdade que, em face da insuficiência do princípio do direito adquirido para proteger tais situações, a própria ordem constitucional tem-se valido de uma idéia menos precisa e, por isso mesmo mais abrangente, que é o princípio da segurança jurídica enquanto postulado do Estado de Direito.” (Voto do Min. Gilmar Mendes na ADI 3.128/DF).

seria equiparado à idéia de proteção da confiança depositada pelos destinatários das normas jurídicas a um sistema ou modelo jurídico.<sup>363</sup>

Mas nem todas as concepções sobre a segurança jurídica – pinçadas nas decisões do STF — aparentam um olhar indulgente ou favorável. O Ministro Eros Grau, por exemplo, parece ver no princípio da segurança jurídica como um dado antecedente à ordem jurídica, algo que se prestaria a um *capitalismo racional*<sup>364</sup>; já o Ministro Sepúlveda Pertence, mais cauteloso, teme a utilização demasiada desse conceito tal qual *leito de procusto* em nome do qual o STF poderia tomar qualquer decisão.<sup>365</sup> Para o Ministro Pertence, a *segurança jurídica* decorreria da rigidez constitucional.<sup>366</sup>

---

363 “Embora de aplicação mais genérica, o princípio da segurança jurídica traduz a proteção da confiança que se deposita na subsistência de um dado modelo legal (Schutz des Vertrauens). A idéia de segurança jurídica tornaria imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico. Daí porque se considera, em muitos sistemas jurídicos, que, em casos de mudança de regime jurídico, a ausência de cláusulas de transição configura uma omissão inconstitucional.” (Voto do Min. Gilmar Mendes na ADI 3.128/DF).

364 “Onde, quando nasce e para que serve a *segurança jurídica*? As considerações de WEBER são suficientes ao esclarecimento dessas questões: as exigências de calculabilidade e confiança no funcionamento da ordem jurídica e na Administração constituem uma exigência vital do capitalismo racional; o capitalismo industrial depende da possibilidade de previsões seguras --- deve poder contar com estabilidade, segurança e objetividade no funcionamento da ordem jurídica e no caráter racional e em princípio previsível das leis e da Administração. Pois o direito moderno presta-se precisamente a instalar o clima de segurança, em termos de previsibilidade de comportamentos, sem o qual a competição entre titulares de interesses em permanente oposição, no seio da sociedade civil, não fluiria plenamente.” (Voto do Min. Eros Grau na ADI 3685/DF).

365 “Também não vejo que baste a invocação do princípio da segurança jurídica como o novo “*leito de Procusto*” para este Tribunal exercer um poder similar ao da Suprema Corte americana, aos tempos da recorrente e reacionaríssima aplicação do *due process of law* como anteparo a qualquer avanço social naquela República.” (Voto do Min. Sepúlveda Pertence na ADI 3685/DF).

366 “Segurança jurídica tem muito a ver com cláusulas pétreas, mas também com toda a Constituição: numa constituição rígida, a segurança jurídica está precisamente na rigidez, está precisamente em submeter alterações ao processo complexo que, quase fatalmente, envolve uma conjugação de forças políticas adversas para inovar na Constituição.” (Voto do Min. Sepúlveda Pertence na ADI 3685/DF).

## 26. A segurança jurídica como fundamento de decisões

Noutras vezes, a segurança jurídica aparece como razão de decidir, como motivo *determinante* de alguma sentença em particular. Aqui, o Supremo não se limita a fazer um conceito abstrato de *segurança jurídica*, mas aponta para uma solução determinada por entender que ela se impõe por imperativos de segurança jurídica.

No âmbito do direito administrativo, a segurança jurídica tem especial importância, mormente no que tange à anulação de atos administrativos e as conseqüências dos efeitos do ato anulado no tempo. Àqueles que de boa-fé se beneficiaram dos atos anulados possuem direito a se manifestarem antes do ato ser invalidado a fim de que a situação deles seja considerada. Numa das ocasiões, disse o Supremo que a anulação de atos praticados por empresa pública, sem a manifestação dos seus beneficiários, quando passados mais de cinco anos do fato seria ofensiva à segurança jurídica e ao devido processo legal.<sup>367</sup>

Em matéria eleitoral o Supremo já disse que a regra constitucional que determina a aplicabilidade das regras eleitorais apenas quando estas forem produzidas há mais de ano antes da eleição (art. 16 da CF/1988), princípio da anterioridade eleitoral, é regra de segurança jurídica.<sup>368</sup>

Sob o ponto de vista processual, a jurisprudência dominante e em especial a sumulada seriam sinais de segurança jurídica capazes de impedir recursos que

---

<sup>367</sup> MS 26.353-DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 6.9.2007. Informativo STF 478. Na espécie se tratava de *ascensão funcional* que só fora revista pelo Tribunal de Contas da União após mais de 5 anos, tanto da edição dos atos como da vigência da Lei n.º 9.784/99.

<sup>368</sup> No presente caso, é a própria Constituição que estipula um limite temporal para a plena aplicabilidade das novas regras que venham a alterar o processo eleitoral. Trata-se, conforme ressaltado pela requerente, de uma segurança jurídica qualificada pela própria Constituição. Por critério do legislador constituinte originário, somente após um ano contado da sua vigência, terá a norma aptidão para reger algum aspecto do processo eleitoral sem qualquer vinculação a circunstância de fato anterior à sua edição. A eleição alcançada nesse interregno fica, por isso, blindada contra as inovações pretendidas pelo legislador, subsistindo, assim, a confiança de que as regras do jogo em andamento ficarão mantidas.” (ADI 3685/DF, Voto Min. Ellen Gracie).

as desafiem.<sup>369</sup> Também quando se trata de definir a competência para o julgamento das ações, reforçadas por mudança do paradigma normativo, não se pode levar à invalidação dos processos que até então tramitaram em jurisdição tida por competente.<sup>370</sup>

A segurança jurídica também aparece, em *obiter dicta* (mas ainda como fundamento) para se julgar o recurso pela Turma e não monocraticamente<sup>371</sup>; para determinar o julgamento do feito pelo Plenário.<sup>372</sup>

Mais recentemente o STF entendeu que a divergência interpretativa acerca de determinado dispositivo de norma tributária federal recomendaria a paralisação de todos os feitos em que o aludido preceito era tratado por uma questão de segurança jurídica. A decisão foi pronunciada no julgamento de medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade em que se discutia a viabilidade da inclusão do valor pago a título de determinado tributo na base de cálculo de outro (inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS).<sup>373</sup>

---

<sup>369</sup> ED no Agravo de Instrumento 526.614-6/RJ, 1.ª T., rel. Min. Cezar Peluso, DJ 3/2/2006.

<sup>370</sup> “O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto.” Conflito de Competência 7.204-1/MG, Pleno, rel. Min. Carlos Britto, j. 29/6/2005.

<sup>371</sup> “De qualquer forma, dá-se segurança jurídica maior com o pronunciamento da Turma, que ocorrerá pela apreciação do extraordinário.” Voto do Min. Marco Aurélio no RE 458.110/MG, Informativo STF 433, j. 2/8/2006.

<sup>372</sup> Voto da Min. Ellen Gracie na ADI 2391/SC. Seção *Transcrições*, do Informativo STF 437.

<sup>373</sup> “O Tribunal, após rejeitar todas as preliminares suscitadas, deferiu, por maioria, a medida cautelar para determinar que juízos e tribunais suspendam o julgamento dos processos em trâmite, aí não incluídos os processos em andamento nesta Corte, que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98. Reconheceu-se haver uma clara divergência de interpretação quanto ao dispositivo em questão em todo o território nacional, o que recomendaria, por uma questão de segurança jurídica, a paralisação das demandas em curso que tratam do tema. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello que indeferiam a cautelar.” ADC 18 MC/DF, rel. Min. Menezes Direito, 13.8.2008. Informativo STF 515.

## 27. A segurança jurídica como a dosagem dos efeitos

O direito brasileiro sedimentou tradicionalmente a idéia de que a eficácia das decisões declaratórias de inconstitucionalidade são retroativas desde Rui Barbosa<sup>374</sup> e também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – conforme lembra a doutrina contemporânea.<sup>375</sup>

Mas a idéia de eficácia *retroativa* à declaração de inconstitucionalidade, todavia, não era vista com bons olhos por Kelsen por razões de segurança jurídica.<sup>376</sup> Para o professor vienense, a segurança jurídica poderia aparecer no plano da eficácia de uma decisão, determinando que a anulação de uma norma opere efeitos *ex nunc*.<sup>377</sup>

A disciplina dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade (com a possibilidade de ser prospectiva e não mais apenas retroativa), expressa na Lei n.º 9.868/99, foi um modo de trazer ao país a experiência exitosa experimentada por outros países, tendo em vista a garantia da segurança das relações jurídicas que se

---

374 BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os actos inconstitucionales*, p. 8 e seguintes.

375 “[...] consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, o princípio da supremacia da Constituição não se compadece com uma orientação que pressupõe a validade da lei inconstitucional. O reconhecimento da validade de uma lei inconstitucional – ainda que por tempo limitado – representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição.” MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, p. 255.

376 “O ideal da segurança jurídica requer que, geralmente, só se atribua efeito à anulação de uma norma geral irregular pro futuro, isto é, a partir da anulação [cassação]. Deve-se considerar inclusive a possibilidade de não se deixar a anulação entrar em vigor antes de expirar certo prazo [...] No entanto, certas circunstâncias podem tornar necessária uma anulação retroativa.” KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, p. 145.

377 “Em todo caso, seria bom, no interesse da mesma segurança jurídica, não atribuir em princípio nenhum efeito retroativo à anulação das normas gerais, pelo menos no sentido de deixar subsistirem todos os atos jurídicos anteriormente produzidos com base na norma em questão.” KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, p. 171.

estabeleceram a partir de uma norma tida por válida e que posteriormente veio a ser tida por incompatível com o texto constitucional.<sup>378</sup>

Exemplo da aplicação prospectiva de entendimento em matéria constitucional veio no julgamento do Conflito de Competência 7204, em que o Supremo ao fixar a competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações acidentárias movidas contra o empregador, após a Emenda Constitucional n.º 45/2004, determinou que continuassem na Justiça dos Estados (“*justiça comum*”) o prosseguimento dos feitos que tratassem do assunto e lá tivessem iniciado ou sido sentenciados.

O reconhecimento da inconstitucionalidade, mas sem a pronúncia da nulidade, também não deixa de ser uma aplicação concreta do princípio da *segurança jurídica* a fim de que o juízo de incompatibilidade com o texto constitucional não venha abalar situações consolidadas no plano fático.<sup>379</sup>

Também no controle difuso de constitucionalidade, ainda que ausente a previsão legal expressa para conferir-se eficácia prospectiva às declarações de inconstitucionalidade, o Supremo entendeu determinar que a declaração de inconstitucionalidade não atingisse o momento inicial do ato administrativo inquinado por razões de segurança jurídica.<sup>380</sup>

---

378 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n.º 9.868 e 9.882/99*, in O controle de constitucionalidade e a Lei n.9.868/99, p. 39.

379 Caso da criação de município à margem de normatização federal: “Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo [...] O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município.” ADI 2.240/BA, rel. Min. Eros Grau, DJ 3/8/2007. Informativo STF 474.

380 “I. - A Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos públicos. CF, art. 37, II. Pedido de desconstituição de ato administrativo que deferiu, mediante concurso interno, a progressão de servidores públicos. Acontece que, à época dos fatos - 1987 a 1992 -, o entendimento a respeito do tema não era pacífico, certo que, apenas em 17.02.1993, é que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito **ex nunc**, a eficácia do art. 8º, III; art. 10, parágrafo único; art. 13, § 4º; art. 17 e art. 33, IV, da Lei 8.112, de 1990, dispositivos esses que foram declarados inconstitucionais em 27.8.1998: ADI 837/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, “DJ” de 25.6.1999. II. - Os princípios da boa-fé e da

## 28. A eficácia prospectiva às decisões de inconstitucionalidade

A edição do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, permitindo a atribuição da eficácia *ex nunc* ou prospectiva à declaração de inconstitucionalidade, foi justificada pela doutrina diante a falta de parâmetro capaz de limitar os efeitos da declaração — o que poderia levar os magistrados a reputarem constitucional algo incompatível com a Constituição.<sup>381</sup> Isto porque a atribuição da eficácia *ex tunc* a toda e qualquer decisão declaratória de inconstitucionalidade era fonte de problemas<sup>382</sup>, ainda mais quando esse veredito chegava depois de um bom número de anos.<sup>383</sup>

Em uma primeira análise pode ser observado que a norma trata da disciplina dos efeitos temporais da decisão, embora exista quem perceba uma amplitude

---

segurança jurídica autorizam a adoção do efeito **ex nunc** para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos. III. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. - RE conhecido, mas não provido.” RE N. 442.683-RS, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 24/3/2006. Informativo STF 420.

<sup>381</sup> “A falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se abster de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.” MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 318.

<sup>382</sup> “[...] na prática, a aplicação indiscriminada do dogma da nulidade das leis inconstitucionais suscita questões de difícil equacionamento. Com efeito, a eliminação retroativa de normas vigentes no ordenamento pode gerar situações de verdadeiro ‘caos’ jurídico ou injustiça flagrante, ocasionando tremenda insegurança para aqueles que pautaram seus atos pela lei inconstitucional.” SARMENTO, Daniel. *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*, in *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*, p. 103.

<sup>383</sup> “Tal problema se agrava, tendo em vista a imprescritibilidade do vício de ilegitimidade constitucional. Nada obsta que a inconstitucionalidade de uma norma jurídica só seja reconhecida muitos anos depois da sua edição, após a consolidação de um sem-número de relações jurídicas constituídas sob a sua égide. Nestes casos, a supressão retroativa da lei contrária à Constituição pode acarretar tremendas injustiças, lesionando outros interesses e valores também tutelados pela ordem constitucional.” SARMENTO, Daniel. *Obra e locais citados*, p. 103.

ainda maior. Nesse sentido é a posição defendida por Walter Rothenburg, para quem o preceito legal possibilitaria um dimensionamento mais amplo da decisão no controle de constitucionalidade. Desse modo seria possível dimensionar as *eficácias vinculante, temporal*, o próprio *conteúdo da decisão*, bem como o seu alcance *subjetivo*.<sup>384</sup> Essa disciplina legislativa, para atribuição de eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade, instituída pelo art. 27 da Lei n.º 9.868/99, teve acolhida no Supremo, que desde 2000 a tem aplicado<sup>385</sup> por razões de *segurança jurídica*.<sup>386</sup>

No entanto, ainda assim, o Supremo fez questão de ressaltar que a atribuição de efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, tal como prevista na norma, além de demandar quorum de votação qualificado, é uma excepcionalidade: a regra — e no silêncio de um pronunciamento expresso — continua a ser a declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa.<sup>387</sup>

Daí ter o STF entendido que a atribuição dessa eficácia pressupõe uma *declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo* pois caso contrário isto poderia redundar numa “mitigação da Constituição Federal e injustiça”, tendo em vista

---

<sup>384</sup> “a modulação dos efeitos das decisões em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade pode ocorrer em relação a quatro dimensões: a primeira e mais comum é quanto à eficácia temporal da decisão (alcance da decisão em relação ao período de tempo); a segunda é quanto à eficácia vinculante da decisão (alcance da decisão em relação a outros órgãos aplicadores do direito); a terceira é quanto à eficácia material da decisão (alcance do conteúdo da decisão); finalmente, a quarta é quanto à eficácia subjetiva da decisão (alcance da decisão em relação ao universo de pessoas afetadas.” ROTHENBURG, Walter Claudius. *Velhos e novos rumos das ações de controle abstrato de constitucionalidade à luz da lei n.º 9.868/99*, in *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*, p. 283.

<sup>385</sup> A primeira na ADI-MC 2186/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 17/05/2000.

<sup>386</sup> “Bem por isso e em boa hora, veio a lume a Lei 9.868, de 10.11.1999, que, no seu art. 27, estabeleceu 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, por maioria de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos da declaração, decidir que ela só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” (Voto do Min. Carlos Velloso no RE 442.683/RS).

<sup>387</sup> “A declaração de inconstitucionalidade decorrente da procedência de ação direta tem efeitos “*ex tunc*”, regra que somente admite exceção na forma do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, hipótese não configurada no caso em questão.” ADI-ED 483/PR, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 22/08/2001.

que nas questões tributárias haveria uma diferenciação de situações entre os contribuintes que entraram em juízo e os que não ingressaram com ação.<sup>388</sup>

No julgamento da ADI 3.660/MS, em que o Supremo reconheceu a inconstitucionalidade de dispositivos que permitiam a *destinação de custas judiciais a pessoas jurídicas de direito privado*<sup>389</sup>, a maioria do STF atribuiu *eficácia prospectiva* à declaração de inconstitucionalidade de normas do Estado de Mato Grosso do Sul, determinando que os *efeitos da declaração de inconstitucionalidade* operassem a partir da EC 45/2004.<sup>390</sup>

Inicialmente, a questão da *limitação dos efeitos* da declaração de inconstitucionalidade foi testada no controle *difuso* de constitucionalidade, quando o Supremo deliberou acerca de norma que fixava o quantitativo dos membros do legislativo municipal.<sup>391</sup> O fato foi lembrado e inclusive utilizado como fundamento em outro julgamento do controle difuso em que se atribuiu eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade. Aliás, o voto do Min. Gilmar Mendes é didático por relatar alguns casos em que a declaração de inconstitucionalidade não seguiu a máxima segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade importa necessariamente na nulidade desde o momento em que a norma foi editada.<sup>392</sup>

---

<sup>388</sup> RE 370682/SC, rel. Min. Ilmar Galvão, 25.6.2007. Informativo STF 473.

<sup>389</sup> Informativo STF 472.

<sup>390</sup> ADI 3.660/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13/3/2008. Informativo STF 498.

<sup>391</sup> “De fato, o STF já teve a oportunidade, em alguns casos, de discutir a aplicação do art. 27 da Lei n. 9868/99 em sede de controle incidental. No RE nº 197.917 discutiu-se sobre a constitucionalidade de dispositivo de lei municipal, que teria fixado seu número de vereadores em afronta ao disposto no art. 29, IV, da Constituição. O Tribunal acabou por acolher proposta por mim formulada em voto-vista, no sentido de determinar que a decisão de inconstitucionalidade seria dotada de efeito “pro futuro” (RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 7.5.2004).” RE 559.882-9/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes.

<sup>392</sup> “[...] a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos, sobretudo nestes casos de repercussão geral reconhecida. [...] No que interessa para a discussão em apreço, ressalte-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos.” RE 559.882-9/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes.

O Min. Gilmar Mendes, ao retomar a discussão sobre a possibilidade de eficácia prospectiva à declaração realizada no controle difuso de constitucionalidade, lembrou que mesmo na terra do controle difuso o tema ganhou corpo após a chamada *Grande Depressão* quando se reviu a regra da retroatividade absoluta da declaração de inconstitucionalidade.<sup>393</sup>

Em tese que teve ampla acolhida no Supremo, o Min. Gilmar Mendes concluiu que a dosagem temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou a *declaração de inconstitucionalidade* sem a pronúncia automática da *nulidade* seria uma conseqüência da própria atribuição constitucional de realizar o controle de constitucionalidade.<sup>394</sup>

---

<sup>393</sup> “De fato, vale ressaltar que nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara que “*the unconstitutional statute is not law at all*” (WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The Constitutional Law of the United States*, New York, 1910, v. 1, p. 9/10; e COOLEY, Thomas M., *Treaties on the Constitutional Limitations*, 1878, p. 227) passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade (TRIBE, Laurence. *The American Constitutional Law, The Foundation Press, Mineola, New York, 1988*, p.30). [...] Assim, o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeitos exclusivamente *pro futuro*.” RE 559.882-9/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes.

<sup>394</sup> “A base constitucional dessa limitação – necessidade de outro princípio que justifique a não-aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, esta decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.” RE 559.882-9/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes.

## 29. Críticas ao sistema de jurisdição constitucional brasileiro

É inegável que a existência de um sistema de jurisdição constitucional contribuiu decisivamente para a efetivação dos princípios estampados no texto constitucional. E que a atribuição dessa função em caráter abstrato a um órgão jurídico dá um passo decisivo para o aprimoramento dessa jurisdição.

A despeito desses aspectos relevantes, e da previsão constitucional de um órgão que desempenhe esse mister, a experiência brasileira também tem revelado os seus problemas. Não se ignora o avanço que tem sido a ênfase no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade.<sup>395</sup> No entanto, a realização em última instância do controle de constitucionalidade difuso e concentrado na mesma Corte não deixam de trazer problemas graves, principalmente em razão do longo caminho que as pessoas enfrentam para a obtenção de decisões judiciais definitivas.

E esses problemas também podem ser imputados ao modelo de controle de constitucionalidade adotado no país, decorrentes da tentativa de incrementar um sistema *concentrado* e abstrato de controle de constitucionalidade com a acomodação de um sistema *difuso* e concreto *de controle de constitucionalidade*. A problemática não é propriamente nova em nosso sistema jurídico e já foi constatada pela doutrina.<sup>396</sup>

Com inequívoca autoridade doutrinadores e membros do próprio órgão encarregado do exercício da jurisdição constitucional já constataram problemas –

---

<sup>395</sup> “A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado* [...]”. MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional*, p. 80.

<sup>396</sup> “O funcionamento paralelo do Supremo Tribunal Federal – que continua a fazer as vezes de uma Corte Constitucional e de um Superior Tribunal de Justiça – tem merecido não poucas críticas de todos aqueles que voltaram sua atenção ao estudo do Poder Judiciário após 1988. É que esse texto procura transplantar para o Brasil o modelo de controle da constitucionalidade que se ajusta bem aos países de controle concentrado, adotado principalmente na Europa continental, mas que não se acomoda perfeitamente com o sistema misto como o nosso, que contempla as duas vias, a do concentrado e a do difuso. [...] Entretanto, para o nosso sistema que adota as duas vias de controle, a existência dessas duas Cortes não deixa de suscitar sérios problemas.” BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 18.

inclusive para a *segurança jurídica*, quando a jurisdição ordinária sente-se tentada a preencher o sentido dos valores constitucionais para a solução de questões concretas. Isso sem falar no fascínio que as discussões constitucionais exercem, fazendo com que a jurisdição cumulativa da questão jurídica relegue a solução legislativa a um patamar de menor importância.<sup>397</sup>

Por outro lado, a própria concepção de nosso sistema difuso, pensado sob a ótica da maior independência jurisdicional, não quis cogitar na possibilidade de precedentes inteiramente vinculantes. Tampouco foi pensado num mecanismo que debelasse decisões contraditórias a despeito da semelhança entre os seus pressupostos fáticos e jurídicos. Assim, os defensores desse sistema de controle de constitucionalidade, ao não cogitarem da adoção da regra do *stare decisis* permitiram um modelo jurídico incapaz de enfrentar a repetição anti-econômica de processos e fomentador de um ambiente de insegurança.<sup>398</sup> A importação pura e simples das idéias alheias não veio acompanhada da experiência.

Mas os problemas não se resumem a esses aspectos. Há outros igualmente graves e que demandariam uma solução mais firme e disposta. Um deles

---

<sup>397</sup> “[...] as instâncias inferiores têm sido levadas, por efeito demonstração, a imitar a desenvoltura com a qual o Tribunal de cúpula do Poder Judiciário, fascinado pelo Tribunal Constitucional europeu, movimenta-se por sobre a legislação e, mesmo, contra ela, concretizando diretamente – e cada juízo a seu modo – os valores supremos do ordenamento. Está armado o palco para o ‘uso ideológico’ dos instrumentos jurídicos, às custas da legalidade, da razoabilidade e da segurança jurídica, na falta de uma instância que garanta a objetividade mínima dos valores superiores do ordenamento.” SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder*, p. 140.

<sup>398</sup> “As deficiências do sistema difuso se agravaram nos países onde não pôde despontar o *stare decisis*, como o Brasil e outros, aos quais se transplantou o sistema difuso norte-americano. Ao Brasil, ele chegou com o constitucionalismo republicano, iniciado pela Constituição de 1891. A prática desses países reforçou as críticas que o sistema sofria quanto a dois aspectos: a *deseconomicidade* e a *insegurança*. O sistema difuso favorecia a proliferação de casos praticamente iguais, em que às vezes não se mudava senão o autor; mas que acabavam tendo — onde não o regia o *stare decisis* — desfechos discrepantes e até contraditórios, em juízos diferentes, onerando a uns sujeitos, mas não a outros, embora colocados todos na mesma situação de fato e de direito.” BARROS, Sérgio Resende de. *Simplificação do controle de constitucionalidade*, in *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*, pp. 606/607

certamente é o tempo de tramitação dos feitos, que tantas vezes adia a solução de questões relevantes.<sup>399</sup> Se a relevância das discussões constitucionais autoriza a pensar na legitimidade do sistema difuso, por que se admite que a solução dessas demandas demore tanto? E, pior ainda, os defeitos do sistema estimulam que esse fator de retardamento seja igualmente utilizado para procrastinar a solução do feito ou mesmo para que as decisões das instâncias iniciais prevaleçam sobre entendimento do próprio Supremo.<sup>400</sup>

Segundo aspecto: o Supremo devota uma preocupação exagerada com processos criminais para réus que não possuem prerrogativa constitucional de foro. Será que a tutela da liberdade é um valor constitucional acima dos demais? Ou que basta ter um advogado hábil para levar as discussões a um tribunal sobrecarregado? Isso prejudica de forma múltipla o sistema jurídico: permite que o réu se beneficie com mais uma chance de extinção da punibilidade pela prescrição; adia o trânsito em julgado da decisão do juízo criminal; subtrai ao juízo natural, onde são produzidas as provas, a decisão efetiva.

Terceiro e talvez mais grave aspecto: o modelo vigente retira dos ministros tempo precioso para deliberar sobre assuntos que possam atingir um sem número de decisões judiciais. Em outras palavras, a maior eficácia que as decisões poderiam ter, com a fixação do sentido das normas constitucionais, é diminuída pela necessidade de solução de casos concretos pelo STF. Se o Supremo está assoberbado e o desenvolvimento de um processo de controle abstrato foi desenvolvido para reduzir o

---

<sup>399</sup> “Tal prática afigura-se tanto mais grave se se considerar que no nosso sistema geral de controle de constitucionalidade a voz do STF somente será ouvida após anos de tramitação das questões em três instâncias ordinárias. De fato, penso que não podemos desconsiderar o atual contexto da demora na tramitação das questões que chegam ao STF em recurso extraordinário, o que, aliás, é uma decorrência de uma perspectiva que entendo equivocada.” Min. Gilmar Mendes, RE 328.812 ED/AM, Seção *Transcrições*, Informativo STF 498.

<sup>400</sup> “A interpretação restritiva, considerado esse modelo em que as questões constitucionais chegam ao Supremo tardiamente, cria uma inversão no exercício da interpretação constitucional. A interpretação dos demais tribunais e dos juízes de primeira instância acaba por assumir um significado muito mais relevante que o pronunciamento desta Corte. Não posso aceitar isso. Isto não é, por evidente, uma rejeição ao modelo difuso.” Min. Gilmar Mendes, RE 328.812 ED/AM, Seção *Transcrições*, Informativo STF 498.

volume de processos, particularmente no STF<sup>401</sup>, então Supremo não pode mais ser um tribunal de soluções de casos concretos.

Conseqüência inevitável: o número de causas que chegam ao STF impede que ele exerça perfeitamente as funções de uma corte constitucional dado que a ele também continuaram atribuídas tarefas que não dizem respeito a uma corte constitucional.<sup>402</sup> O Supremo não pode continuar a julgar causas e em grau de recurso se quiser verdadeiramente ser uma corte constitucional.

Nas questões cíveis, ou melhor, não penais, esses inconvenientes também se manifestam. Quanto tempo leva o Supremo para levar suas luzes às questões jurídicas com fundamento constitucional? Quantos processos se arrastam no judiciário brasileiro quando se sabe que existe densidade constitucional em muitas lides e a esperada decisão tardará a chegar? E mais quantas ações rescisórias se tornarão possíveis<sup>403</sup> quando o Supremo finalmente tiver proferido o seu veredito acerca do exato sentido de determinado dispositivo radicado na Constituição?

---

<sup>401</sup> “O processo de controle abstrato de norma brasileiro foi concebido como solução adequada para reduzir a sobrecarga do judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, porque permitiria a decisão direta e imediata das questões constitucionais.” MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional*, p. 304.

<sup>402</sup> “O número de causas que adentram o Supremo Tribunal Federal é absolutamente incompatível com a alta relevância das funções dessa Corte. De fato, a circunstância de ser a nossa Constituição casuística e de poder se interpor recurso extraordinário, toda vez que se esteja diante da interpretação de um preceito da lei Maior, enseja, realmente, recurso em quase todas as ações. É muito difícil imaginar que uma questão possa transitar em instâncias ordinárias sem que em algum momento não resvale para o âmbito de incidência de alguma norma constitucional, sobretudo levando-se em conta princípios amplos albergados na Lei Maior, como o da inafastabilidade do controle jurisdicional, o princípio de respeito ao devido processo legal, o das garantias de defesa dos acusados etc. Portanto, o nosso Poder Judiciário enfrenta hoje essa séria anomalia que é dispor de uma Corte Constitucional obrigada, além das funções próprias de um órgão dessa natureza, a julgar uma série de questões que em outros países jamais são submetidas a uma Corte Constitucional.” BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 20.

<sup>403</sup> “[...] em matéria tributária a ação rescisória tem encontrado, ultimamente, destacado relevo especialmente em face dos inumeráveis casos de discrepâncias entre a decisão transitada em julgado e acórdãos sobre constitucionalidade de norma jurídica tributária pelo Supremo Tribunal Federal”. MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro*, p. 480.

Será que não é chegada a hora de se repensar um pouco o sistema de jurisdição constitucional difusa e atribuí-lo, em última instância, ao mesmo tribunal que já faz julgamentos baseados na interpretação da lei federal? Principalmente porque depois da criação do requisito de demonstração de *repercussão geral* nos recursos destinados ao Supremo (art. 102, § 2.º), por força da EC 45/2004, não serão todas as questões constitucionais que chegarão ao STF. Vale lembrar que foi essa mesma emenda que repassou ao STJ algumas funções que até então eram exercidas pelo Supremo, tais como a homologação de sentença estrangeira e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.<sup>404</sup>

Se a questão não possuir *repercussão geral*, ou seja, a questão constitucional é muito mais afeta à solução do caso concreto e ao interesse subjetivo das partes litigantes, não seria melhor deixar que ela fosse julgada pelo mesmo tribunal que julga a causa fixando o sentido da lei federal? Eventualmente se poderia cogitar de um *apelo* ou *recurso extraordinário*, apenas quando fosse *declarada a inconstitucionalidade de norma* ou houvesse contrariedade *manifesta* a precedente do Supremo em controle abstrato de constitucionalidade. Para evitar que esse recurso transformasse novamente o Supremo em instância recursal ordinária, poderiam ser legitimados para tal recurso apenas o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, tendo em vista o interesse de proteção da ordem jurídica.

Por outro lado, a simplificação das formas recursais traria notáveis ganhos de eficiência pela solução mais rápida das controvérsias, assim como pela possibilidade da abordagem de temas constitucionais em que os limites de influência da norma federal nessa não são bem divisados. Acabaria, por completo, a possibilidade de se inviabilizar o conhecimento de recursos pela alega ocorrência de ofensa reflexa ao texto constitucional.<sup>405</sup>

---

<sup>404</sup> Art. 105, inc. I, letra i, da Constituição, com a redação da EC 45/2004.

<sup>405</sup> “A situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária. Precedentes.” (AGCRA 279199/DF, 2.ª T, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15/5/2001, DJ 29/6/2001). Confirmando este precedente a Súmula 636 do próprio STF: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade,

A impressão que se tem, na observação da distribuição de competência entre os tribunais superiores, é que no meio jurídico ainda existe certo receio ou uma excessiva timidez de se diminuir o rol de atribuições do Supremo para torná-lo efetivamente uma *corte constitucional*. Isso seria possível com o aumento proporcional do número de integrantes e das competências jurisdicionais do STJ, eis que a própria Constituição fixou um número mínimo, mas não o número máximo de seus ministros.<sup>406</sup>

Sabidamente o STJ é ágil, dotado de um quantitativo de magistrados mais apropriado de fazer frente ao volume de feitos onde as questões constitucionais surgem como parte do fundamento das demandas. A experiência do foro demonstra que as discussões no controle difuso de constitucionalidade freqüentemente dizem respeito também à interpretação da legislação federal. Isso sem falar no aspecto qualitativo dos membros que integram o STJ: não raro alguns deles passam a compor o Supremo, onde têm destacada atuação.

E, para finalizar, não seria razoável atribuir eficácia diferenciada às decisões desse novo controle difuso e daquele concentrado de inconstitucionalidade, principalmente para que não se dê margem a um volume crescente de ações rescisórias toda vez que se decide uma questão constitucional em última instância? A sugestão é que exista um peso diferenciado às sentenças do controle abstrato de constitucionalidade, dado que elas são tomadas sem nenhuma vinculação com casos concretos.<sup>407</sup>

---

quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.”

<sup>406</sup> “Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, **no mínimo**, trinta e três Ministros.” (Negrito do autor).

<sup>407</sup> Idéia que não é desconhecida da doutrina. Vide MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro*, p. 484 e seguintes.

### 30. Propostas para incremento da segurança jurídica pelo aprimoramento da jurisdição constitucional

As críticas feitas anteriormente apontam para uma solução que já existe em outros países do sistema romano-germânico: a criação de um tribunal constitucional. Embora isso não tenha sido cogitado na Constituição de 1988, tal fato não constitui um empecilho irremovível. Vale lembrar que em Portugal esse tribunal foi introduzido no ordenamento constitucional depois que a Constituição atual já vigorava.<sup>408</sup>

Se é verdade haver um avanço histórico da jurisdição constitucional<sup>409</sup>, é preciso avançar ainda mais no nosso sistema de jurisdição constitucional brasileiro, sem reduzi-lo a um simples controle de constitucionalidade.<sup>410</sup> Por que não progredir institucionalmente e efetivamente liberar o Supremo para o papel que lhe é devido no nosso ordenamento jurídico brasileiro? Além do mais, a criação das cortes superiores na história constitucional pátria teve em vista transformar o STF efetivamente em uma *Corte Constitucional*, tarefa até o presente momento inconclusa.<sup>411</sup>

---

<sup>408</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 678.

<sup>409</sup> “O avanço da jurisdição constitucional no Brasil é um fato irreversível, como, também, parece consolidada entre nós a influência do direito constitucional europeu, particularmente, a do alemão.” DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Tendências do direito constitucional brasileiro*, in *As vertentes do Direito Constitucional contemporâneo*, p. 173.

<sup>410</sup> “O desenvolvimento do Tribunal Constitucional implica o reconhecimento de funções diversas da função originária, de controle de constitucionalidade.” TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*, p. 175.

<sup>411</sup> “A criação das Cortes Superiores derivou de um processo paulatino, levado a cabo pelas Constituições Federais de 1934 (quanto ao TSE), 1946 (quanto ao TST) e 1988 (quanto ao STJ), de *transferência de parte da competência recursal do STF* para essas Cortes, de modo a que o STF pudesse ser substancialmente (ainda que não o seja nos moldes atuais) uma *Corte Constitucional*.” (Itálico do original) MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O critério de transcendência no recurso de revista na justiça do trabalho*. in *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*, p. 383.

É inequívoco ser cada vez maior o papel de um tribunal constitucional e as questões constitucionais estão além das meras questões jurídicas ou políticas<sup>412</sup>. Acrescente-se a isso, também, que nem toda atividade de um tribunal constitucional se pode afirmar jurisdicional.<sup>413</sup> Não é demais lembrar o conhecido o papel de legislador negativo desempenhado pelos tribunais constitucionais, controlando a produção normativa incompatível com a Constituição.<sup>414</sup>

Acrescente-se a essa função também outra que tem se intensificado nos tribunais constitucionais ultimamente. É o que ocorre quando eles exercem o papel de *intérprete autêntico* do texto constitucional<sup>415</sup>, indo até mesmo ao ponto de *integrar da omissão legislativa*, num caráter quase legislativo. Nessa hipótese, batizada pela doutrina como a prolação de *sentença aditiva*, o tribunal age visando reparar a ofensa ao princípio da igualdade para determinar que o grupo indevidamente excluído seja contemplado no plano normativo.<sup>416</sup> E o tribunal constitucional, no desempenho dessa missão, ao lado daquelas que tradicionalmente lhe são confiadas, teria igualmente a tarefa de integrar o sentido das normas constitucionais para incremento da *segurança jurídica*.<sup>417</sup>

---

<sup>412</sup> “Os problemas constitucionais num Estado de direito democrático, são irredutíveis a ‘questões jurídicas’ puras ou a ‘questões políticas juridicamente disfarçadas’.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 679.

<sup>413</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 680.

<sup>414</sup> PECES-BARBA, Gregório. *Curso de teoria del derecho*, p. 216.

<sup>415</sup> “[...] son aquellas en las que el Tribunal Constitucional rechaza una demanda de inconstitucionalidad, esto es, declara la constitucionalidad de un precepto legal impugnado, siempre y cuando éste se interprete en el sentido en el que el Tribunal considera como adecuado a lá Constitución” PECES-BARBA, Gregório. *Curso de teoria del derecho*, p. 216.

<sup>416</sup> “[...] se originan en asuntos en los que el Tribunal juzga la violación del principio de igualdad por parte del legislador al omitir cierta legislación existiendo regulación expresa de casos idénticos (es decir, la disposición omite sin fundamento incluir casos idénticos), y en ellas el Tribunal suele crear outra disposición com el supuesto no incluido.” PECES-BARBA, Gregório. *Curso de teoria del derecho*, PP. 216/217.

<sup>417</sup> “De um lado, revela-se esse processo um instrumento adequado de defesa da constituição, permitindo eliminar do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais (*função de defesa*). De outro, contribui o

Ao longo dos anos e de maneira mais nítida depois da Constituição de 1988, o STF foi mostrando a força e a importância do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade.<sup>418</sup> Aliás, tampouco deixou passar despercebida a evolução dos tribunais constitucionais quando a jurisprudência do Supremo, mais uma vez de forma criativa e de certo modo forma inovadora, encampou a tese da *sentença aditiva* ao reconhecer a omissão normativa.<sup>419</sup>

Na ocasião se tratava de enfrentar o problema da falta de lei de greve para o serviço público que embora previsto constitucionalmente (art. 37, VIII, da Constituição) não teve legislação apta a definir os seus termos e limites. Em razão disso, o Supremo passou a considerar a prolação de sentença *aditiva* ou *modificativa*, ainda que de caráter moderado.<sup>420</sup> Dessa maneira, foi possível integrar a omissão legislativa diante da chamada “solução constitucionalmente obrigatória”, pois a omissão do órgão legislativo estaria a frustrar o direito de greve no serviço público de maneira ilegítima, eis que se tratava de direito constitucionalmente assegurado.<sup>421</sup>

---

controle abstrato de normas para a segurança jurídica quando infirma a existência de inconstitucionalidade, espandendo dúvidas sobre a higidez da situação jurídica (*segurança jurídica*).” MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional*, p. 53.

<sup>418</sup> MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional*, p. 80 e seguintes.

<sup>419</sup> MI 670/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007. Informativo STF 485.

<sup>420</sup> “Entendeu-se que, diante disso, talvez se devesse refletir sobre a adoção, como alternativa provisória, para esse impasse, de uma moderada sentença de perfil aditivo. Aduziu-se, no ponto, no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora ‘solução constitucionalmente obrigatória’.” MI 670/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007. Informativo STF 485.

<sup>421</sup> “Assim, tendo em conta que o legislador não seria dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu-se a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional.” MI 670/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007. Informativo STF 485.

Por outro lado, além dessas funções referidas anteriormente e que caracterizaram o papel do tribunal constitucional desde a sua origem até os tempos atuais, também se torna necessário um órgão que harmonize o ordenamento jurídico, sem ignorar a carga política que isso traz.<sup>422</sup> Só então será possível realizar a supremacia do direito constitucional, com a transição do Estado de direito para um Estado de direito *constitucional*.<sup>423</sup>

Além disso, havendo nítidas diferenças entre o controle abstrato e o concreto de constitucionalidade<sup>424</sup>, melhor seria separar em os órgãos distintos os encarregados de uma e outra forma de controle de constitucionalidade. É perceptível a diferença entre os propósitos de uma e outra forma de controles, tanto na natureza da causa de pedir das ações e os efeitos que elas geram. Não foi por outro motivo que isso levou a Europa a um arranjo institucional distinto do nosso.<sup>425</sup>

Isso sem mencionar o fato de que no sistema romano-germânico o controle de constitucionalidade “está baseado em pressupostos sociológico-jurídicos muito diferentes daqueles em que se baseia o modelo norte-americano”.<sup>426</sup> E tendo o direito romano-germânico a primazia da lei como fonte do direito, a declaração de

---

<sup>422</sup> “Na constatação de CAPPELLETTI [...] o Tribunal Constitucional assemelha-se muito mais às cortes supremas dos países de *common law* do que às tradicionais cortes supremas de *civil law*, o que bem poderá ser compreendido pela carga e importância de funções que exercem mas, sobretudo, pelo ‘controle’ político que sobre elas paira em virtude da formulação adotada para sua composição subjetiva.” TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*, p. 179.

<sup>423</sup> “[...] o Tribunal Constitucional, assumindo explicitamente sua natureza política, está viabilizando e conduzindo, diante de nosso olhar atônito de juristas mais maduros, neste momento da evolução da Supremacia do Direito, o delicadíssimo trânsito do *Rechtsstaat* para o *Verfassungsstaat*.” SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder*, p. 110.

<sup>424</sup> “O controlo da constitucionalidade das normas não teria também todo a mesma natureza: o controlo abstracto seria, essencialmente, uma *tarifa de legislação negativa*; o controlo concreto esse seria, na verdade, uma função jurisdicional, justificando-se que só neste caso se pudesse falar de decisões materialmente jurisdicionais.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 681.

<sup>425</sup> GUSSI, Evandro. *A segurança na Constituição*, p. 32.

<sup>426</sup> GUSSI, Evandro. *A segurança na Constituição*, p. 92.

inconstitucionalidade com eficácia retroativa normalmente é causa de “incessante insegurança sobre a validade de uma norma que, no fundo, diz respeito ao direito cotidiano, diferente do sistema do *rule of law*”.<sup>427</sup>

Ao mesmo tempo é preciso haver um órgão atue com mais *neutralidade*, de sorte a lhe conferir maior legitimidade pela desvinculação dos poderes já existentes.<sup>428</sup> Tudo isso já foi comentado pela doutrina quando concebeu o tribunal constitucional como um poder distinto do judiciário atual.<sup>429</sup> Evidentemente isso tem sua razão de ser, até porque a atuação do tribunal constitucional o aproxima do legislativo embora atue jurisdicionalmente.<sup>430</sup>

Finalmente, é preciso haver um órgão com a função de *criação do direito*<sup>431</sup>, mas com um diferencial em relação ao legislativo e muito além desse papel que também é reconhecido aos juízes.<sup>432</sup> Nesse aspecto, quando o tribunal constitucional produz direito o faz com maior densidade eis que consegue unir a

---

<sup>427</sup> GUSSI, Evandro. *A segurança na Constituição*, p. 92.

<sup>428</sup> “A idéia de um poder moderador encontra-se, indubitavelmente, assentada na de ‘poder neutro’. A desestabilização dos três ‘poderes’, como ocorrência previsível, deve ser necessariamente conduzida à ‘moderação’ por um quarto poder. [...] a conotação ‘moderadora’ do Tribunal Constitucional, como um quarto ‘poder’ é, nessa perspectiva, inteiramente pertinente.” TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*, p. 181.

<sup>429</sup> “Os grandes constitucionalistas apontam como traço essencial do Tribunal constitucional – o que o distingue, por exemplo, dos tribunais supremos do Poder Judiciário – o formar ele próprio, em si, um poder político independente dos demais.” SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder*, p. 122.

<sup>430</sup> “[...] entendemos que o Tribunal constitucional, enquanto poder político, desenvolve uma função materialmente política (de última instância, instrumentalmente jurisdicional e formalmente legislativa.” SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder*, p. 117.

<sup>431</sup> “[...] os juízes ‘criam o direito’. Essa, obviamente, constitui uma afirmação com a qual estou plenamente de acordo. Todavia, julgo importante precisar neste parágrafo como a legislação é apenas um modo de criar o direito, *essencialmente diverso* do judiciário.” CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 74.

<sup>432</sup> “[...] o grau de criatividade necessário pode ser deveras mais elevado no âmbito da justiça constitucional do que, usualmente, no da ordinária.” CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 67.

necessária fundamentação técnica com a imprescindível visão política que a atividade deve conter.<sup>433</sup> É preciso ressaltar, entretanto, que isso não implica abolir a função do poder legislativo nem transferir parcela de sua atribuição para outro poder, mas, isto sim, perceber que a produção do direito não se limita à produção da lei. Nessa linha de idéias, é perceptível que o direito precisa igualmente de outras normas para ser uma obra jurídica completa.<sup>434</sup>

---

<sup>433</sup> “En este punto es importante advertir cómo el estudio sobre esta posibilidad puede ser abordado desde un punto de vista que podríamos considerar como técnico y desde un punto de vista que podríamos considerar como político.” PECES-BARBA, Gregório. *Curso de teoría del derecho*, p. 217.

<sup>434</sup> “En un principio, y en referencia al tema que nos ocupa, a través de este postulado podemos pensar que se establece como único referente de producción normativa al Poder Legislativo. Ahora bien, incluso si mantuviéramos una visión amplia del legislador, como aquel que elabora lo que hemos denominado como Derecho legal, difícilmente podemos pensar que se trata de los únicos centros con competencia para producir normas.” PECES-BARBA, Gregório. *Curso de teoría del derecho*, p. 220.

## CONCLUSÃO

1. A segurança jurídica é necessária à sociedade e ao Direito, tanto quanto este é necessário àquelas. Sendo o Direito a ligação por excelência entre Ética e Política é natural concluir que esses fundamentos devem ser contemplados pelo Direito em igual proporção. O predomínio desmesurado da Política sobre a Ética, dentro de um sistema jurídico, levaria a um Direito-força, carente de maior legitimidade e respeitabilidade. Uma dominação da Ética sobre a Política tornaria o Direito um enunciado de belos preceitos sem a efetividade desejável para atingir sua finalidade ordenadora.

Assentando-se sobre estes fundamentos, Ético e Político, o Direito passa a incorporar o ideal de ambos: justiça do primeiro e segurança do segundo. Daí ser, numa concepção equilibrada de Direito, um falso dilema a escolha entre *justiça* e *segurança* – aí compreendida a segurança jurídica. Sem segurança a justiça não tem critérios, torna-se uma justiça insegura e arbitrária. E justiça insegura é rematada injustiça; uma desesperadora insegurança pela imprevisibilidade e pessoalidade de seus parâmetros.

É preciso realçar o valor da segurança jurídica, tão negligenciada pelos profissionais do Direito nos últimos anos, apesar de paradoxalmente esta expressão ter estado em voga — notadamente nas *decisões judiciais*. A importância de se recuperar o seu significado mais concreto visa à construção e à manutenção de um ordenamento jurídico justo e eficaz, que gere tranquilidade aos seus destinatários, previsibilidade aos seus estudiosos e um mínimo de condições operacionais para todos os profissionais da área jurídica.

É a segurança jurídica que dá condições para os indivíduos pautarem as suas ações, moldarem suas expectativas e desenvolverem suas atividades. O abalo da segurança jurídica traz consigo uma crise no fundamento ético do direito, gerando uma relativização da noção do certo e do errado a partir da perspectiva provável de uma mudança com resultados imprevisíveis. Superada ou desconsiderada a noção de

segurança jurídica, o Direito fica relativizado como meio legítimo: sua função passa a ser simplesmente a atuação do monopólio estatal da força.

Se é desejável continuar confiando no direito como instrumento para a construção de uma sociedade melhor, mais harmônica e menos injusta, não se pode prescindir da idéia de segurança jurídica, pois, como lembra Peces-Barba, se a segurança jurídica nos protege contra os malefícios do poder, ela também é capaz de fornecer elementos jurídicos para a proteção contra os malefícios do próprio Direito<sup>435</sup>.

A segurança jurídica se apresenta no direito sob aspectos formais e materiais. Do ponto de vista *formal* ela tende a aumentar com a *oficialidade*, a *natureza escrita e legislada* do ordenamento jurídico. Com relação à dimensão *material* da segurança jurídica, ela pode ser verificada quando o direito positivo adota os princípios da *legalidade*, *igualdade*, *irretroatividade*, *controlabilidade*, *razoabilidade* e também consagra a *coisa julgada*.

Portanto, o sistema jurídico deve nutrir o maior apreço pelos elementos de segurança jurídica encontráveis dentro do Direito – inclusive repelindo tentativas que, pretextando uma revisão *justa* de certas situações, acabem por fornecer meios para abalar situações definitivamente consolidadas.

Não se está a pregar um engessamento dos institutos jurídicos ou a estagnação das decisões judiciais. A evolução do Direito, acompanhando a sociedade, não pode ignorar a força dos fatos aos quais o Direito deve ser aplicado. Daí porque, antes de atuar, o Direito deve respeitar situações de fato concretamente construídas e acabadas sob pena de pôr aqueles fatos em oposição e eterna rebelião contra o Direito. As mudanças necessárias e desejáveis na jurisprudência devem ser previsíveis o quanto for possível. O que não é possível é admitir que a única certeza é a imprevisibilidade.

2. Embora seja a coisa julgada manifestação concreta de segurança jurídica e como tal deva ser preservada, com isto não se nega a possibilidade — restrita, é verdade — de revisão e novo julgamento de decisões transitadas em julgado, desde que

---

<sup>435</sup> PECES-BARBA, Gregório. *Curso de teoria del derecho*, p. 328.

dentro dos limites da lei processual civil. Portanto, a ruptura da coisa julgada deve sempre ser pautada pelas regras do direito posto.

Entretanto, ainda assim é verificada a existência de sentenças problemáticas que não mais podem ser rescindidas segundo as regras do ordenamento processual vigente: elas estão aí sendo feitas diariamente e serão cobertas pela coisa julgada. Mas nem por isso a solução de um problema não pode ser em si causa de problemas maiores. Dito em outras palavras, o conserto não pode causar mais transtornos que a solução a que ele se proponha, pois o vulgo sabe às vezes que a emenda é pior do que o soneto.

Se a coisa julgada não é um valor absoluto, tampouco uma decisão do STF o é, pois mesmo este já reviu alguns dos seus precedentes e nada permite concluir que o mesmo não vá acontecer no futuro. Não se quer com isto engessar a evolução jurisprudencial nem impedir mudanças que a percepção social, jurídica e histórica recomenda para o aumento da legitimidade das decisões judiciais. No entanto, quem o faz bruscamente e sem esta perspectiva necessária deve assumir os ônus de justificá-la.

Com relação à absolutização das decisões sobre constitucionalidade feitas pelo STF, isso não pode ser em si mesmo um conceito de justiça material. O Supremo, tal como qualquer juiz, também erra. No entanto, alguém tem que errar por último. É uma visão distorcida que criou o mito de que uma decisão sobre a constitucionalidade de um tema qualquer significa a proximidade com o justo. Justiça não é um conceito constitucional pronto e acabado embora a realização da Constituição seja um meio para a efetivação da justiça.

Se a rescisória, por sua natureza, já é medida de cunho excepcional, a chamada relativização da coisa julgada – se algum dia vier a ser admitida - deve ser a exceção das exceções. Nunca a regra ou a tendência natural diante de uma decisão constitucional (ainda que do Supremo Tribunal Federal) posterior àquela decisão já coberta pelo trânsito em julgado. A manutenção de decisões inconstitucionais não é, em si, um problema de nosso sistema jurídico. O ordenamento vigente admite implicitamente essa possibilidade.

3. Também foi referido que nossa Constituição, ainda que extensa, continua a ser o fundamento da ordem jurídica e que da sua observância decorre a desejável

segurança no sistema jurídico. A realização dos preceitos constitucionais, de sorte a efetivar o teor de seus dispositivos, bem como a idéia de segurança jurídica, passa pela existência de mecanismos de defesa da Constituição – dentre os quais sobressai a jurisdição constitucional.

Na prática é a jurisdição constitucional — especialmente aquela exercida sob a modalidade concentrada — que vai dizendo e expressando materialmente a Constituição, assim contribuindo para a segurança e certeza do sistema jurídico. O próprio tribunal encarregado de exercer esse controle de constitucionalidade de maneira abstrata vê nas suas funções também o exercício de uma jurisdição que trabalha para a efetivação da segurança jurídica.

A doutrina percebe que não só aqui, mas também no tribunal constitucional alemão, a afirmação dos valores constitucionais gera a segurança jurídica. A última reforma constitucional a tratar do Poder Judiciário previu expressamente a edição de súmulas vinculantes para erradicação da insegurança jurídica, embora não tenha tratado, ao contrário da carta lusitana, da possibilidade de se estabelecer uma gradação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade como forma de atingir a segurança jurídica. Essa possibilidade surgiu com o advento de lei específica.

O dever de motivar as decisões, também extensivo à jurisdição constitucional concentrada, leva o tribunal que a realiza a enfrentar a temática da segurança jurídica. Daí aparecer a segurança jurídica ora como uma idéia a partir da qual o STF elabora a sua jurisprudência, ora como fundamento declarado de decisões e também como princípio utilizado para dimensionar os efeitos de decisão proferida pela jurisdição constitucional.

A concepção de segurança jurídica busca definir os seus contornos – atividade ínsita à tarefa jurisdicional – para fixar limites ao exercício da atividade legislativa (no exercício do papel de *legislador negativo*); vê o princípio como uma decorrência do Estado de Direito, um núcleo a proteger o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Também tem aparecido a idéia de que o princípio da segurança jurídica, embora um tanto vago, seria uma proteção maior que o direito adquirido e respaldaria a proteção que se espera do sistema jurídico.

A segurança jurídica igualmente fundamenta as decisões da jurisdição constitucional, resguardando o interesse e a boa-fé das pessoas atingidas por atos inconstitucionais, consagrando noutras vezes a intangibilidade de situações sedimentadas ao longo do tempo e que a revisão delas acabaria tendo efeitos mais perniciosos do ponto de vista prático que a mera submissão a uma realidade formalmente constitucional provocada pelo reducionismo do binômio inconstitucionalidade-nulidade.

Com relação aos efeitos dos julgamentos efetuados pela jurisdição constitucional, a idéia de segurança jurídica rompe com a tradição do direito constitucional brasileiro alicerçado na obrigatória retroatividade dos efeitos dessa declaração para caminhar em direção à visão kelseniana que prega a possibilidade de eficácia prospectiva das declarações de inconstitucionalidade pautada por razões de segurança jurídica.

Inclusive a existência de lei dispendo nesse sentido procura trazer para as terras brasileiras uma experiência que se revelou positiva em outros países. O dispositivo que prevê tal possibilidade, a despeito dessas constatações e da boa acolhida no STF ainda é alvo de resistência.

Mas a despeito de todas essas considerações, legitimidade do órgão de jurisdição constitucional concentrada e dos mais variados mecanismos de controle da constitucionalidade, a verdade é que a jurisdição constitucional ainda não conseguiu fazer com que a segurança jurídica permeie todas as suas decisões – particularmente aquelas em que é exercido o controle difuso. Nesse sentido vale a pena lembrar alguns precedentes em matéria constitucional tributária que, num espaço relativamente curto de tempo, mudaram diametralmente de posição.

É por isso que se pretendeu, neste breve estudo, chamar a atenção para a idéia de segurança jurídica, bem como a importância e o valor da jurisdição constitucional concentrada, para aumentar a densidade legitimadora das decisões proferidas pelo órgão de cúpula de forma a fornecer parâmetros mais certos, mais seguros e mais firmes na interpretação das normas jurídicas.

Daí a crítica que deve ser feita aos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, quando aprecia temas em sede de controle difuso de

constitucionalidade. Ela está respaldada pelas lições deixadas por sua própria jurisprudência – em especial aquela firmada no controle concentrado de constitucionalidade. Ao realizar o controle concreto de constitucionalidade (modalidade difusa), muito embora se trate do mesmo órgão a julgar, a Corte Suprema não tem demonstrado a mesma afeição pela segurança jurídica.

Ficou patente a demonstração de oscilações, mormente no trato de temas tributários, que não parecem condizer com a função de guardião do texto constitucional. Não se quer com isto emperrar o avanço da jurisprudência constitucional e impedir mudanças, muitas vezes necessárias, bem como fruto da adaptação evolutiva a uma realidade dinâmica. Mas encontrar justificativa para a revisão de julgados na mera alteração na composição de *quorum* do Tribunal não é algo que contribua para incrementar a respeitabilidade das decisões do STF.

Daí a sugestão de uma separação mais nítida da jurisdição constitucional concreta e difusa daquela abstrata e concentrada. Sendo coisas distintas, não parece lógico que ambas sejam conferidas a uma mesma instituição que notoriamente enfrenta problemas para bem desempenhar suas funções mais nobres diante do acúmulo de outras mais condizentes com a solução de casos concretos. Esses motivos já seriam um argumento para a identificação das funções de um tribunal constitucional em parte das atividades do Supremo e que lhe devam ser confiadas em caráter exclusivo com a exclusão das demais incompatíveis com esse mister.

O que se deseja é que a mesma concepção orientadora e fundamentadora da segurança jurídica, nos julgados da jurisdição constitucional concentrada, apareça também na jurisdição difusa para aperfeiçoamento institucional, aumento do respeito à Carta Magna bem como o incremento da confiabilidade e legitimidade de nossas instituições e institutos jurídicos.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Notas sobre o Conceito e a Função Normativa da Nulidade*, in *Saneamento do Processo – Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989, pp. 131-139.

\_\_\_\_\_. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS* 22 (set/2002), pp. 31-42.

\_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os actos inconstitucionaes*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântida Editora, 1893.

BARROS, Sérgio Resende de. *Simplificação do controle de constitucionalidade*, in As vertentes do direito constitucional contemporâneo. Ives Gandra da Silva Martins (Coord). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Vol. 4, Tomo III. Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins. São Paulo: Saraiva, 1997.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad*. Por una teoría general de la política. México: Fondo de Cultura Económica. 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, Vol. 1: comentários sistemáticos às Leis n. 11.187 de 19-10-2005, e 11.232, de 22-12-2005. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina. 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993. Reimpressão, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Cómo nace el derecho*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1959.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n.º 9.868 e 9.882/99*, in *O controle de constitucionalidade e a Lei n.9.868/99*. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. I, tradução da 2. ed. italiana por Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Tendências do direito constitucional brasileiro*, in *As vertentes do Direito Constitucional contemporâneo*. Ives Gandra da Silva Martins (Coord). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

GALBRAITH, John Kenneth. *A era da incerteza*. Tradução F. R. Nickelsen Pellegrini. 7. ed. São Paulo: Pioneira, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional*. In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 5, n. 17, outubro-dezembro de 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GUSSI, Evandro Herrera Bertone. *A segurança na Constituição*. Dissertação (mestrado em Direito). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, vol. 1. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução Alfredo Buzaid e Benvido Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINS, James. *Direito Processual tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentário à lei n.º 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O critério de transcendência no recurso de revista na justiça do trabalho*. in *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Ives Gandra da Silva Martins (Coord). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento e ônus da prova*, in *Temas de Direito Processual (segunda série)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. *A justiça no limiar do novo século*. In *Revista Forense* 319 (1992): 69-75.

MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio. *Segurança jurídica e jurisprudência*. São Paulo: LTr, 1996.

MOTTA, Artur Alves da. *A crise do princípio da legalidade*. Revista Jurídica Virtual. Vol. 4, n. 42, novembro/2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_42/Artigos/art\\_artur.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_42/Artigos/art_artur.htm)>. Acesso em 21 jun. 2008.

NERY JUNIOR, Nelson Nery. A coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In *Revista Forense* 375 (setembro/outubro de 2004), pp. 141-159. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PAUPERIO, Arthur Machado. *Segurança jurídica verbete in Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 67. Coordenação Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977.

PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Teoría del Derecho*. Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández e Rafael de Asís. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

POLETTI, Ronaldo. *O controle da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967*, Tomos I e V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Vol. I. Tradução Cabral de Moncada. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1953.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. *Teoria tridimensional do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade* in Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Velhos e novos rumos das ações de controle abstrato de constitucionalidade à luz da lei n.º 9.868/99*, in O controle de constitucionalidade e a Lei n.9.868/99. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica*, in O controle de constitucionalidade e a Lei n.9.868/99. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel (Org.). *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*, in O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *Constituição e segurança jurídica*. in O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A crise da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

\_\_\_\_\_. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*. Porto Alegre: editado pelo autor, 2002.

\_\_\_\_\_. *O tribunal constitucional como poder*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

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

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Segurança do direito verbete in Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 67. Coordenação Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAVASCKI, Teori. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.