

A (IN)EXISTÊNCIA DA COISA JULGADA NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira

Professor Titular do Programa de Pós-Graduação (Doutorado e Mestrado) da
Universidade de Ribeirão Preto-SP – UNAERP
Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP
Procurador do Estado de São Paulo
Membro da Comissão Especial de Arbitragem do Conselho Federal da OAB
Membro de listas referenciais de árbitros. Sócio da CAMES
Ribeirão Preto-SP
e-mail: olavoferreira@hotmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1067-4335>

Gabriel Benedetti Marques Rodrigues

Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade de Ribeirão Preto-SP – UNAERP
Bolsista CAPES
Pesquisador do grupo Justiça Política e Cidadania, com linha de pesquisa em
Concreção dos Direitos Coletivos e Cidadania
Ribeirão Preto-SP
e-mail: gabriel.brodrigues@sou.unaerp.edu.br.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7768-9609>

Carlos Eduardo Montes Netto

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto-SP – UNAERP
Professor de cursos de graduação e pós-graduação
Juiz de Direito do Estado de São Paulo
Ribeirão Preto-SP
e-mail: carlosmontes3@hotmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4274-0309>

Recebido em: 06/08/2021

Aprovado em: 17/11/2021

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a divergência doutrinária acerca da (in)existência da coisa julgada no controle concentrado de constitucionalidade. Trata-se de um tema que assume relevância diante da instabilidade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa perspectiva, observa-se a necessidade de analisar a incidência (ou não) dos institutos que abrangem a estabilização da jurisprudência no âmbito do Pretório Excelso. A hipótese considerada é que o enfrentamento da questão passa pela inevitável distinção entre texto e norma, pois o debate sobre a vinculação às decisões da Corte Suprema e a necessária atualização da sua jurisprudência exigem cautela. O método adotado foi o hipotético-dedutivo, inferindo-se, ao final, que a melhor forma de conceber a segurança jurídica ao controle concentrado é a partir da conjugação da coisa julgada com os demais institutos que lhe são inerentes.

Palavras-chave: controle concentrado de constitucionalidade; coisa julgada; vinculação.

THE ABSENCE OF THE THING JUDGED IN CONCENTRATED CONTROL OF CONSTITUTIONALITY

ABSTRACT

The present work aims to analyze the doctrinal divergence about the absence of res judicata in the concentrated control of constitutionality. Certainly, this is an issue that assumes relevance insofar as it is possible to observe a degree of instability in the decisions of the Supreme Court. In this sense, discussing the occurrence (or not) of the institutes that cover the stabilization of the STF jurisprudence is a necessary task. The hypothesis considered is that the confrontation of the aforementioned issue involves the inevitable distinction between text and norm, as the debate on the link to the STF decisions and the necessary updating of its jurisprudence requires special care. The method adopted for the hypothetical-deductive method, inferring, in the end, that the best way to conceive a legal security for concentrated control is from the combination of res judicata with the other institutes that are inherent to it.

Keywords: concentrated control of constitutionality; thing judged; binding.

1 INTRODUÇÃO

Diante das implicações políticas que interferem diretamente na aplicação dos direitos constitucionais, propor investigações sobre os institutos que conferem estabilidade e segurança jurídica é tarefa que se faz necessária para a comunidade jurídica. Isso porque algumas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, no âmbito de suas competências e poderes atribuídos pela Constituição Federal, além de possuírem eficácia contra todos e efeito vinculante, são fundamentais para a manutenção da Constituição e do Estado de Direito.

No entanto, há uma relevante questão atual sobre o constitucionalismo: a legitimidade dos tribunais no fazer valer de suas decisões. No Brasil, o STF tem sido testado nesse sentido, e questionado o teor de suas decisões. Isso se intensifica na medida em que é possível observar, principalmente nos últimos anos, um aumento significativo de protestos em que setores consideráveis da população saem às ruas para exigir comportamentos antidemocráticos e inconstitucionais por parte das autoridades políticas (como fechamento de instituições a partir de intervenções militares).

Por outro lado, mas que também se destaca quanto a esse grau de instabilidade, é o modo como a Constituição tem sido interpretada e aplicada pelos tribunais brasileiros em geral. Essa afirmação pode ser constatada, a partir de diversos julgados em todo país. Com efeito, há um imaginário representado por parcela da comunidade jurídica brasileira que defende ou, ao

menos, concorda em alguma medida, que o Poder Judiciário possui uma espécie de competência para representar a sociedade e atender aos anseios sociais.¹

Por esses motivos, compreende-se a necessidade de investigar a (in)ocorrência da coisa julgada nas decisões de mérito proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, pois a temática se encontra relacionada ao preocupante assunto da estabilização das decisões do STF e, conseqüentemente, de uma adequada preservação constitucional. É exatamente este o objetivo do presente trabalho: abordar a discussão sobre a existência ou não da coisa julgada na declaração de constitucionalidade e inconstitucionalidade no controle concentrado de constitucionalidade.

O tema gera divergência doutrinária em razão da natureza distinta que possuem os procedimentos por meio dos quais o STF fiscaliza a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Mas não é só: um outro ponto de extrema relevância diz respeito a não vinculação do Supremo aos seus julgamentos e à possibilidade de decidir de forma diversa no futuro. Contudo, essa colocação exige certo tipo de cuidado teórico, justamente para que a Constituição permaneça estável e duradoura como característica própria do Constitucionalismo moderno.

Assim, antes da abordagem principal do presente trabalho, fazem-se necessários alguns breves apontamentos acerca da distinção entre texto e norma, a fim de que se estabeleçam algumas premissas necessárias para que se possa analisar a (in)existência da coisa julgada no controle abstrato de constitucionalidade, especialmente a questão da não vinculação do STF e a possibilidade de alterar (ou atualizar) o sentido atribuído à determinada disposição frente à Constituição.

Para tanto, por meio de revisão bibliográfica e do método dedutivo, o trabalho está estruturado da seguinte forma: em primeiro lugar, será abordada a diferença entre texto e norma; na sequência, analisar-se-á a divergência doutrinária acerca da existência ou não da coisa julgada no controle concentrado; e, finalmente, serão abordadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's) nº1.351 e 1.354.

¹ Nesse sentido, vale mencionar a recente pesquisa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) que trata sobre o perfil da magistratura. Na questão nº 60, por exemplo, questiona-se a concordância dos magistrados nos casos sensíveis para a sociedade, em que não é constituído uma maioria parlamentar, sobre a possibilidade de o judiciário exercer um papel criativo na produção de normas, a fim de atender aos anseios da coletividade. O resultado foi que uma grande quantidade de juízes, desembargadores e ministros de tribunais superiores, concordam com essa possibilidade criativa dos membros do Judiciário (WERNECK VIANNA; CARVALHO; BURGOS, 2018).

2 A DIFERENÇA ENTRE TEXTO E NORMA

Quando se levanta a discussão acerca da coisa julgada, efeito vinculante e eficácia *erga omnes* nas decisões de controle de constitucionalidade, menciona-se a possibilidade de o STF mudar seu entendimento adotado no passado em virtude de alguma alteração no contexto social. No entanto, parece que parte da doutrina desconsidera o caráter filosófico interpretativo desse tipo de afirmação, como se qualquer simples alteração em algum segmento social, de um tempo para outro, fosse suficiente para que o Supremo mudasse seu entendimento sobre algum direito controvertido. Por exemplo, muito se discutiu sobre a abrangência da presunção de inocência e a possibilidade de execução de pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Em 2016, o STF mudou sua jurisprudência por meio do *Habeas Corpus* nº 126.292 e passou a admitir a execução da pena, a partir da decisão condenatória de segunda instância, isto é, antes do trânsito em julgado.

A decisão proferida pelo Pretório Excelso foi alvo de críticas, por ter promovido o sacrifício de uma garantia fundamental dos acusados em geral, a presunção de inocência (ou de não culpabilidade), até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Isso, não significa que a interpretação atribuída pelo STF a um direito ou garantia fundamental em determinado momento histórico seja imutável, mas no que se refere aos efeitos das decisões proferidas em sede controle concentrado de constitucionalidade é necessário cautela e atenção aos institutos que visam conferir segurança jurídica às decisões judiciais, a exemplo da coisa julgada.

2.1 A atribuição de sentido da hermenêutica (filosófica) jurídica

A abordagem sobre a diferença entre texto e norma, considerando-se principalmente Friedrich Müller, exige alguns pressupostos sobre a hermenêutica filosófica pensada por Hans-Georg Gadamer. Diferentemente do que a dogmática jurídica passou a trabalhar em termos de interpretação e compreensão (metódica), a hermenêutica que pretende desenvolver Gadamer surge no horizonte de um problema totalmente humano. Logo no prefácio da 2ª edição de *Verdade e Método I*, Gadamer (2015, p. 14) explicita sua intenção ao afirmar que ela foi e continua filosófica, pois o que lhe interessa é demonstrar como a compreensão acontece: “o que está em questão não é o que fazemos, o que deveríamos fazer, mas o que nos acontece além do nosso querer e fazer”.

Como se pode perceber, a compreensão para Gadamer (2015) está relacionada a um acontecimento que escapa ao querer humano. Trata-se de um existencial que antes de ter um

sentido teórico ou pragmático, tem seu sentido original atribuído a seu caráter ontológico (CRUZ, 2019). Dessa maneira, Gadamer (2015, p. 385) afirma que “a compreensão deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, onde se intermedeiam constantemente passado e presente”.

Ocorre que, nesses termos, não há uma distinção de momentos no “processo” compreensivo-interpretativo. Para Gadamer, compreender é sempre interpretar. Mas isso não significa que interpretação e compreensão se confundem. Com efeito, ambas são existenciais humanos e, embora se deem num processo unitário, possuem suas diferenças. A compreensão, como citado, possui seu sentido de um acontecer existencial. Já a interpretação está relacionada à aplicação desse acontecimento (GADAMER, 2015). Ao compreender, automaticamente interpretamos, ou seja, aplicamos aquilo que foi compreendido, em virtude da estrutura prévia da compreensão: a pré-compreensão do intérprete. Nesse sentido, Gadamer define que interpretação não é um ato posterior e complementar à compreensão, antes, compreender é sempre interpretar, de forma que a interpretação é a forma explícita da compreensão.

Esse acontecimento da compreensão, por sua vez, é guiado pela antecipação de sentido que o intérprete faz da coisa em questão. Gadamer afirma que quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar, que é fruto da pré-compreensão. Nesse projetar (a atribuição de sentido que o intérprete realiza), aparece um primeiro sentido do todo do texto, por exemplo, um estudante de direito, ao se deparar com um livro de direito comercial, ainda que não conhecedor das regras atinentes ao assunto, projetará um sentido do todo, ou seja, projetará no sentido de que aquele livro tratará de regras sobre um determinado ramo da ciência jurídica.

Esse primeiro sentido surgirá, porque o intérprete lê o texto a partir de determinadas expectativas. Conforme Gadamer (2015, p. 356) explica, “a compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido”. Esse reprojeter, que representa o movimento do compreender e interpretar, é o processo do círculo hermenêutico descrito por Martin Heidegger.

Gadamer (2015) alerta que quem busca compreender está sujeito a erros em virtude desse projeto prévio de sentido, justamente porque ele pode não se confirmar na coisa (ou no texto) em questão, ou seja, “na coisa ela mesma”. Assim, afirma o filósofo que “faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade” (GADAMER, 2015, p. 356). É imprescindível, portanto, que o intérprete não se

entregue de imediato ao arbítrio de suas opiniões prévias, ignorando a opinião do texto, ou dito de outra forma, sufocando a linguagem prevista no texto:

Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais (GADAMER, 2015, p. 358).

Portanto, o processo hermenêutico descrito por Gadamer consiste nessa atribuição de sentido que o intérprete, a partir faticidade, dá ao objeto interpretante. No Direito, seguindo esse paradigma, a tarefa de interpretar a lei também passa a ser uma atribuição de sentido (*Sinngebung*) (STRECK, 2014, p. 306); é por isso que se fala que o ato compreensivo-interpretativo produz (e não reproduz) um sentido. Nas palavras de Gadamer (2015, p. 392) “[...] a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também e sempre produtivo”. No entanto, cabe uma advertência: a hermenêutica filosófica de que falamos não é relativista, de modo que a atribuição de sentido não consiste na atribuição de qualquer sentido. Toda atribuição de sentido se dá sob um pano de fundo composto pela pré-compreensão² e tradição.³

2.2 Friedrich Müller: âmbito e programa da norma

Friedrich Müller, seguindo essa tradição hermenêutica de Gadamer⁴, ficou conhecido como o fundador da importante distinção que se faz entre texto e norma. Mais do que isso, Müller “[...] pretende problematizar o conceito tradicional de norma e a subjetividade que se

² A pré-compreensão pode ser compreendida como a comunhão de significados compartilhados e transmitidos pela tradição que nos permite “movimentar” e relacionar com os entes do mundo; que possibilita a antecipação de sentido no círculo hermenêutico. Nesse sentido, é essa compreensão prévia que possibilita o acontecimento existencial e involuntário do compreender. Ao se perguntar o porquê se compreende de tal maneira, é porque antes da pergunta já se compreendeu algum sentido, ainda que de forma incerta. De acordo com Gadamer (2015), não há interpretação e compreensão que não implique a totalidade dessa estrutura existencial, e é justamente ela que possibilita esse “antes”, esse sentido prévio. Por exemplo, “quando olho para um lugar e vejo um fuzil, é porque antes disso eu já sei o que é uma arma. Sem isso, a questão do sentido do fuzil não se apresentaria, ou seja, o fuzil não exsurgiria como (als) fuzil” (STRECK, 2011, p. 449).

³ Nesse sentido, cabe a afirmação de Gadamer (2015, p. 368) de que “não é a história que nos pertence, mas somos nós que pertencemos a ela”. Somos nós que estamos inseridos na tradição, somos jogados nela, e nisso reside a hermenêutica da faticidade. Por essa razão, a nossa compreensão é limitada, porque falamos e compreendemos a partir de uma tradição e estamos, em muito, determinados por ela.

⁴ O que é, inclusive, apontado pelo próprio (MÜLLER, 2008).

apresenta por detrás dele” (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2020). Ou seja, assim como se verifica na hermenêutica filosófica gadameriana, também aqui há um amplo e complexo desenvolvimento teórico que está para além dos nossos objetivos. Ao que nos interessa, é a descrição feita pelo autor das duas dimensões que estruturam a norma: o programa normativo e o âmbito normativo.⁵

O programa normativo (ou programa da norma) corresponde ao teor literal, a “ordem jurídica”, o texto legal ou constitucional. Já o âmbito normativo (ou âmbito da norma) compreende ao recorte da realidade social na estrutura básica que o programa da norma “escolheu” para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação (MÜLLER, 2005). Em síntese, programa normativo diz respeito ao texto, enquanto o âmbito normativo ao recorte da realidade para o qual esse texto aponta.

Para Müller, a resolução de casos jurídicos não pode rejeitar as investigações da realidade para a qual determinado texto serve. A grande questão para o autor é que não pode haver preponderância (MÜLLER, 2005). Com efeito, o texto não é única e exclusivamente o critério de interpretação para concretização do Direito; a interpretação do texto é um dos elementos mais importantes da concretização, mas somente um elemento (MÜLLER, 2005). Por ser a norma composta por mais do que um enunciado de linguagem que está no papel, ela não pode se esgotar na interpretação do texto; ao contrário, ela é referida ao caso, dos dados fornecidos pelo programa da norma, pelo âmbito da norma e pelas peculiaridades do conjunto de fatos (MÜLLER, 2005).

Contudo, esse âmbito da norma não pode ser compreendido como uma mera soma de fatos. Isso porque, Müller explica que o âmbito normativo não corresponde a uma esfera de liberdade “natural”, nem deve ser utilizado como natureza das coisas desvinculada de normas, corregedora da norma ou simplesmente superpositiva. De acordo com o autor, “[...] a ‘natureza’ das coisas a serem aqui apreendidas pela teoria da norma significa apenas estrutura material básica das circunstâncias reais do mundo social normatizadas, apreendidas pela norma e cofundadoras da normatividade concreta da disposição legal” (MÜLLER, 2008, p. 249). Em outras palavras, o que Müller (2008) explica é que, antes da norma, há uma tradição jurídica existente, de modo que o âmbito normativo não engloba a totalidade dos fatos, mas tão somente aquele recorte estipulado pelo programa normativo; isto é, as estruturas básicas relevantes do

⁵ Essa é a real distinção que opera Müller, uma vez que texto e norma foi a forma pela qual parte da doutrina jurídica brasileira interpretou a proposta do autor.

âmbito normativo só aparecem quando o programa normativo assim assinala, o que acontece no processo da interpretação prática e na aplicação de normas jurídicas.⁶

Por outro lado, na atualização de sentido que se faz de uma norma, não pode haver desconsideração de texto (programa da norma), que também é um elemento fundamental – não basta dizer que o conjunto de fatos corrobora para uma alteração de sentido sobre a presunção de inocência enquanto esse novo sentido contraria o próprio texto da Constituição. Embora o texto não contenha a norma, ele – o texto – dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito; o texto permanece como o ponto de orientação (MÜLLER, 2008). Portanto, a metódica estruturante é uma forma de relacionar texto e realidade de uma maneira mais consistente. E, com isto, a norma será o resultado desta relação:

Com isso a norma jurídica prova ser um modelo de ordem materialmente caracterizado, esboço vinculante de um ordenamento parcial da comunidade jurídica que representa o enunciado jurídico em linguagem e na qual os fatores ordenante e ordenado necessariamente formam uma unidade e se completam e reforçam reciprocamente de forma incondicional na práxis da realização do direito (MÜLLER, 2005, p. 44).

Nesse sentido, basicamente, não é o legislador e nem o constituinte que são os geradores de normas; eles são os emissores dos textos cujos sentidos não estão prontos de antemão, como se a tarefa do intérprete fosse seu mero desvelamento. E nisso se verifica a influência da hermenêutica gadameriana.⁷ Conforme explica Streck (2014, p. 313) “Eu não vislumbro primeiramente o texto para depois ‘acoplar’ a respectiva norma. A ‘norma’ não é uma ‘capa de sentido’, que existiria apartada do texto. Ao contrário disto, quando me deparo com o texto, ele já ex-surge normado, a partir de minha condição de ser-no-mundo.”

O sentido, conforme brevemente mencionado, deve ser atribuído pelo intérprete de modo que corresponda a coisa (ao texto jurídico) em questão. É nesse momento que se verificará a norma que, por sua vez, só existe no momento em que ela é concretizada (momento

⁶ O autor, em outra passagem, explica a abrangência do âmbito normativo da seguinte maneira: “a forma linguística do texto normativo geralmente fornece importantes indicações a respeito das ideias normativas fundamentais da disposição e, com isso, dos questionamentos sob os quais o âmbito normativo deve ser observado” (MÜLLER, 2008, p. 205).

⁷ Streck (2014, p. 232) também nos oferece uma boa explicação sobre a revelação de sentido: “[...] não há um sentido escondido na norma/texto, que possa ser alcançado de forma essencialista; tampouco há um sentido imanente, inerente, como uma espécie de elo (fundado/fundante) que liga o significante ao significado, como um objeto que possa ser buscado, através de um processo interpretativo-objetivante, pelo sujeito cognoscente (bem caracterizado pela ideia de subsunção). Igualmente o intérprete não estará livre para atribuir “qualquer sentido” ao texto. O que ocorre é que, desde sempre, o “sujeito interpretante” está inserido no mundo, em um mundo linguisticamente constituído, de onde é impossível a emergência de um cogito desindexado da tradição. Somente compreendendo é que se pode interpretar.”

da interpretação), isto é, o sentido que o texto vem assumir no processo compreensivo-interpretativo. Assim, Müller fala em programa da norma (texto) e âmbito da norma (elementos fáticos), pois é dessa interação que surgem as normas de decisão que são propriamente aquilo que vai solucionar o caso. A estrutura metodológica aqui, portanto, circula entre a investigação dos elementos linguísticos que compõem o programa da norma (texto) e a investigação dos elementos linguísticos que compõem a circunstância em que se faz a análise em termos políticos/econômicos/sociais.

Essa foi, portanto, a diferença entre texto e norma operada por parte da comunidade jurídica brasileira (especialmente Lenio Streck). No entanto, referido autor, conforme citado anteriormente, aponta para uma diferença ontológica entre texto e norma, no sentido de que, embora diferentes, texto e norma não são separados ou independentes um do outro. Influenciado também pela hermenêutica filosófica de Gadamer e Streck (2014, p. 387) explica que isso se dá “[...] em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica. Na verdade, o texto não subsiste como texto; não há texto isolado da norma! O texto já aparece na “sua” norma, produto da atribuição de sentido do intérprete”.

Portanto, a hipótese considerada neste trabalho parte desse paradigma hermenêutico filosófico de que texto e norma andam juntos, mas são diferentes; bem como que o “processo” existencial interpretativo implica na atribuição/produção de sentido que o intérprete faz ao se relacionar com os entes do mundo. Este é o paradigma que orientará a investigação a seguir.

3 COISA JULGADA E A ESTABILIZAÇÃO DAS DECISÕES DO STF

Como se sabe, a coisa julgada material diz respeito “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”, conforme dispõe o Código de Processo Civil em seu artigo 502. Nesse sentido, o que se torna indiscutível e imutável é a decisão – objeto da coisa julgada. Ela pode se configurar como coisa julgada material e coisa julgada formal: a primeira corresponde à qualidade de tornar o dispositivo da decisão imutável e indiscutível; a segunda trata da “[...] inimpugnabilidade da sentença no processo em que foi proferida. Ocorre a coisa julgada formal quando a sentença não mais está sujeita a recurso” (NERY JUNIOR; NERY, 2016, p. 1296).

Dessa forma compreendida, a coisa julgada nada mais é do que uma qualidade que determinada decisão passa a ter, decisão esta que ocorre no âmbito do processo civil com todos os seus desdobramentos. Isso significa que os parâmetros a serem adotados para a verificação da coisa julgada e seus efeitos estão abarcados no âmbito do referido processo, como tutela de

direitos subjetivos e partes em contraditório. Esses são alguns dos parâmetros a serem observados na constituição da coisa julgada, porque são eles os que serão atingidos pela indiscutibilidade e imutabilidade da decisão.

No entanto, em se tratando do procedimento específico do controle concentrado de constitucionalidade, esses parâmetros verificáveis no processo civil não estão presentes da mesma forma que no procedimento objetivo de fiscalização da compatibilidade de uma determinada lei ou ato normativo com a Constituição Federal. No controle concentrado de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional se manifesta sobre a validade de uma lei e, conseqüentemente, sua permanência ou não no sistema. Originalmente, a modalidade do controle concentrado de constitucionalidade nasceu na Áustria, na década de 20, por influência e obra de Hans Kelsen e acabou se irradiando pela Europa – por isto que esse controle também é conhecido como “Modelo Europeu”. Como exemplo, tem-se Alemanha, Itália, Espanha, entre outros países que, basicamente, criaram um Tribunal Constitucional que não integra os quadros do Poder Judiciário; não julga processos subjetivos, tal como o Supremo Tribunal Federal. Apesar disto, nosso STF reúne a competência de exercer a mesma atribuição de controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos com outras atribuições de um tribunal comum.

Portanto, o que um Tribunal Constitucional (no nosso caso, o STF) faz é controlar a “lei em tese”, sem considerar casos concretos litigiosos que eventualmente tenham lugar em face de sua aplicação – inclusive por isto que se passou a denominar essa modalidade de controle como “abstrato”. Além disto, não há que se falar em partes em contraditório – até por decorrência lógica, afinal, se o objeto do procedimento é a lei em tese, esta não tem titularidade específica, uma vez que se defende (ou ataca) direito difuso (sem determinações). Ao invés de partes, tem-se a existência de legitimados.⁸

Por esses motivos, em cotejo com fato de que nem a lei nº 9.868/1999, tampouco as alterações na Constituição que implementaram significativas mudanças no controle concentrado (como eficácia contra todos e efeito vinculante), previram algum regramento para a coisa julgada nesse âmbito, surgiu um debate doutrinário sobre a existência ou não da coisa julgada nas decisões de controle concentrado de constitucionalidade. Mas é importante registrar que, para além do mero reconhecimento ou não da coisa julgada nas decisões da jurisdição constitucional, a preocupação central se dá com a relevante questão da estabilização das

⁸ É importante destacar que esses legitimados são ordinários, isto é, não há que se falar em legitimação extraordinária, tal como acontece nos processos coletivos. Lá, defende-se em nome próprio direito alheio. Contudo, como mencionado, no controle concentrado não há tutela de direitos subjetivos; são direitos difusos, sem determinações.

decisões do STF, ou melhor, o enfoque se dá com a questão de segurança jurídica. Nesse sentido, qualquer tentativa de apontamento sobre a existência ou não da coisa julgada exige o enfrentamento dessa abordagem doutrinária, conforme será demonstrado a seguir.

3.1 Posicionamento doutrinário contrário à existência de coisa julgada no controle concentrado de constitucionalidade

Como já mencionado, parte da doutrina no Brasil se propõe a defender a tese de que inexistente coisa julgada material nas decisões de controle concentrado de constitucionalidade. Um dos expoentes autores que se dedica a referida abordagem é Rennan Faria Krüger Thamay. Com efeito, Thamay (2015) é convicto e direto no seu posicionamento ao afirmar que no controle de constitucionalidade abstrato inexistente formação da coisa julgada; e justifica seu posicionamento a partir do desenvolvimento de onze motivos centrais que, segundo o autor, apontam para essa inexistência de coisa julgada.

Os quatro primeiros pontos se referem a distinta natureza entre o processo civil e o processo de controle abstrato. O primeiro trata da própria natureza objetiva do controle concentrado, visto que nele não se tutela interesses intersubjetivos (para os quais a coisa julgada foi regulada), mas tão somente o direito objetivo, cuja característica é a constante atualização da interpretação constitucional pelo Supremo⁹. Já o segundo e terceiro pontos dizem respeito à inexistência da tríplice identidade: partes, causa de pedir e pedidos,¹⁰ o que inviabilizaria a existência da coisa julgada. Já o quarto ponto trata-se da inexistência de lide no controle abstrato: aqui, Thamay chama a atenção para diferença que há entre lide e mérito, no sentido de que não são sinônimos e, portanto, não se confundem.

O quinto e sexto pontos dizem respeito a não vinculação do Legislativo e do Supremo às suas próprias decisões: decidindo de uma forma hoje, podem (STF e Legislativo) novamente observar a temática amanhã, inclusive para alterá-la, o que demonstra a impossibilidade de se falar em imutabilidade e indiscutibilidade (coisa julgada). O sétimo ponto, por sua vez, está ligado à necessária diferença entre coisa julgada e trânsito em julgado, pois, enquanto o

⁹ Mais uma vez, é possível observar a justificativa que neste trabalho foi atribuída para a distinção entre texto e norma e o devido cuidado com a atualização de sentido.

¹⁰ Segundo Thamay, a coisa julgada tem como qualidade vincular as partes interessadas da lide para que se torne imutável o conteúdo decisório. Nesse sentido, não havendo partes, não há que se falar em coisa julgada. Assim como seria inconsistente pela diferença existente na causa de pedir, visto que esta, no controle abstrato, é considerada aberta (o que não acontece no processo comum) (THAMAY, [2015]).

primeiro está relacionado a imutabilidade e indiscutibilidade, o segundo tem a ver com um momento, um instituto preclusivo que impossibilita o debate da temática.

O oitavo ponto trata-se da importante diferença entre coisa julgada e efeito vinculante. Segundo Thamay (2015), efeito vinculante significa a submissão generalizada ao conteúdo da decisão proferida pelo Supremo; diz respeito ao conteúdo que os demais órgãos do Poder Judiciária e da Administração Pública deverão observar e respeitar. Já o nono ponto se refere à diferença da coisa julgada para a eficácia *erga omnes*. Nas palavras de Thamay (2015, p. 212), trata-se (a eficácia contra todos) de uma “[...] força que faz com que determinadas decisões alcancem a todos para que possam ser vinculados pela decisão, mesmo que dela não tenham participado, o que não se pode entender em relação à coisa julgada, que pressupõe a participação das partes [...]”.

O décimo ponto também se trata, de alguma forma, sobre a relevante questão da atualização de sentido e não vinculação do STF aos seus julgamentos. Segundo o autor, a interpretação conforme diz respeito a um relevante mecanismo para a manutenção e valorização do texto constitucional; é “[...] um dos mecanismos que autorizam ao Supremo, provocado, modificar uma posição anterior para, em tempos atuais, superar aquela forma de interpretar a própria Constituição [...]” (THAMAY, 2015, p. 216).

Por fim, não menos importante, é o décimo primeiro ponto, que Thamay aborda: a atuação do STF como legislador negativo ou até positivo. De acordo com o referido autor, para além de uma atuação como legislador negativo, é possível perceber que, recentemente, o STF vem adotando posturas mais ativas, como sentenças normativas, em que a Corte implementa medidas estruturantes e cria regras específicas para o implemento dos direitos fundamentais ou das políticas públicas (o que o autor denomina como atuação político-legislativa) (THAMAY, 2015). Enfatiza Thamay (2015) que compactua com essa possibilidade em vista da necessidade atualização e adequação das normas em face da Constituição e sua interpretação, o que restaria prejudicada na hipótese do reconhecimento da coisa julgada em tais circunstância de controle concentrado.

Certamente, é no desenvolvimento aprofundado desses onze pontos que Thamay constrói seu argumento em defesa da inexistência da coisa julgada no controle abstrato de constitucionalidade. Inexistência que, por sua vez, ocorre em virtude da incompatibilidade do referido instituto com a dinâmica e natureza que funciona essa espécie de controle de constitucionalidade no Brasil. No entanto, embora seja possível observar a construção desses fortes argumentos, a doutrina majoritária vai em sentido contrário, conforme será abordado a seguir.

3.2 Posicionamento doutrinário favorável à existência de coisa julgada no controle concentrado de constitucionalidade

Por outro lado, parte da doutrina compactua com a ideia de que há coisa julgada nas decisões de controle concentrado de constitucionalidade. Nesse sentido, Luiz Guilherme Dellore pode ser mencionado como um dos autores que mais se preocupa com a questão. Isso porque, Dellore dedicou – assim como fez Thamay (em sentido contrário, obviamente) – parte considerável de sua obra para uma possível compatibilização entre coisa julgada, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante na decisão de controle concentrado de constitucionalidade.

Segundo o autor, é indubitável a existência de uma relação entre as três figuras, visto que elas tratam, de alguma forma, sobre a estabilização da decisão no âmbito de fiscalização constitucional. Assim, o objetivo de tais institutos é a estabilização e segurança jurídica (DELLORE, 2013). No entanto, consideramos a proposta de Abboud (2020) mais apropriada para os propósitos do presente trabalho. Isso porque, Abboud propõe uma abordagem relevante sobre a formação da coisa julgada no controle concentrado.

Assim como Thamay, Abboud (2020) aponta para a distinta natureza entre os processos constitucional e civil comum, reconhece essa diferença e, justamente por isso, diz ser necessário guiar a coisa julgada por outros parâmetros nesse âmbito constitucional. Mas, apesar das diferenças com o processo civil comum, Abboud (2020) destaca que não se pode perder de vista que a coisa julgada, no controle abstrato, também tem a função de conferir segurança jurídica. Com efeito, esses diferentes parâmetros na formação da coisa julgada de que fala Abboud (2020) são: a eficácia contra todos e efeito vinculante que, na visão do autor, são os dois efeitos que podem ser agregados à coisa julgada, de modo a considerar os três institutos como cumulativos, e não excludentes entre si – no mesmo sentido que Dellore (2013) propõe uma compatibilização entre os institutos.

Com relação à eficácia *erga omnes* ou eficácia contra todos, Abboud entende mais adequado usar a nomenclatura “eficácia contra todos”, pois existem diferenças existentes entre a eficácia *erga omnes* do processo coletivo e a eficácia contra todos prevista no §2º do artigo 102 da Constituição Federal. Para Abboud (2020), a eficácia *erga omnes* não é exclusiva da jurisdição constitucional, na medida em que ocorre sempre que forem tutelados em juízo interesses difusos ou individuais homogêneos, conforme prevê o artigo 103 do CDC; enquanto que a eficácia contra todos é tida como apta para vincular, inclusive, os particulares.

Já o efeito vinculante, Abboud (2020, p. 591) o compreende como “algo que se agrega à coisa julgada proferida no processo constitucional”. Mais do que isto, o autor condiciona a

existência do efeito vinculante à coisa julgada material, porque a Constituição dispõe sobre esse efeito apenas quando há decisões definitivas de mérito. Nas palavras de Abboud:

É o efeito vinculante que agrega qualidade especial aos pronunciamentos definitivos de mérito (coisa julgada material), proferidos no processo concentrado de controle de constitucionalidade, que confere aos jurisdicionados a utilização da reclamação (CF 102, I, *l*) para garantir e assegurar o cumprimento e o respeito da decisão proferida pelo STF (ABBOUD, 2020, p. 592).

É importante registrar que Abboud, diferentemente do que parte da doutrina considera, não entende ser possível adotar efeitos vinculantes aos motivos determinantes. Segundo o autor, nosso sistema constitucional é incompatível com a ênfase que se dá a exposição dos motivos (ABBOUD, 2020). Isso porque, em vista da composição do Supremo (onze ministros) em que os votos individuais compõem o acórdão, considerar a transcendência dos motivos determinantes seria o mesmo que considerar, no mínimo, onze diferentes motivos determinantes.

Vale observar também que, conforme dispõe a Constituição, essa vinculação não atinge o Poder Legislativo, o que não impede esse poder de elaborar outra legislação de teor idêntico ao declarado inconstitucional. Conforme explica Streck (2019, p. 358), duas questões podem sustentar essa tese: 1) a diferença entre texto e norma, no sentido de que uma dicção textual pode produzir sentidos diferentes, conforme ocorre alterações factuais e a passagem do tempo; e 2) impedir o legislativo de elaborar outra Lei, estar-se-ia impedindo esse poder de exercer suas funções na plenitude democrática.

Ademais, a vinculação não atinge completamente o STF. Isso, de acordo com Abboud (2020), significa que a vinculação “[...] não é inexorável diante de mutações jurídicas ou de alterações fáticas significativas; o STF pode afastar ou rever suas decisões, possuindo o ônus da argumentação para tanto.” Em outras palavras: quando há uma alteração na realidade para qual o texto aponta – tal como abordamos no primeiro capítulo deste trabalho – o STF deve alterar o sentido atribuído à tal disposição.

No entanto, para isto, faz-se necessário explicar como essa alteração poderia ocorrer sem que se recorra ao dogma da relativização da coisa julgada. Nesse sentido, Abboud explica que não opera o instituto da eficácia preclusiva na coisa julgada proveniente do controle de constitucionalidade, podendo a decisão ser novamente questionada; mas, para tanto, o objeto da nova ação (a lei questionada) deve ser outra, ainda que o seu teor seja idêntico ao declarado inconstitucional. Inclusive, nada impede que a nova causa de pedir já tenha sido alegada no

julgamento anterior, pois não há que se falar em eficácia preclusiva da coisa julgada em processo no qual a causa de pedir é aberta (ABBOUD, 2020).

Para explicar melhor, faz-se necessário salientar que uma declaração de inconstitucionalidade (acolhimento de uma ADI ou desacolhimento de uma ADC) não se confunde com uma declaração de constitucionalidade (acolhimento de uma ADC ou desacolhimento de uma ADI). A primeira, faz coisa julgada material; enquanto que a segunda faz coisa julgada formal.¹¹

Feita essas considerações, é possível dizer que, ao declarar uma lei inconstitucional, ela é retirada do ordenamento jurídico e, com isso, o STF fica vinculado à sua decisão, na medida em que não pode, em processo subsequente, declarar essa mesma lei como constitucional. Conforme explica Abboud (2020, p. 640), “o Supremo mantém-se vinculado à coisa julgada anteriormente proferida, é vedado ao Pretório Excelso resgatar algo que não está mais contido na ordenança jurídica.” Inclusive, caso haja alteração no contexto social para o qual a regra aponta; este impasse, conforme aponta Abboud (2020), deve ser resolvido pela não vinculação ao Legislador, que pode editar nova lei de igual conteúdo.

Esta seria, de acordo com a referida corrente, a forma de vincular uma declaração de inconstitucionalidade e impedir a relativização da coisa julgada.

3.3 Análise dos posicionamentos adotados pela doutrina com relação à coisa julgada no controle concentrado de constitucionalidade

Apesar dos consistentes argumentos de ambas correntes, considera-se aquela que compreende a formação da coisa julgada como a mais adequada. Isso não significa que ignoramos as diferenças existentes entre o processo civil comum do procedimento da jurisdição constitucional. Na verdade, justamente por reconhecer as diferenças é que se busca uma compatibilização (Dellore).

Inclusive, Medeiros oferece uma boa resposta para essas diferenças. Apesar de o autor português estabelecer um diálogo mais voltado para a realidade daquele país, sua abordagem merece atenção na medida em que aborda o tema apresentando as críticas feitas por outros doutrinadores estrangeiros; críticas estas que são similares as críticas feitas no âmbito do direito processual brasileiro (especialmente aquelas feitas por Thamay). Segundo Medeiros (1999), há

¹¹ Na verdade, neste ponto reside a principal crítica que a doutrina faz do efeito vinculante na declaração de constitucionalidade, pois caso se admitisse a eficácia geral da declaração de constitucionalidade, estar-se-ia admitindo a possibilidade de o STF petrificar a Constituição ou até mesmo alterá-la (STRECK, 2019).

duas principais críticas dirigidas à existência de coisa julgada nas decisões de controle concentrado de constitucionalidade. A primeira, capitaneada por Carl Schmitt, se opõe a referida tese por não existir um fenômeno de aplicação de uma norma jurídica a uma situação da vida; enquanto a segunda, por não considerar o Tribunal Constitucional como os outros, entendem que a inexistência de partes em contraditório ou a inexistência de uma pretensão própria (de algum requerente) frente ao Estado.

Medeiros rechaça ambas. Com relação a primeira, o autor menciona que não é pela circunstância de o objeto do juízo ser uma norma que a ponderação normativa da sua validade deixa de ser um juízo a proferir mediante uma controvérsia. E acrescenta que o objetivo da paz jurídica não pode ser ignorado; justamente o que a coisa julgada se propõe: impedir sentenças contraditórias ou repetitivas sobre o mesmo objeto. Já no que se refere à segunda crítica, Medeiros (1999) afirma que uma controvérsia jurídica não tem de significar apenas a dúvida e a discussão sobre um conflito de pretensões; decisivo, segundo o autor, é que se trate de uma problemática suscitada por uma situação jurídico-social em que sujeitos distintos estão em posições diversas numa dialética argumentativa e que o órgão jurisdicional decidirá como terceiro imparcial, como juiz. Seja no processo civil, seja no processo de controle de constitucionalidade concentrado, haverá um tribunal imparcial com competência de dizer o Direito. Nesse sentido, Medeiros conclui que:

O carácter objetivo dos processos de fiscalização da constitucionalidade não se opõe ao instituto do caso julgado, porquanto este, enquanto imposição da paz e da segurança jurídicas, responde a um conflito, também presente nos processos de fiscalização abstrata, entre a preocupação com a correção da decisão e o objetivo da segurança e da paz jurídicas (MEDEIROS, 1999, p. 797).

Da mesma forma que Medeiros, mas de maneira não tão exaustiva, Canotilho (2001, p. 1009) afirma que “à semelhança do que acontece com as outras decisões dos tribunais, também as sentenças do Tribunal Constitucional têm a força de caso julgado material”.

Afinal, deve haver alguma garantia de que amanhã, a lei que hoje foi considerada inconstitucional, não venha a ser recolocada no ordenamento jurídico por meio de decisão judicial. Imagina-se, por exemplo, que a simples alteração na composição dos ministros ocupantes do Supremo Tribunal Federal fosse suficiente para instigar um novo julgamento sobre um assunto já declarado inconstitucional. Bastaria que algum legitimado interessado aguardasse a referida alteração para tentar novamente fazer com que o conteúdo julgado inconstitucional voltasse a valer. Seja como for, não haveria limites para que os legitimados ingressassem, incansavelmente, com as respectivas ações em busca da reversão da

inconstitucionalidade. É justamente a coisa julgada que impede isto, pois, se no dia seguinte do trânsito em julgado de uma decisão que nulificou uma lei algum legitimado proponha uma ação declaratória de constitucionalidade, certamente esta será atingida por litispendência.

Reconhecer a coisa julgada no controle abstrato não implica na petrificação de um julgamento, afinal, a nulificação (inconstitucionalidade) do texto não vincula eternamente o legislador. Conforme anteriormente explicado, pode haver a edição de uma nova lei de idêntico teor ao que fora declarado inconstitucional – evidentemente que essa nova lei depende de mudanças sociais, tais como colocamos acerca da diferença entre texto e norma. Neste caso, estaríamos diante de uma situação completamente diferente: mesmo que o conteúdo seja idêntico, houve uma nova deliberação legislativa, ou seja, o objeto mudou, porque a Lei que supostamente será julgada novamente não é a mesma.

Com isso, discorda-se de Thamay, pois, para este autor, caso houvesse coisa julgada no controle abstrato e a decisão do STF, numa eventual ADI sobre as uniões homoafetivas, fosse improcedente, o casamento entre pessoas do mesmo sexo estaria imutável e indiscutível. É justamente por isso que a distinção entre a declaração de constitucionalidade e a declaração de inconstitucionalidade se mostra necessária, uma vez que, na hipótese suscitada pelo referido autor, haveria a formação da coisa julgada formal, isto é, na respectiva ação não se discutiria mais o assunto, mas nada impediria que algum legitimado propusesse nova ação para deliberação sobre o mesmo dispositivo. Eis aqui a diferença: não há necessidade de uma nova deliberação legislativa para o tema.

Outro ponto da obra de Thamay que merece destaque é o que o autor aponta como atuação político-legislativa do STF como possibilidade de evoluir e adequar sua jurisprudência. Certamente, no âmbito do controle de constitucionalidade, a complexa relação entre Direito e Política se mostra de forma mais evidente, em razão daquilo que dispõe a Constituição Federal. No entanto, a decisão do STF não pode ser considerada como uma atuação político-legislativa, especialmente no âmbito constitucional, sob os riscos de cair nas armadilhas do populismo e das vontades majoritárias. Vale lembrar que o STF possui uma função contra majoritária e suas decisões são guiadas por argumentos de princípio (DWORKIN, 2002).¹²

¹² Na proposta de Dworkin (2002, p. 36, 133), um argumento de política justifica uma decisão política; um argumento de princípio justifica uma decisão jurídica: “Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos”. Como se sabe, Dworkin trabalha com a ideia de princípios como forma de solucionar os problemas decorrentes da discricionariedade judicial. Assim, embora seja constantemente possível observar juízes lançando mão de argumentos de política como se legisladores fossem – prática tão visível e recente nos tribunais brasileiros – Dworkin apresenta diversas objeções a essa possibilidade.

Ou seja, na proposta teórica de Ronald Dworkin, é o argumento de princípio que tem condição de legitimar o ato estatal no âmbito judicial, pois é ele que invoca direitos, independentemente das consequências que isso trará para a sociedade. Para explicá-lo, Dworkin o distingue do argumento de política¹³. Enquanto este corresponde a um padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, o princípio diz respeito a um outro tipo de padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque estabelece direitos; trata-se de uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 2002).

Em outras palavras: um argumento de política justifica uma decisão política; um argumento de princípio justifica uma decisão jurídica: “Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos” (DWORKIN, 2002, p. 141). Como se sabe, Dworkin trabalha com a ideia de princípios como forma de solucionar os problemas decorrentes da discricionariedade judicial. Assim, embora seja constantemente possível observar juízes lançando mão de argumentos de política como se legisladores fossem – prática tão visível e recente nos tribunais brasileiros – Dworkin (2002) apresenta diversas objeções a essa possibilidade.

Assim, quando se fala na possibilidade de atualizar a jurisprudência ou na adequação do texto constitucional ao contexto fático-social, deve-se levar em consideração a possibilidade de uma ressignificação do texto constitucional. Mas, isso não pode significar, por uma exigência de integridade e coerência constitucional, uma abertura para que os tribunais atribuam suas próprias concepções morais sobre determinado conceito, implicando em posturas típicas de ativismo judicial. Conforme demonstramos anteriormente, o intérprete deve deixar que o texto lhe diga algo e, então, atribuir adequadamente um sentido. É assim que consideramos apropriado falar na adequação da Constituição a um momento fático superveniente.

Por qual motivo, então, não conceber a coisa julgada de forma compatível com o procedimento da jurisdição constitucional? O mero argumento de que ali não existe partes e que a causa de pedir e pedido são diferentes do procedimento do CPC é insuficiente para afastar

¹³ É importante salientar que, numa importação da teoria dworkiana, deve-se levar em consideração o contexto em que o autor escreve e projeta sua teoria. Nesse sentido, faz-se necessário mencionar que Dworkin escreve para a Teoria Constitucional dos Estados Unidos da América. Assim, quando o autor fala em argumento de princípio que estabelece direitos, não leva em consideração a gama de direitos sociais e coletivos que, por outro lado, pode ser verificada na Constituição brasileira. Com isso, qualquer utilização de sua teoria tem de trabalhar com essa premissa: alguns elementos que o autor coloca como argumento de política, na nossa realidade pode ser interpretado como direitos sociais ou coletivos (como o direito ambiental), previstos na Constituição Federal. Isso não significa, porém, que juízes, no Brasil, estariam autorizados a julgar por argumentos de política, naquele sentido de justificar uma decisão a partir de um argumento que coloca a questão política acima dos direitos.

a coisa julgada material da declaração de inconstitucionalidade. Mais uma vez, vale lembrar os ensinamentos de Medeiros (1999, p. 787) “a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral é antes de mais nada um acto processual ou uma decisão jurisdicional e, como tal, está sujeita às regras gerais do Direito Processual”.

Finalmente, considera-se necessário registrar que, apesar de se aproximar mais de uma corrente doutrinária, o ponto fulcral é que a Constituição seja respeitada e mantida íntegra, assim como a jurisprudência do STF deve ser mantida estável, íntegra e coerente (artigo 926 do CPC). O ponto que aqui se considera fundamental é que, havendo uma declaração de inconstitucionalidade que extirpa determinada lei ou ato normativo do ordenamento jurídico, não pode ser essa mesma lei ou ato normativo objeto de deliberação numa eventual nova ação de constitucionalidade. Chame-se essa proibição de coisa julgada ou não, fato é que, por uma questão de segurança jurídica e preservação de nossa democracia constitucional, a disposição já declarada inconstitucional não poderá ser submetida a um novo julgamento, conforme o exemplo a seguir.

4 AS ADI'S Nº 1.351 E 1.354 E A FORMAÇÃO DA COISA JULGADA: A SEGURANÇA JURÍDICA NO ÂMBITO POLÍTICO BRASILEIRO

Em 07 de dezembro de 2016, no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.351 e 1.354, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional diversos dispositivos da Lei Federal nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 que versavam sobre a “cláusula de barreira”, incluindo o artigo 13 que a estabelecia pelos seguintes termos: “tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles”.

Com efeito, a partir do trânsito em julgado da decisão declaratória de inconstitucionalidade, que se operou em 17 de agosto de 2007, o percentual mínimo de desempenho eleitoral deixou de ser aplicado. Sem entrar no mérito da referida decisão, fato é que o assunto ali discutido teve relevantes impactos no cenário político do Brasil. Durante a crise política vivenciada no Brasil em 2016 – cujos reflexos se fazem presentes até os dias atuais – algumas vozes populares conclamaram pelo “retorno” da cláusula de barreira. Mais do que

isto, houve proposta de emenda à Constituição por uma “nova” cláusula de barreira para partidos políticos (CANÁRIO, 2016).

Para fins de desenvolvimento do presente trabalho, é interessante retratar sobre o episódio do suposto pedido de Renan Calheiros, dirigido ao Ministro Gilmar Mendes, para o que Supremo Tribunal Federal revisse a decisão declaratória de inconstitucionalidade da cláusula de barreira, que havia transido em julgado há quase 10 anos (OLIVEIRA, 2016). O exemplo ilustra bem algumas das propostas aqui apresentadas.

Em primeiro lugar, ilustra aquilo que apontamos sobre os riscos de não se considerar imutável e indiscutível a declaração de inconstitucionalidade. Pois bastaria que algum legitimado propusesse diferentes ações buscando reverter o resultado pretendido. No caso em comento, o risco seria ainda mais grave: um Senador pedindo a revisão do julgamento por meios que não aqueles determinados pela Constituição. Não presente a coisa julgada nessas circunstâncias, e considerando-se que, em sede de controle concentrado, o STF enfrenta casos constitucionais politicamente controversos, haveria uma enxurrada de pedidos para que a Corte revisitasse seus julgamentos. No entanto, a segurança jurídica se faz necessária. Caso contrário, de guardião da Constituição, o STF passaria a dono dela.

Em segundo lugar, poder-se-ia argumentar que, passados quase 10 anos daquele julgamento que extirpou a cláusula de barreira, o contexto fático-social alterou de modo a possibilitar que referida cláusula voltasse a integrar o cenário político institucional. Ou, que houve um reconhecimento de que o julgamento anterior (declaração de inconstitucionalidade) foi equivocado, no sentido de que a cláusula de barreira não possui incompatibilidades com a Constituição. Ainda assim, seria indispensável uma nova deliberação legislativa – o que de fato aconteceu.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A primeira – e talvez a mais importante – consideração final que aqui se pretende fazer é que, neste trabalho, não se buscou apresentar uma resposta que traga uma definição pronta e acabada para o problema enfrentado; mas tão somente contribuir para o debate, visto a importância que o tema assume no atual cenário de crise constitucional. Certamente, a divergência doutrinária existente pode contribuir para um melhor desenvolvimento do assunto.

Mesmo assim, isso não nos impediu de considerar um posicionamento como mais adequado. Nesse sentido, apesar das diferenças existentes entre o processo civil comum e o processo de constitucionalidade, compreendeu-se pela formação da coisa julgada, que deve ser

orientada pelos parâmetros da eficácia contra todos e efeito vinculante. Isso não significa, contudo, que qualquer decisão do STF no controle concentrado será considerável imutável e indiscutível: é a declaração de inconstitucionalidade que vinculará todos.

No entanto, até mesmo a declaração de inconstitucionalidade não será eterna, pois poderá receber uma ressignificação a partir dos quadros contemporâneos, mas, para que um assunto já julgado inconstitucional seja revisitado pelo STF, uma nova deliberação legislativa se faz necessária. Essa é a forma de conceber a coisa julgada no controle concentrado de constitucionalidade: vinculando-se todos, mas não impedindo que o Poder Legislativo proponha uma nova legislação de igual conteúdo, de modo a possibilitar a adequação daquela lei julgada inconstitucional ao contexto fático-social contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao Direito: teoria, filosofia e sociologia do Direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CANÁRIO, Pedro. Senadores propõem PEC com nova cláusula de barreira para partidos políticos. **CONJUR**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-14/senadores-propoem-clausula-barreira-partidos-politicos>. Acesso em: 20 jul. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2001.

CRUZ, Natalie Oliveira da; STEFANI, Jaqueline. Compreensão e linguagem em Heidegger: ex-sistência, abertura ontológica e hermenêutica. **Bakhtiniana Revista de Estudos do Discurso**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 112-127, abr./jun. 2019. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/bakhtiniana/article/view/39683/28022>. Acesso em: 31 maio 2021.

DELLORE, Luiz Guilherme. **Estudos sobre a coisa julgada e o controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Tradução: Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. STF pode rever inconstitucionalidade com trânsito em julgado? **CONJUR**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-02/diario-classe-stf-rever-inconstitucionalidade-transito-julgado>. Acesso em 20 jul. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.a

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teoria Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

THAMAY, Renan Faria Krüger. **A coisa julgada no controle de constitucionalidade abstrato**: de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Atlas, 2015.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice R.; BURGOS, Marcelo D. Quem somos a magistratura que queremos. **Associação dos Magistrados Brasileiros**. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://www.amb.com.br/pesquisa/2019/publicacoes.php>. Acesso em: 20 mar. 2021.