

A SENTENÇA E A COISA JULGADA NO PROCESSO CONSTITUCIONAL SEGUNDO A TEORIA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

THE SENTENCE AND RES JUDICATA IN THE CONSTITUTIONAL PROCESS ACCORDING TO THE THEORY OF CONSTITUTIONAL PROCESS



Soraya Gasparetto Lunardi¹

O debate em torno da autonomia científica é de crucial importância, pois se relaciona com a questão das (devidas ou indevidas) influências que o direito processual constitucional recebe dos demais (e muito mais consolidados) ramos do direito processual. Dito de outra forma, a questão de sua autonomia não deve ser analisada de forma estática, mas na perspectiva temporal, examinando se o processo constitucional conseguiu delimitar e diferenciar claramente seus conceitos e conteúdo normativo e se emancipar dos demais ramos do processo.

Palavras-chave: Sentença; Coisa Julgada; Processo Constitucional.

¹ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Pós-Doutora pela Universidade Politécnica de Atenas. Livre docente em Direito Constitucional e Econômico pela Universidade Estadual Paulista - UNESP. Professora de Direito Público da Universidade Estadual Paulista - UNESP. Membro da Comissão de Juristas que elabora o anteprojeto de sistematização do processo constitucional (2020-2021).



Dimitri Dimoulis²

The debate around scientific autonomy is of crucial importance, as it relates to the question of (due or undue) influences that constitutional procedural law receives from other (and much more consolidated) branches of procedural law. In other words, the question of its autonomy should not be analyzed in a static way, but in a temporal perspective, examining whether the constitutional process was able to clearly delimit and differentiate its concepts and normative content and emancipate itself from the other branches of the process.

Keywords: Sentence; Res Judicata; Constitutional Process.

² Doutor e Pós-doutor em Direito pela Universidade do Sarre (Alemanha). Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

1 AUTONOMIA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL E A NECESSIDADE DE CODIFICAÇÃO

O problema de saber se o direito processual constitucional goza de autonomia científica gera debates doutrinários. Cintra, Grinover e Dinamarco sustentam que não configura ramo autônomo do direito processual ("mera colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a constituição") (NERY JR., 2002, p. 19). No mesmo sentido se posiciona Rodríguez Domínguez que entende que a existência de normas processuais na Constituição não implica na existência de um direito processual constitucional, pois ainda estaríamos no âmbito do direito constitucional, sendo a Constituição fundamento do sistema jurídico estatal. Afirma o autor que isso implicaria em admitir também um direito civil constitucional, um direito do trabalho constitucional etc. Em suma, o direito processual constitucional se funda na Constituição, mas não nasce da Constituição (DOMÍNGUEZ, 2006, p. 17).

De maneira contrária, há doutrinadores que sustentam a autonomia científica do processo constitucional, que foi desenvolvido em conexão com a atividade do Tribunal Constitucional e atende finalidades diferentes daquelas do processo comum-subjetivo. Encontramos essa opinião em muitos autores da América Latina, entre outros em Sagüés e Castagno (Argentina), Rey Cantor (Colômbia), Tavares e Bernardes, (Brasil).

Concordamos com a tese da *autonomia* científica do processo constitucional, com a observação de que não é possível considerar o direito processual constitucional como parte do direito constitucional material. As normas constitucionais (substanciais) definem as formas de organização e as relações entre os poderes estatais, assim como entre o país e a comunidade internacional, os processos de produção de normas e o conteúdo dos direitos fundamentais. De seu lado, as normas processuais estabelecem critérios para a aplicação e garantia das prescrições do texto constitucional. O processo constitui uma das vias para assegurar a proteção do texto constitucional, dando vida a seu texto, através dos processos pertinentes.

O debate em torno da autonomia científica é de crucial importância, pois se relaciona com a questão das (devidas ou indevidas) influências que o direito processual constitucional recebe dos demais (e muito mais consolidados) ramos do direito processual. Dito de outra forma, a questão de sua autonomia não deve ser analisada de forma estática, mas na perspectiva temporal, examinando se o processo constitucional

conseguiu delimitar e diferenciar claramente seus conceitos e conteúdo normativo e se emancipar dos demais ramos do processo.

A multiplicação de obras sobre processo constitucional nas últimas décadas é um importante indício dessa tentativa de emancipação³. Na esfera normativa, observa-se também o surgimento de leis e códigos de processo constitucional, sistematizando os regulamentos e permitindo o desenvolvimento da doutrina.

Temos como exemplo expressivo o Código de Processo Constitucional, promulgado no Peru em 31 de maio de 2004 (Lei 28.237) para regulamentar sete processos de garantia da Constituição, notadamente dos direitos fundamentais, previstos na Carta constitucional de 1993.

Esse Código não só reconhece a autonomia do direito processual constitucional, como também expressa a necessidade de criação de uma lei específica, sistemática e abrangente para que a matéria seja disciplinada. Essa escolha tem quatro vantagens: elimina dúvidas processuais; diminui a necessidade de "analogias" com aplicação de regras de processo civil; fortalece a tutela dos direitos fundamentais, tornando mais simples o acesso à justiça constitucional; restringe o espaço discricionário dos tribunais com competências constitucionais que muitas vezes se declaram (e atuam) como "Senhores do processo".

Após quase 20 anos de vigência, o Código foi revisado. Promulgou-se uma versão bastante diferente em 21 de julho de 2021 com a denominação oficial de *Nuevo Código Procesal Constitucional* (Lei 31.307). Entre as inovações processuais encontramos: a criação de "juízes constitucionais" que possuem competência para apreciar remédios constitucionais; a regulamentação do *amicus curiae*; o fortalecimento dos precedentes judiciais; a indicação da peculiar força executória das decisões em matéria constitucional.

Destacamos uma norma dos Códigos de processo constitucional peruanos que deveria interessar particularmente o debate processual brasileiro. Trata-se da extrema celeridade na tomada de decisão definitiva sobre inconstitucionalidade que estabelecem as normas processuais. O prazo para decisão é de trinta dias (art. 107 do novo Código). Sabendo que no Brasil há ações de controle direto que tramitam por anos ou mesmo décadas é necessária uma reflexão sobre a forma e a qualidade de prestação da justiça constitucional que não depende apenas da fundamentação da decisão, mas envolve também a necessidade de decisão célere, em vista da importância dos temas e interesses regulamentados por leis que possam ser inconstitucionais.

³ FIX-ZAMUDIO, 1993; CLÈVE, 2000; SAGÜÉS, 1999; BELAUNDE, 2001; BARROSO, 2004; TAVARES, 2005; GOZÁINI, 2006; AGRA, 2008.

2 A SENTENÇA NO PROCESSO CONSTITUCIONAL: CARACTERÍSTICAS

O estudo da sentença no controle de constitucionalidade⁴ muitas vezes tem como fundamento reflexões e princípios do processo civil. Essa proposta não é adequada diante das peculiaridades do processo constitucional em todos os seus aspectos e em todas as dimensões. Isso faz com que a sentença em matéria constitucional deva ter outra conformação prática e teórica.

A primeira característica peculiar da sentença constitucional é relativa ao objeto. Enquanto no processo civil estamos discutindo normalmente as formas de resolver um litígio, no processo de controle de constitucionalidade o conflito de interesses pode até existir na prática (exemplo: os contribuintes que desejam o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei para não pagar impostos). Mas esse conflito não está sendo debatido judicialmente. O que se pretende é a preservação da higidez, da regularidade do sistema jurídico pela verificação da conformidade da norma infraconstitucional com a constitucional. Estando em discussão a composição do sistema de fontes do direito, a corte constitucional é chamada para controlar outro poder, examinando e, eventualmente, invalidando suas decisões. O que é muito diferente do que resolver conflitos entre particulares tanto no alcance político como nas condições de realização da jurisdição.

No que diz respeito ao resultado da sentença temos também peculiaridades, pois a sentença aproxima-se muito mais de um ato do legislativo do que um ato do judiciário. Tanto a forma de aplicação, como o alcance e o impacto social são amplos, mostrando que a sentença se equipara *de facto* a um ato normativo e não à solução de uma controvérsia concreta. Não se discute se um contribuinte deve determinada quantia de dinheiro, mas se deve ou não deve (ou: como deve) ser aplicada a norma tributária que fundamenta essa obrigação.

Outra peculiaridade da sentença no processo constitucional consiste nas operações lógicas realizadas. No processo constitucional o julgador faz uma subsunção somente entre normas, não se interessando pela análise de fatos como ocorre com a sentença no processo comum-objetivo. Dito de outra maneira, a sentença em sua estrutura não apresentará como fundamento fatos. Os fatos até podem ser utilizados para justificativa de uma decisão, mas não como parte do mecanismo de tomada da sentença que se preocupa com a relação entre norma inferior e norma superior.

As normas são aplicadas por meio do silogismo que permite deduzir uma conclusão a partir de

determinadas *premissas*. É sabido que o silogismo jurídico consiste na *leitura dos fatos reais à luz das normas vigentes*. Para estabelecer as consequências jurídicas de certos fatos, o julgador faz duas operações distintas. Em primeiro lugar (e obviamente) busca provar a ocorrência de certos fatos, decidindo quais das alegações das partes serão consideradas verdadeiras e em que medida.

A segunda operação consiste em estabelecer as normas que serão aplicadas (a Lei A e não a Lei B) e determinar qual é seu sentido. No contexto dessa operação de escolha do parâmetro são possíveis vários atos interpretativos tanto para resolver dúvidas (interpretação *stricto sensu*) como para resolver conflitos entre normas (solução de antinomias no âmbito da interpretação). Nesse contexto de fixação do parâmetro do processo é também possível decidir, de maneira incidental, sobre a constitucionalidade de uma norma.

No processo comum-subjetivo são realizadas duas operações de silogismo. A primeira tem a seguinte estrutura:

1.1. Premissa maior de conduta: para todos os destinatários D que se encontram na condição X, a elaboração dos parâmetros normativos pelo juiz indicou que a conduta C é proibida (permitida, obrigatória) (se D em condição X, então C é proibido, permitido, obrigatório).

1.2. Premissa menor de conduta: certa pessoa faz parte do grupo D e encontra-se na condição X (constatação de fatos, devidamente comprovados).

1.3. Conclusão (norma individual de conduta): a conduta C é Proibida (permitida, obrigatória) para D.

A segunda operação tem a seguinte estrutura:

2.1. Premissa maior de sanção: para todos os destinatários D que se encontram na condição X, a elaboração dos parâmetros normativos pelo juiz indicou que o desrespeito às normas que proíbem ou impõe a conduta C tem como consequência a imposição da sanção S (em caso de cumprimento de norma permissiva, está eventualmente prevista sanção premial) (se D em condição X tiver a conduta C, então deve ser aplicada a sanção S).

2.2. Premissa menor de sanção: D desrespeitou a norma que proíbe ou impõe a conduta C (ou teve a conduta pela qual está prevista sanção premial) (constatação de fatos, devidamente comprovados).

2.3. Conclusão (norma individual de sanção): a D será aplicada a sanção S.

⁴ Analisaremos aqui apenas decisões de controle de atos estatais. A discussão sobre o controle das omissões estatais apresenta

peculiaridades que tornariam demasiadamente complexa a análise.

O elemento crucial nesses silogismos é a forma de realização da prova, manuseando o julgador de maneira adequada os meios de prova estabelecidos em cada espécie de processo judicial, as regras sobre ônus da prova, as consequências e formas de valoração de cada prova. Apenas a decisão fundamentada sobre fatos relevantes permite aplicar as premissas hipotéticas ("se D tiver a conduta C, então...").

Já nos processos de fiscalização da constitucionalidade o silogismo jurídico limita-se na construção de *parte da premissa maior* que indica quais normas devem ser levadas em consideração, isto é, limita-se na construção do parâmetro, aplicando apenas uma das regras para solução de antinomias. A estrutura do silogismo é:

Premissa maior: se normas de hierarquia inferior contrariarem normas constitucionais, devem ser afastadas ou interpretadas conforme a Constituição.

Premissa menor: a norma N contraria a Constituição.
Conclusão: a norma N deve ser afastada ou interpretada conforme a Constituição.

Essa diferença não apresenta apenas interesse para o teórico do direito que examina a estrutura do raciocínio forense em várias espécies de processo. Tem também consequências processuais. No controle de constitucionalidade a finalidade do julgamento que se expressa na estrutura do silogismo aqui apresentada, tem como consequência, como dissemos, a eliminação da prova de fatos do campo processual. A referência a fatos é apenas um elemento de apoio na demonstração da contrariedade entre norma superior e inferior. Exemplo: para avaliar a constitucionalidade de uma lei que estabelece cotas a favor de minorias raciais em concursos públicos precisamos ter dados sobre a efetiva presença dessas minorias nos respectivos serviços públicos, dados sobre sua renda e escolaridade. Mas isso servirá apenas para argumentar sobre a congruência entre as normas.

Ulterior consequência da diferença no raciocínio jurídico é a natureza objetiva do processo constitucional. A presença de partes fica estruturalmente excluída já que não existem nem réus nem pessoas diretamente interessadas na sentença. A repercussão será apenas indireta tal como ocorre com qualquer mudança normativa. A presença dos interessados é apenas periférica, exatamente como no processo legislativo temos atuação de grupos de interesse que procuram convencer os legisladores, mas não é dado a esses grupos papel institucional. Esse é o núcleo de configuração do controle de constitucionalidade como processo objetivo em clara contraposição à natureza subjetiva dos demais processos judiciais.

Além disso, no controle de constitucionalidade, o resultado da sentença é muito

mais abrangente do que a decisão que resolve controvérsias entre indivíduos e grupos. Ao examinar e, eventualmente, modificar ou afastar atos dos demais poderes, o controle judicial de constitucionalidade representa uma direta interferência em questões sensíveis tanto da democracia como da separação de poderes. Estamos tratando de decisões relativas a atos normativos, ou seja, no limite entre o sistema judiciário e o sistema de representação política, assim como entre o próprio sistema jurídico e o sistema social.

Há concordância doutrinária e jurisprudencial de que qualquer decisão de mérito sobre a inconstitucionalidade gera mudança no ordenamento jurídico, devendo ser observada por todos. Quando o fiscal constitucional confirma a constitucionalidade, o dispositivo deve ser aplicado por todos os seus destinatários. Já a declaração de inconstitucionalidade impossibilita a aplicação do dispositivo, na medida em que é excluído do ordenamento. Isso mostra a vinculação universal dos destinatários da norma. Sua eliminação afeta todos que poderiam e/ou deveriam aplicá-la antes da decisão da Corte constitucional.

Esse efeito decorre de uma *necessidade não estritamente jurídica como também social*. Qualquer regulamentação estatal e aplicação de normas afeta grande número de pessoas, de maneira necessária. A lei que diminui o limite de velocidade em rodovias afetará a conduta e os interesses de grande número de pessoas que o legislador não saberia nomear, pois não pode prever quem transitará futuramente nessas rodovias. A mesma norma terá consequências reflexas para terceiros. Pode evitar acidentes graves, beneficiando estatisticamente a população, como também causar problemas, por exemplo, provocando congestionamentos e atrasos. Nesse universo de consequências múltiplas e imprevisíveis, o que importa é que a lei deve ser cumprida por quem vier a se tornar seu destinatário.

Exatamente o mesmo ocorre com as decisões judiciais sobre inconstitucionalidade. Ao afastar normas ou modificar sua interpretação, muda a posição jurídica de muitos, afetando interesses materiais sem que os afetados tenham participado do processo de fiscalização da constitucionalidade ou que alguém tenha sido "vencedor" de um litígio.

3 A PROBLEMÁTICA (DA) COISA JULGADA NO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 COISA JULGADA FORMAL

A coisa julgada é dividida habitualmente em formal e material, sendo a primeira também denominada preclusão máxima. Após o trâmite do procedimento judicial, temos necessariamente a

cristalização da coisa julgada formal no sentido do fim daquele processo. Quando não se realiza julgamento de mérito em razão de vício formal ou por alguma determinação legal, por exemplo, pela falta de uma condição da ação ou pela prescrição, surge tão somente a coisa julgada formal que não é objeto da garantia constitucional prevista no art. 5º XXXVI, da CF (proteção da coisa julgada perante tentativas de relativização).

A coisa julgada formal torna imutável apenas a relação processual da forma que foi decidida naquele processo (sentença terminativa). Mas não há pronunciamento sobre o mérito da controvérsia. Isso significa que os silogismos jurídicos apresentados no item 2 não são realizados. Os órgãos julgadores examinam apenas questões preliminares para chegar à conclusão de que não é possível decidir sobre o mérito da questão (ocorrência de certa conduta, ilicitude, sanção prevista, etc.). Em razão disso, nada impede que o mesmo pedido decorrente da mesma relação jurídica seja apreciado futuramente em um outro processo, provocando nova manifestação do Judiciário no intuito de receber resposta sobre o pedido "material" que não foi apreciado.

No processo constitucional também ocorre o fenômeno da coisa julgada formal em caso de extinção do processo sem julgamento de mérito, por algum defeito normativamente previsto, por exemplo, a falta de legitimidade, a revogação da norma, a incompetência do tribunal, etc.

Um pensamento com base na preocupação de efetividade no processo indica que, em se tratando de questão de magnitude constitucional, é importante que o Tribunal busque todas as alternativas para sanar as deficiências processuais, realizando julgamento de mérito para dirimir definitivamente a dúvida, ao invés de extinguir o processo. Essa exigência decorre da interpretação sistemática da legislação processual constitucional que prevê a indisponibilidade das ações de controle de constitucionalidade (art. 5º da Lei 9.868 de 1999). Se o pedido da ação de controle abstrato for tão relevante que sequer admite extinção do processo após desistência do legitimado, não parece coerente o rigor processual exagerado.

Mesmo assim sempre haverá casos de extinção de uma ação de controle de constitucionalidade sem julgamento de mérito. Nessas hipóteses o processo se encerra transitando em julgado no aspecto formal. Mas a questão pode ser reaberta mediante outra ação, sanando os vícios formais.

3.2 COISA JULGADA MATERIAL

Ao contrário da limitada relevância processual e política da coisa julgada formal, a coisa julgada material apresenta grande interesse pela abrangência e durabilidade de seus efeitos. Segundo as regras do processo comum-subjetivo a coisa julgada consiste na imutabilidade dos efeitos da sentença final no processo:

"Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso" (art. 502 do Código de Processo Civil).

Após o julgamento final de mérito, não se admite a rediscussão da matéria decidida (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2000, p. 615). Isso pressupõe a causa julgada formal, mas desenvolve efeitos de maior amplitude e relevância. A coisa julgada material foi considerada "qualidade dos efeitos do julgamento final de um litígio, isto é, a imutabilidade que adquire a prestação jurisdicional do Estado, quando entregue definitivamente" (MARQUES, 1976, p. 270).

A imutabilidade consiste, segundo os artigos 503 e 504 do mesmo Código, na atribuição de "força de lei" ao decidido, nos limites da questão principal e segundo as provas produzidas no processo e sem abranger os motivos que deram base para a sentença nem significar comprovação da verdade dos fatos invocados na decisão (NERY JUNIOR, 2002, p. 676). Segundo o Código exclui-se também da coisa julgada material a sentença meramente processual (art. 485) e a tutela antecipada (art. 304). Fica ainda a coisa julgada limitada às partes que fizeram parte da demanda, não atingindo ou prejudicando terceiros (efeitos *inter partes*). A essa determinação da "força de lei"⁵ da coisa julgada se acrescenta a previsão constitucional que lhe atribui força supralegal, proibindo sua modificação mediante lei: "A lei não prejudicará (...) a coisa julgada" (art. 5, XXXVI da CF).

A coisa julgada não é efeito da sentença, mas sim, qualidade de seus efeitos. Trata-se de exigência de ordem pública, a fim que a tutela jurisdicional se torne estável e segura.

Pergunta-se se essa característica central da decisão judicial encontra-se também nas decisões de controle de constitucionalidade. A dúvida diz respeito às decisões de controle abstrato-principal, pois nos casos do controle concreto-incidental temos apenas uma sentença subjetiva-comum que envolve apenas um momento de controle de constitucionalidade para formação de premissa maior.

Segundo anteriores análises (LUNARDI, 2013, p. 162-174), sustentaremos que os efeitos das decisões

⁵ O termo "força de lei" indica a relevância da coisa julgada, mas é de cunho metafórico ou hiperbólico. Uma lei como o Código de processo civil não pode atribuir "força de lei" a algo que não foi decidido conforme o processo legislativo estabelecido na

Constituição. Apenas a própria Constituição pode impor que o legislativo não modifique a coisa julgada.

no processo objetivo são *diversos* dos que desenvolvem a coisa julgada material, podendo, em razão disso afirmar, que essas decisões não formam coisa julgada material por razões estruturais.

A nossa opinião é francamente minoritária. A doutrina costuma afirmar que a decisão de mérito no processo objetivo faz coisa julgada material sendo impedido o Tribunal de reexaminar a questão:

"No direito brasileiro tendo o STF afirmado, em controle direto, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei, e tendo tal decisão transitado em julgado, nenhum juiz ou tribunal, nem mesmo o próprio STF, poderá voltar a examinar a questão. Instaurado que seja outro processo em que se queira provocar o controle direto da constitucionalidade da lei ou ato normativo que já tenha sido objeto daquele controle anterior, caberá ao STF extinguir o novo processo, sem lhe resolver o mérito" (CÂMARA, 2001, p.19).

Sustentou-se, mais especificamente, que as decisões em sede de controle abstrato só fazem coisa julgada material quando é declarada a inconstitucionalidade de normas. Logo, se a Ação Direta de Inconstitucionalidade ou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental forem julgadas procedentes ou a Ação Declaratória de Constitucionalidade for julgada improcedente com as maiorias previstas para que a decisão possa declarar a inconstitucionalidade, a questão não pode ser submetida a um novo processo em razão da imutabilidade da coisa julgada (FERRARI, 1999, p. 172-173) (BARROSO, 2004, p. 151-186).

Já em caso de declaração de norma como constitucional não considera-se que ocorre formação de coisa julgada material, podendo os legitimados suscitar novamente controle de constitucionalidade abstrato:

"à vista de novos argumentos de novos fatos de mudanças formais ou informais no sentido da Constituição ou de transformações na realidade que modifique o impacto ou a percepção da lei" (BARROSO, 2004, p. 152).

Há posicionamentos no STF no sentido de não conhecimento de ação de controle abstrato caso tenha sido declarada a constitucionalidade em decisão anterior, ainda que se apresentem novos argumentos para a inconstitucionalidade. É característico o voto do Min. Sepúlveda Pertence (Adin 1.073) no sentido de atribuição de efeitos de coisa julgada material em todas as decisões do Plenário tomadas com a maioria exigida: "transitou em julgado a declaração de constitucionalidade e essa decisão é irreversível".

Mas a tendência predominante no STF é negar-se a atribuir efeitos de coisa julgada material a decisões que afirmam a constitucionalidade. Isso

ocorreu no caso em que o Tribunal declarou a constitucionalidade de norma processual que reconhecia a legitimação do Ministério Público para a cobrança de ressarcimento em nome da vítima hipossuficiente até a estruturação das Defensorias Públicas (RE 135.328, RE 147.776), reservando-se explicitamente a possibilidade de decidir de maneira contrária no futuro se mudarem as circunstâncias (Voto do Ministro Carlos Velloso, QO da ADECON 1). Diante de interposição de nova ADIn, alegando a inconstitucionalidade de dispositivo anteriormente declarado constitucional, houve voto considerando possível a nova apreciação se houver na petição inicial argumentos que não tinham sido apresentados ou discutidos na ADIn anterior (ADIn 1.073).

A atribuição da força de coisa julgada material no processo objetivo parece-nos problemática do ponto de vista da lógica jurídica, pois diferencia decisões de deferimento e indeferimento. No processo subjetivo a formação da coisa julgada material constitui atributo da decisão de mérito independentemente de seu teor, não importando se a pretensão do autor foi deferida ou indeferida. O que interessa são as características da decisão e não seu conteúdo favorável e certa tese e pedido. Isso ocorre porque, no Estado de Direito, o imperativo da segurança jurídica e de tutela dos direitos fundamentais dos réus impede retomar processos sob o pretexto de novo e melhor exame da causa no futuro.

Porque então a decisão a favor da constitucionalidade careceria da força de coisa julgada se essa força é atribuída à declaração de inconstitucionalidade? A melhor explicação é que não apenas essa diferenciação não se justifica como também que a decisão no processo objetivo sempre carece de força de coisa julgada, sendo seus efeitos radicalmente diferentes.

No processo subjetivo, há pretensões que geram conflitos e questionamentos, devendo ser pacificadas, o que ocorre com o trânsito em julgado no sentido material que impede ulteriores questionamentos. Já no controle de constitucionalidade não se discutem conflitos e pretensões, mas a dúvida sobre a inconstitucionalidade.

Sabendo que os atos normativos gozam de presunção de constitucionalidade não se afigura necessário dotar de força de coisa julgada a decisão do Tribunal constitucional, pois a norma continua sendo aplicada sem a sua decisão.

Por outro lado, a declaração de inconstitucionalidade retira a norma do ordenamento jurídico, exatamente como ocorre com uma revogação decidida pelo legislativo. Denominar esse afastamento da norma de efeito da coisa julgada não faz sentido, pois não se trata de dizer que algo se tornou imutável, mas apenas de constatar que a norma não existe mais, foi excluída do ordenamento jurídico. Isso constitui, no

mundo do Dever Ser, um evento tão objetivo e inquestionável quanto a morte de um ser vivo no mundo do Ser. Se a norma não se encontra mais no ordenamento, não há objeto que autorize a interposição de uma nova ação. Logo, a explicação mais adequada é a impossibilidade jurídica do pedido em caso de nova ADIn⁶ e não a formação de coisa julgada material.

Se, por fim, o Tribunal confirmar a constitucionalidade da norma, nada impede que haja questionamento futuro conforme a jurisprudência do STF – e isso confirma a ausência de formação de coisa julgada material⁷.

Além disso, constatamos uma lacuna normativa. Nem na Constituição, nem nas leis 9.868 e 9.882 de 1999 ou em outras normas vigentes sobre o processo objetivo encontramos previsão sobre a formação de coisa julgada. A doutrina utiliza a figura processual da coisa julgada, empregando analogicamente o Código de Processo Civil.

Essa construção de hetero-referência atípica (LUNARDI, 2013, p. 111-112) não convence por uma ulterior razão. Os legisladores não ficam impedidos de criar normas de conteúdo idêntico após declaração de inconstitucionalidade e o STF pode confirmar a constitucionalidade da nova lei, modificando sua jurisprudência. Nem o legislador nem o STF estão vinculados pelos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, segundo o artigo 102, §2º, da Constituição.

Devemos ter em mente que a Constituição prevê que a lei não pode prejudicar a coisa julgada (art. 5º, XXXVI). Essa norma oferece argumento a favor do entendimento de não formação de coisa julgada material no processo objetivo. Se o legislador pode, por força da própria Constituição, editar lei de idêntico conteúdo após a declaração judicial de inconstitucionalidade, essa declaração não pode ter força de coisa julgada, sob pena de a nova lei ser ao mesmo tempo constitucional (pois a CF a autoriza) e inconstitucional (pois prejudica a coisa julgada material).

Uma outra hipótese explicativa seria a aplicação analógica da regulamentação da coisa julgada no processo coletivo. Nessa ótica, o controle de constitucionalidade abstrato permitiria a formação de coisa julgada, mas isso não ocorreria na declaração de constitucionalidade, aplicando-se analogicamente o artigo 103, I e II, do Código de Defesa do Consumidor que faz a coisa julgada depender do resultado da lide (*secundum eventum litis*). Se a ação coletiva for julgada

improcedente por falta de provas, os interessados podem interpor a mesma demanda. Mas se for julgada procedente, pode beneficiar as pessoas lesadas (e seus sucessores) em ações individuais, conforme o § 3º do artigo 103 desse Código.

Apesar da semelhança entre o processo coletivo e o processo objetivo não há a identidade que parte da doutrina alega⁸. As ações coletivas objetivam a satisfação de interesses coletivos, ao contrário da fiscalização abstrata da constitucionalidade que se realiza independentemente da lesão de interesses, coletivos ou individuais (TAVARES, 2003, p. 291-292). Além disso, a aplicação analógica do art. 103, § 3º do Código de Defesa do Consumidor torna-se problemática, pois não ocorre, via de regra, produção de provas no processo objetivo. Não se resolve um conflito de interesses, mas debate-se a retirada de uma norma do sistema. Verificamos esse posicionamento em decisões do STF que determinam que a decisão produz efeitos imediatamente após a publicação do dispositivo, não sendo necessária a publicação do acórdão – e muito menos o trânsito em julgado (LUNARDI, 2021).

Dessa forma, a melhor denominação para os efeitos da sentença no processo constitucional não seria "imutabilidade dos efeitos da sentença" ou "coisa julgada material", mas apenas o *efeito vinculante* que possui efeitos muito mais amplos do que a coisa julgada material, em particular por vincular todos os possíveis interessados e não apenas as partes do processo (DIMOULIS; LUNARDI, 2021, p. 208-217).

Verificamos mais uma vez, que as figuras do processo coletivo e do processo comum-subjetivo não regulamentam nem descrevem adequadamente os fenômenos do processo objetivo.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALMEIDA Gregório Assagra. Direito Processual Coletivo. Um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2004.

6 Segundo TAVARES (2006, p. 263-264, 274) o pedido de declaração de incompatibilidade normativa de ato não previsto como objeto de ação de controle concentrado configura impossibilidade jurídica do pedido.

7 BARROSO, 2004, p. 152: "no caso de improcedência do pedido (na ADIn) nada ocorre com a lei em si". Concordamos com a observação que o texto normativo não se modifica. Mas isso não significa que

"nada ocorre". O reconhecimento da constitucionalidade de uma norma com força vinculante produz sim efeitos jurídicos, tornando, entre outros, possível a Reclamação constitucional se outro órgão do Judiciário declarar a inconstitucionalidade da lei.

8 ALMEIDA, 2003, considera o processo constitucional como processo coletivo especial.

BELAUNDE, Domingo García. Derecho procesal constitucional. Bogotá: Temis, 2001.

BERNARDES, Juliano Taveira. Controle abstrato de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A coisa julgada no controle direto de constitucionalidade. In SARMENTO, Daniel (org.). O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 3-20.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Saraiva, 2004, 11. ed.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: RT, 2000.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Curso de Processo Constitucional. Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais. São Paulo: RT, 2021.

DOMÍNGUEZ, Elvito Rodríguez. Derecho Procesal Constitucional. Lima: Grijley, 2006.

FERRARI, Maria Macedo Nery. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. São Paulo: RT, 4. ed. 1999.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Breves Reflexiones sobre el concepto y contenido del derecho procesal constitucional. In MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (org.). Derecho procesal constitucional, v. 1, 2. Ed. Mexico: Porrúa, 1993.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Introducción al derecho procesal constitucional. Buenos Aires: Rubinzal, 2006.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Teoria do Processo Constitucional. São Paulo: Atlas, 2013.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Momento inicial de produção dos efeitos da sentença no controle abstrato de constitucionalidade. Parecer, São Paulo, 2021.

MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. Editora Saraiva, 1976.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: RT, 7. ed. 2002.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinário, 3. ed. Buenos Aires: Ástrea, 1999, v. I.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. Aspectos atuais do controle abstrato da omissão inconstitucional do legislador no Brasil. In FERREIRA, Olavo Alves et al. (org.). Constituição Federal – 15 anos: Mutações e Evolução. Comentários e Perspectivas. São Paulo: Método, 2003. p. 283-311.

TAVARES, André Ramos. Teoria da justiça constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006.

TAVARES, André Ramos. Fronteiras da Hermenêutica Constitucional. São Paulo: Método, 2006-a.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA Flavio Renato Correia de; TALAMINI Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, São Paulo: RT v. I, 3. ed. 2000.