

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PIETRO SIMÕES GORCHINSKY

**COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL:
Uma análise sobre dos artigos 525, § 15 e 535, § 8º do novo
Código de Processo Civil**

CURITIBA

2017

PIETRO SIMÕES GORCHINSKY

**COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL:
Uma análise sobre os artigos 525, § 15 e 535, § 8º do novo
Código de Processo Civil**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Sando Marcelo Kozikoski

CURITIBA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

PIETRO SIMÕES GORCHINSKY

COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL:

Uma análise sobre os artigos 525, § 15 e 535, § 8º do novo Código de Processo Civil

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Sandro Marcelo Kozikoski
Orientador – Departamento de Ciências Jurídicas - UFPR

Prof. Dr. Vicente de Paula Ataíde Júnior
Departamento de Ciências Jurídicas - UFPR

Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão
Departamento de Ciências Jurídicas - UFPR

"O Estado se justifica, se e enquanto, garante a segurança das relações jurídicas, quando se descuida desse papel contribui enormemente para o descrédito das instituições, porta aberta para a desobediência civil."

ARENDT, Hannah.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise do tratamento da coisa julgada no novo Código de Processo Civil, mais especificamente os impactos da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal sobre os provimentos judiciais alcançados eficácia de imutabilidade. Inicialmente o foco da pesquisa será desenvolver brevemente os principais aspectos sobre o instituto da coisa julgada por meio de revisão doutrinária. Em um segundo momento, a pesquisa se volta para o funcionamento do controle de constitucionalidade do Direito brasileiro, para que no último capítulo se possa confrontar o controle realizado pelo Supremo Tribunal Federal e seus impactos sobre decisões já acobertadas pelo manto da coisa julgada, com foco no princípio da segurança jurídica.

Palavras-chave: Coisa Julgada Inconstitucional, Segurança Jurídica, Declaração posterior de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, intangibilidade da coisa julgada.

ABSTRACT

This following research aims to analyze the treatment of *res judicata* in the new Brazilian Code of Civil Procedure, specifically the impacts of the declaration of unconstitutionality by the Brazilian Supreme Court upon the *res judicata*. Initially the focus of the research is to briefly study the main aspects of the *res judicata*, through doctrinal research. After that, we will be analyzing the functioning of the constitutionality control in Brazil, so we can confront the control made by the Brazilian Supreme Court and its impacts upon decisions which are already protected by the *res judicata*, specially from the stand point of legal certainty.

Key-words: Unconstitucional *Res Judiciata*, Legal Certainty, Posterior Declaration of Unconstitutionality by the Brazilian Supreme Court, Intangibility of *Res Judiciata*.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	COISA JULGADA	10
2.1	NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	10
2.2	CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA COISA JULGADA	12
2.3	COISA JULGADA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	15
2.4	COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL.....	18
2.5	LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA	20
2.6	LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA	26
2.7	EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA.....	28
2.8	EFICÁCIA POSITIVA E NEGATIVA DA COISA JULGADA.....	30
3	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	32
3.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	32
3.2	NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE CONSTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	32
3.3	CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE	38
3.4	CONTROLE REPRESSIVO DE CONSTITUCIONALIDADE	40
3.5	CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	43
3.6	CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	47
4	A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF E SEU EFEITO SOB A COISA JULGADA	51
4.1	TRATAMENTO DA MATÉRIA NO CPC DE 1973	51
4.2	AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO NCPC	54
4.3	DA INCONSTITUCIONALIDADE NA INTERPRETAÇÃO LITERAL DOS ARTS. 525, § 14º E 535, § 8º DONCPC.....	56
4.3.1	da confusão entre texto e norma.....	56
4.3.2	da falsa colisão entre supremacia da constituição e a coisa julgada.....	60
4.3.3	da revogação parcial à coisa julga e afronta ao princípio da segurança jurídica.....	68
4.3.4	da afronta ao modelo difuso de controle de constitucionalidade.....	73

4.3.5	da afronta à eficácia preclusiva da coisa julgada material.....	75
4.3.6	jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	76
5	CONCLUSÃO.....	82

1 INTRODUÇÃO

A coisa julgada, corolário do princípio da segurança jurídica no campo do processo, é instituto de extrema importância para própria realização da jurisdição em tempos modernos. Sem a autoridade da coisa julgada, a efetivação do direito judicialmente declarado poderia restar comprometida, e a jurisdição restaria, em parte, inócua.

Por outro lado, não restam dúvidas de que a coisa julgada não é absoluta e, por vezes, deve ceder lugar para concretização de outros princípios e valores constitucionais, também de inegável importância. Entretanto, é preciso cautela na sua mitigação, sob pena de esvaziar por completo o instituto, afetando assim o núcleo duro do direito fundamental à segurança jurídica. Assim é que torna-se indispensável que qualquer mitigação no instituto passe por um filtro minucioso em termos de proporcionalidade e constitucionalidade.

É exatamente nesse ponto que o presente trabalho se insere, na medida em que busca analisar algumas disposições do novo Código de Processo Civil que possibilitam a mitigação dos efeitos e do alcance da coisa julgada. O que se pretende com a pesquisa é avaliar se tal mitigação é adequada do ponto de vista da proporcionalidade e constitucionalidade, perpassando, ao fim, por alguns julgados do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, buscando prognósticos acerca da posição da corte quanto ao tema.

2 COISA JULGADA

2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A coisa julgada é autoridade indissociável do próprio conceito de jurisdição e de suma importância no Estado Constitucional de Direito. É a partir da coisa julgada que as decisões no processo podem atingir um certo nível de estabilidade, garantindo, assim, segurança jurídica nas relações interpessoais e entre particulares e o Estado. Nas lições de Luiz Guilherme Marinoni:

"A coisa julgada, enquanto instituto jurídico, tutela o princípio da segurança jurídica em sua dimensão objetiva, deixando claro que as decisões judiciais são definitivas e imodificáveis. Frisa-se que a coisa julgada expressa a necessidade de estabilidade das decisões judiciais."¹

Não se ignora que, por força de recentes alterações legislativas, é possível cogitar da estabilização dos efeitos de certos pronunciamentos judiciais². Entretanto, não fosse a coisa julgada, as discussões judiciais, em geral, se perpetrariam *at eternum*, o que comprometeria, inclusive, a própria efetivação do direito material discutido. É preciso lembrar que com a mudança de paradigma do Estado Liberal para o modelo Constitucional, há uma evidente preocupação em garantir a efetividade da tutela jurisdicional, que não mais se resume ao mero julgamento de mérito, mas também exige o provimento dos meios executivos capazes de garantirem a efetividade do direito substancial. Ou seja, a função da jurisdição não se resume na mera tarefa de declarar o direito, mas também em garantir sua efetividade concreta. Conforme Luiz Guilherme Marinoni:

"A concepção de direito de ação como direito a sentença de mérito não poderia ter vida muito longa, uma vez que o julgamento do mérito somente tem importância – como deveria ser óbvio – se o direito material envolvido no litígio for realizado - além de reconhecido pelo

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Inconstitucional**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.67

²É o caso do artigo 304 do Código de Processo Civil vigente, segundo o qual "a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. "

Estado-Juiz. Nesse sentido, o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito."³

Em outras palavras, é possível concluir que a coisa julgada é condição indispensável para o resguardo da autoridade da própria função jurisdicional, pois no contexto constitucional há uma efetiva preocupação do Estado com a concretização do direito "declarado", o que só pode ocorrer após a estabilização final da decisão.

Poder-se-ia, por outro lado, contrapor a coisa julgada com o próprio direito de impugnar e rever as decisões judiciais, uma vez que ela restringe, em grande medida, a rediscussão da matéria decidida. É verdade que a revisão das decisões judiciais é salutar e de extrema importância para concretização de uma democracia madura. Não há dúvidas de que a reanálise de uma determinada matéria colabora para o amadurecimento da causa, possibilitando outros pontos de vista sobre o problema e aperfeiçoando a decisão final. Aliás, não é preciso ir muito longe para concluir que a concentração de todo o poder decisório nas mãos de apenas um indivíduo, que terá a prerrogativa de decidir isoladamente a causa, sem qualquer abertura para que sua decisão seja revista, pode gerar arbitrariedades e vai contra a própria noção de Estado de Direito. É indispensável, para o saudável desenvolvimento de uma democracia, que as decisões dos agentes do Estado - e aqui se incluem os Magistrados - possam ser revistas e reformadas; isso é inerente ao próprio conceito de República.

Ademais, é preciso lembrar que a Ciência Jurídica não é exata, mas sim pautada na argumentação e no convencimento. Sendo assim, é plenamente possível que decisões iniciais sejam revertidas por meio de aprofundamento na discussão da lide.

Por outro lado, porém, como parece óbvio, as discussões judiciais sobre determinada matéria não podem se perpetuar eternamente, sob pena de se frustrar a tarefa de certificação dos direitos inerentes à própria jurisdição, afinal, qual seria o sentido de discutir uma questão judicialmente, se não há um termo

³MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>. Acesso em: 08 junho de 2017.

final para decisão da lide? É justamente nesse equilíbrio entre a possibilidade de revisão da decisão e sua estabilização que reside a coisa julgada.

2.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA COISA JULGADA

O novo Código de Processo Civil define coisa julgada material, em seu artigo 502, como “*autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso*”. Ou seja, certos pronunciamentos podem adquirir estabilidade (CPC, art. 304), mas a coisa julgada é definida pela sua autoridade.

De início, nota-se uma inovação trazida pelo novo Código – a coisa julgada é definida como autoridade. Porém, não foi sempre dessa forma; no Código de Processo Civil de 1973, a coisa julgada material era definida como a “*eficácia que torna imutável e indiscutível sentença, não mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário*”. Tal redação, dada pelo Código de Processo Civil revogado, sempre foi objeto de discussão doutrinária, tendo em vista que a confundia, na visão de parte da doutrina, a eficácia da sentença com a coisa julgada, o que, segundo a doutrina de Liebman, era equivocado. Assim:

“A autoridade da coisa julgada não é um efeito da sentença, mas uma qualidade e um modo de ser e de se manifestar de seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, conforme diversas categorias de sentença. Nisso consiste, pois a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença.”⁴

Dessa forma, na visão do citado doutrinador, a coisa julgada não seria um efeito independente da sentença, mas sim mera forma como os efeitos da sentença se propagam. Porém, por outro lado, há autores que entendem de maneira diversa. Teresa Arruda Alvim e José Miguel Garcia Medina bem demonstram essa divergência doutrinária quanto as ideias de Liebman:

“Esta forma de identificar a coisa julgada é alvo de interessante crítica, feita por Paulo Roberto de Oliveira Lima, apoiado em Pontes

⁴LIEBMAN, Enrico Túlio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 47.

de Miranda. Diz ele que, embora se possa ver na coisa julgada uma adjetivação relativa aos efeitos da sentença, não se pode deixar de dizer que se trata de um dos efeitos da sentença. Diz ele: 'Se um artista produz uma escultura bela, aberra da lógica dizer-se que a beleza da escultura, por ser uma qualidade, não é resultado do trabalho do artista. "⁵

Por outro lado, existe ainda uma outra corrente que entende a coisa julgada como uma situação jurídica decorrente do conteúdo da decisão. De acordo com essa teoria, a imutabilidade da coisa julgada incide, em verdade, sobre a norma jurídica concreta contida da sentença. Conforme explica Barbosa Moreira:

"Toda sentença, meramente declaratória ou não, contém a norma jurídica concreta que deve disciplinar a situação submetida à cognição judicial [...] Em determinado instante, pois, a sentença experimenta notável modificação em sua condição jurídica: de mutável que era, faz-se imutável – porque imutável faz-se indiscutível, já que não teria sentido permitir-se nova discussão daquilo que não se pode mudar. Ao nosso ver, porém, o que se coloca sob o pálio da incontratabilidade, 'com referência À situação existente ao tempo em que a sentença foi prolatada', não são os efeitos, mas a própria sentença, ou, mais precisamente, a norma jurídica concreta nela contida. "⁶

De qualquer sorte, o novo Código de Processo Civil parece se afastar da antiga definição de coisa julgada como mero efeito da sentença, definindo os contornos da coisa julgada a partir de sua *autoridade*. Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga explicam o sentido da palavra *autoridade* como:

"O art. 502 do CPC pretendeu definir coisa julgada. Primeiramente, considera a coisa julgada uma "autoridade". "Autoridade" é uma situação jurídica: a força que qualifica uma decisão como obrigatória e definitiva. Como situação jurídica, a *coisa julgada* é um efeito jurídico - efeito que decorre de determinado fato jurídico, após a incidência da norma jurídica. "⁷

No mais, além da definição de coisa julgada como autoridade, o art. 502 do novo Código de Processo Civil elenca a imutabilidade e a indiscutibilidade

⁵WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada – Hipótese de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 19.

⁶MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada – Temas de direito processual**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 107-110.

⁷BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; Oliveira, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil - Volume II**. 10ª ed. Salvador: Juspodevim, 2015, p. 513.

como os fundamentos centrais decorrentes da coisa julgada. Tendo isso em vista, a doutrina busca delimitar exatamente sobre quais aspectos da sentença recaem esses dois elementos. De acordo com Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga, a imutabilidade e a indiscutibilidade atingem tão somente a decisão, mas não seus efeitos. Oportuna a transcrição do magistério desses autores:

“A coisa julgada não torna indiscutíveis os efeitos da decisão. A coisa julgada torna indiscutível e imutável a decisão – como está claro nos arts. 502 e 503 do CPC. Para uns, indiscutível e imutável é a declaração, constituição ou condenação. Sendo certo que na constituição e na condenação também há declaração, a discussão, embora teoricamente relevante, perde um pouco de importância e, em alguns momentos, apresenta sutilezas de difícil compreensão.”⁸

Por sua vez, na visão de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, os aspectos da imutabilidade e indiscutibilidade da coisa julgada afetam tão somente o efeito declaratório das sentenças. Isso por que, segundo explicam os doutrinadores, há efeitos da sentença que dependem de agentes externos para sua concreção, como é o caso da execução. Esses efeitos, por dependerem de estímulos externos, sequer podem se concretizarem, razão pela qual não pode operar sobre eles a imutabilidade e a indiscutibilidade. Exemplificam os autores:

“Assim, por exemplo, a execução pode não ser requerida, quando o efeito executivo da sentença condenatória não será atuado, assim como pode acontecer que um mandato de manutenção de posse não possa ser cumprido, impedindo a realização material do efeito mandamental. *Embora as respectivas sentenças contivessem em si eficácia executiva e mandamental, os efeitos correspondentes não operaram no plano concreto, o que demonstra a participação de circunstâncias a elas externas.* Acontecendo o pagamento voluntário por parte do condenado, é evidente que o efeito executivo será inibido. Mas isso, como é óbvio, não retira o selo de imutabilidade relativo à declaração contida na sentença, ou seja, ninguém poderá negar, depois de passada em julgado a sentença, aquilo que nela foi declarado. Essa declaração (eficácia declaratória) gera um efeito declaratório que, no caso da sentença capaz de produzir coisa julgada, é por ela imunizada.”⁹

⁸BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; Oliveira, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil - Volume II**. 10ª ed. Salvador: Juspodivim, 2015, p. 515-516.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil - Volume II**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 625-626.

2.3 COISA JULGADA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

No ordenamento pátrio, a proteção da coisa julgada possui assento constitucional. De acordo com o art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, "*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*". Além disso, é preciso lembrar que a coisa julgada é também, em verdade, uma das formas de materialização de um princípio mais amplo – a segurança jurídica - também constitucionalmente garantida.

De acordo com o artigo 5º da Constituição Federal, a segurança jurídica é direito inviolável dos brasileiros e estrangeiros residentes no país. Conforme os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, a coisa julgada é, no fundo, uma *densificação* do princípio da segurança jurídica. Nesse ponto:

"Por expressa disposição constitucional, portanto, a coisa julgada integra o núcleo duro do direito fundamental à segurança jurídica no processo. Isso significa basicamente que a coisa julgada - entendida como 'autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso', art. 502 - constitui clara opção da Constituição brasileira a favor da estabilidade das situações jurídicas em detrimento da possibilidade de infundáveis discussões e rediscussões dos problemas em busca de uma decisão supostamente mais justa do litígio."¹⁰

De qualquer maneira, seja em decorrência do princípio geral da segurança (jurídica) do *caput* do art. 5º, seja pela expressa previsão contida no inciso XXXVI do mesmo artigo, é inafastável a conclusão de que a coisa julgada goza de especial proteção no ordenamento jurídico nacional. Conforme se verifica, a Constituição da República optou por tutelar a coisa julgada no artigo 5º da Constituição, que dispõe sobre o rol dos direitos e garantias fundamentais. Isso assume especial importância, tendo em vista que os direitos e garantias fundamentais previstos nesse artigo gozam de um regime especial de proteção do ordenamento jurídico.

Em primeiro lugar, é preciso lembrar que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, por força do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, o que gera um dever por parte dos órgãos estatais em promover tais direitos

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil - Volume II**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 622.

atribuindo-lhes máxima efetividade e eficácia possível, conforme ensina Ingo Sarlet¹¹.

Por outro lado, conforme amplamente difundido na doutrina, os direitos fundamentais gozam de uma dimensão subjetiva e objetiva, que possuem diferentes raios de alcance. A dimensão subjetiva, explica Virgílio Afonso da Silva, diz respeito à esfera individual dos direitos fundamentais, ou seja, a dimensão que possibilita a proteção das posições jurídicas individuais proporcionadas pelo direito¹². Quanto a esfera objetiva, os direitos fundamentais transcendem o mero interesse subjetivo, uma vez que também representam valores de extrema importância para a vida social, o que impõe uma proteção de caráter global, e não meramente pessoal e subjetiva. Elucida Virgílio Afonso da Silva:

"A partir da dimensão estritamente objetiva, o conteúdo essencial de um direito fundamental deve ser definido com base no significado desse direito para a vida social como um todo. Isso significa dizer que proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implica proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles."¹³

No que tange especificamente ao direito fundamental à segurança jurídica, a dimensão objetiva possui importante papel. Conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet, a segurança jurídica, em sua faceta objetiva, exige um patamar mínimo de *continuidade* do Direito¹⁴. Ou seja, a dimensão objetiva da segurança jurídica exige uma estabilidade e confiabilidade do ordenamento jurídico como um todo; exige que a leitura integral do ordenamento jurídico seja estável.

Ainda, de acordo com Canotilho e Vital Moreira, sobre os direitos fundamentais – e aqui inclui-se a segurança jurídica – incide a proibição do retrocesso. Ou seja, uma vez garantida concretização do direito, este

¹¹SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 313.

¹²SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.185.

¹³SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.186.

¹⁴SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 3, n. 11, out. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31256>>. Acesso em: 09 junho de 2017.

transforma-se, nessa medida, em negativo, ou direito de defesa, conforme nomenclatura dos autores, proibindo que o próprio Estado o suprima¹⁵.

É possível concluir, dessa forma, que a proibição de retrocesso funciona como uma espécie de cláusula geral que coíbe o arrependimento do legislador em matéria de direitos fundamentais, proibindo-o de suprimir garantia outrora reconhecida, ao ponto de restringir o seu núcleo essencial¹⁶. Nas lições de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

"As conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas, combatidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares."¹⁷

No que se refere especificamente ao princípio da segurança jurídica e da coisa julgada, precioso o ensinamento do professor Ingo Wolfgang Sarlet:

"O que importa consignar, nesta quadra, é a circunstância de que a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (isto, é claro, quando estiver em causa uma efetividade ou potencial violação da dignidade em alguma de suas manifestações), mas também não dispensa – pelo menos é a tese que estaremos a sustentar – uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada."¹⁸

Sendo assim, qualquer supressão ou mitigação da coisa julgada – que é derivação direta do princípio geral da segurança jurídica – deve levar em consideração todo o regime jurídico aplicável aos direitos fundamentais, sob

¹⁵CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 131.

¹⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 3, n. 11, out. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31256>>. Acesso em: 09 junho de 2017.

¹⁷ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. **O Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana E A Exclusão Social**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 2, p. 49-67, maio 2016. ISSN 1677-1419. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

¹⁸SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 3, n. 11, out. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31256>>. Acesso em: 09 de junho de 2017.

pena de verter em inconstitucionalidade. É preciso especial atenção quando o tema envolve restrição a direitos fundamentais, e a segurança jurídica não foge a esta regra. Por esta razão é que a relativização da coisa julgada deve ser sempre cautelosa e jamais pode suprimir o núcleo essencial do direito fundamental que a embasa.

2.4 COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL

De início, oportuno salientar que a pretensão de análise da hipótese de relativização da coisa julgada objeto deste trabalho se refere ao seu aspecto material, razão pela qual se faz necessário a breve explicação das categorias enunciadas no título deste subitem, a fim de delimitar o objeto de estudo e evitar confusões metodológicas.

É recorrente na doutrina a divisão da coisa julgada em seu aspecto material e formal. O aspecto formal, em geral, é caracterizado pela doutrina pelo seu efeito *endoprocessual*. Conforme bem sintetizam Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

"Para a parte majoritária da doutrina, coisa julgada formal se refere à indiscutibilidade e à imutabilidade de uma decisão, *no âmbito do processo em que proferida*. É uma estabilidade endoprocessual da decisão e, por isso, distingue-se da coisa julgada propriamente dita (chamada de coisa julgada material), que se projeta para fora do processo em que produzida."¹⁹

Ou seja, a coisa julgada em seu sentido formal, tem relação direta com o encerramento da possibilidade de perpetuar a discussão no âmbito do processo. Conforme explica Humberto Theodoro Júnior, a coisa julgada meramente formal decorre da simples imutabilidade da sentença dentro do processo na qual foi proferida, pela impossibilidade de interposição de recurso – é o mero trânsito em julgado²⁰. Nesse sentido, é comum que a doutrina denomine a coisa julgada formal como *preclusão máxima*.

¹⁹BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; Oliveira, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil - Volume II**. 10ª ed. Salvador: Juspodvim, 2015, p. 517.

²⁰JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil – Volume I**. 56ª ed. São Paulo: Grupo Editorial Nacional, 2015, p. 1599

De acordo com parcela da doutrina, a importância da manutenção dessa classificação justifica-se na existência das sentenças meramente terminativas. De acordo com os defensores da divisão, quando uma sentença meramente terminativa (que não aprecia o mérito da lide) é proferida em uma determinada ação, opera-se apenas a coisa julgada formal. Por outro lado, para que se opere a coisa julgada material, sinaliza Humberto Theodoro Júnior, é necessário que esteja presente a coisa julgada formal²¹.

A razão para isso é de ordem lógica. Ora, a coisa julgada material também se refere a indiscutibilidade de determinada lide decidida no âmbito de um processo, porém na órbita externa, ou seja, impede que a decisão seja revista por meio de outras demandas. Como visto anteriormente, nas lições de Enrico Túlio Liebman, a coisa julgada é qualidade especial que se relacionava diretamente com os efeitos da sentença e os torna imutáveis²².

A diferença entre as duas categorias, conforme defende Humberto Theodoro Júnior, acompanhado pela maioria da doutrina, se refere apenas a facetas de um mesmo fenômeno – ambas se referem a indiscutibilidade da decisão (uma interna e outra externamente). Pontes de Miranda esclarece, de forma cristalina, essa diferença:

“A coisa julgada é formal quando não mais se pode discutir no processo o que se decidiu. A coisa julgada material é a que impede discutir-se, noutro processo, o que se decidiu. Essa contém aquela, porém nem toda a decisão com eficácia de coisa julgada formal produz coisa julgada material.”²³

Porém, há expressiva parte da doutrina, encampada por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, que enxergam essa classificação de coisa julgada em material e formal como desnecessária. Isso por que, de acordo com os autores, a ideia de impossibilidade de rediscussão de uma matéria *dentro do mesmo processo* conduz inexoravelmente à noção de preclusão (definida pelos autores como *a perda, extinção ou consumação de uma posição jurídica operada no curso do processo*). Sendo assim, não

²¹JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil – Volume I**. 56ª ed. São Paulo: Grupo Editorial Nacional, 2015, p. 1599

²²LIEBMAN, Enrico Túlio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 31.

²³MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil – Tomo V (art. 444 – 475)**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 143.

haveria sentido em confundir a preclusão com a verdadeira noção de coisa julgada (material). Nas palavras dos autores:

“Por isso mesmo, a chamada coisa julgada formal em verdade não se confunde com a verdadeira coisa julgada (ou seja, coisa julgada material). É, isso sim, uma modalidade de preclusão (preclusão temporal), a última do processo, que torna insubsistente a faculdade processual de rediscutir a sentença nele proferida. [...] é por esta razão que é oportuno distinguir *coisa julgada* e *preclusão* – e não propriamente *coisa julgada material* e *coisa julgada formal*.”²⁴

2.5 LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

Conforme antecipado no tópico anterior, muito se debate doutrinariamente para definir o que exatamente estaria acobertado pela característica da autoridade e imutabilidade em uma decisão. É comum, nesse sentido, denominar como limites objetivos da coisa julgada exatamente essa delimitação.

De acordo com o artigo 503 de novo Código de Processo Civil, “*a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida*”. Ao interpretarem esse dispositivo, Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira explicam:

“O art. 503 do CPC cuida dos limites objetivos da coisa julgada. Trata, portanto, de definir ‘o quê’ se torna indiscutível pela coisa julgada. A coisa julgada torna indiscutível a norma jurídica individualizada, construída para a solução de determinado caso. Quando se afirma que a decisão terá ‘força de lei’, o que se pretende é deixar clara a impositividade da norma jurídica concreta definida pelo órgão julgador, e que se estabilizou pela coisa julgada”²⁵

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil - Volume II**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 620-621.

²⁵BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; Oliveira, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil - Volume II**. 10ª ed. Salvador: Juspodevim, 2015, p. 522.

Ou seja, conforme amplamente defendido na doutrina, a coisa julgada afeta a parte dispositiva da sentença. O novo Código de Processo Civil parece manter a tradição, limitando a coisa julgada, em regra, à parte decisória da sentença (dispositiva). Isso resta claro pela redação do artigo 504:

“Art. 504. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.”

A ideia central preservada pelo novo Código é a de que apenas a parte dispositiva da sentença fica acobertada pelo instituto da coisa julgada, já que somente ela possui natureza própria de decisão, servindo o relatório e fundamentação apenas para sua legitimação. Nesse sentido, conforme recorda Paulo Roberto de Oliveira Lima, estes elementos (relatório e fundamentação) podem ser úteis para o esclarecimento do verdadeiro significado da parte decisória expressa no dispositivo da sentença, já que são pressupostos lógicos deste; porém, de forma alguma, são atingidos pela coisa julgada²⁶.

Entretanto, a mera vinculação da coisa julgada à parte dispositiva da sentença não resolve o problema, pois permanece a dúvida quanto a exatamente o que pode ser objeto da parte dispositiva. A doutrina, em geral, costuma estipular como limites à parte dispositiva da sentença os pedidos deduzidos pelas partes na ação. É o que ensinava Chiovenda quando afirmava que os limites objetivos da coisa julgada são determinados pela demanda de mérito das partes, sendo essa “*a principal consequência prática de se considerar, no estudo da coisa julgada, antes a afirmação da vontade que encerra o processo do que o raciocínio lógico que a procede*”²⁷. Tal raciocínio é bem delimitado por Antônio do Passo Cabral:

²⁶LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 28-30.

²⁷CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 494.

“De fato, se bem analisada, a limitação da coisa julgada a uma específica seção da sentença (o dispositivo) deriva de uma projeção da vontade dos litigantes. Na acepção dominante, os limites objetivos da coisa julgada são, em última análise, os limites colocados pelas partes no pedido.”²⁸

Há, entretanto, parte da doutrina que entende que os limites à parte dispositiva da sentença são delimitados com base nos pedidos e também na causa de pedir, uma vez que ambos constituem o objeto litigioso. Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira bem demonstram essa divergência:

“Discute-se muito sobre o que consiste o objeto litigioso: se ele é apenas o pedido ou se nele se inclui também a causa de pedir. Segundo a maior parte da doutrina, o objeto litigioso do processo é o pedido - adotando a concepção de Schwab. Há, porém, quem defenda que o objeto litigioso do processo é o pedido identificado com a causa de pedir. Há uma tendência doutrinária de seguir esse entendimento, até mesmo em razão do regramento da coisa julgada no direito brasileiro, que exige a identidade do pedido e de causa de pedir para sua configuração (arts. 337, § 2º e 4, e 508, CPC).”²⁹

Assim, interessa aqui, ainda que brevemente, elucidar o que se entende doutrinariamente por pedidos e a causa de pedir, a fim de determinar, seja para uma corrente, seja para outra, quais os limites estipulados para a parte dispositiva da sentença, sob o qual incide a coisa julgada. Atente-se que o § 2º do artigo 322 do Código de Processo vigente prescreve que “*a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.*”

Porém, retomado os critérios identificadores da demanda, de acordo com Eduardo Talamini, “*o pedido consiste no resultado (econômico, social, moral etc., mas revestido de relevância jurídica) pleiteado pelo demandante. É composto de um aspecto imediato, a tutela processual visada, e outro mediato, o ‘bem da vida’ que se almeja.*”³⁰

²⁸CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusão dinâmica – entre a continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis.** 2ª ed. Salvador: Juspodem, 2014, p. 92.

²⁹BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; Oliveira, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil - Volume II.** 10ª ed. Salvador: Juspodem, 2015, p. 524.

³⁰TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 69.

Já a causa de pedir na ordem processual civil brasileira, ensina o autor, “*é integrada (i) pela descrição dos fatos que servem de fundamento ao pedido e (ii) pela correlação lógico-jurídica entre os fatos descritos e a consequência jurídica pleiteada.*”³¹

Ainda no que tange aos limites objetivos da sentença, há um antigo debate quanto a proteção da coisa julgada sobre questões prejudiciais decididas incidentalmente ao processo. Tal discussão ganhou nova roupagem com uma alteração substancial trazida pelo novo Código de Processo Civil, a qual convém breve explanação.

Conforme já apresentado acima, o artigo 469, inciso III do Código de Processo Civil de 1973 determinava expressamente que a coisa julgada não incidia sobre “*a apreciação de questão prejudicial decidida incidentalmente no processo*”. Entretanto, o Código de 1973, em seu artigo 470, estipulava uma hipótese em que a coisa julgada incidia sobre questões prejudiciais, desde que atendidos três requisitos: (i) a parte interessada deveria requerer a incidência da coisa julgada sobre a questão prejudicial, (ii) o juízo deveria ser competente, em razão da matéria, para avaliar a questão incidental e (iii) os pressupostos necessários para o julgamento da lide deveriam estar presentes para a questão prejudicial. Apenas com a reunião desses requisitos era possível a incidência da coisa julgada sobre questões prejudiciais.

Humberto Theodoro Júnior comenta, de forma clara, o sistema do revogado Código de Processo Civil:

“O sistema do Código anterior conduzia à seguinte conclusão: no tocante à lide, ‘exerce o juiz o *iudicium*, poder principal de sua função jurisdicional, enquanto que, em relação à prejudicial, tão só o *cognitivo*, poder implícito no de jurisdição. O Juiz conhece da prejudicial e a resolve, sem vincular as partes, imutavelmente, a essa decisão, a qual só produz efeito no processo em que foi proferida.”³²

Entretanto, o novo Código de Processo Civil inovou significativamente nessa matéria, estendendo consideravelmente a incidência da coisa julgada a questões prejudiciais resolvidas no bojo do processo. Dispõe o artigo 503 da novel codificação:

³¹TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 72.

³²JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil – Volume I**. 56ª ed. São Paulo: Grupo Editorial Nacional, 2015, p. 1629.

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

Conforme se vê, a formação da coisa julgada no que tange a questões prejudiciais não mais depende de expressa vontade das partes. Manteve-se a necessidade de competência material do juízo para a questão incidental, porém é imprescindível que tenha havido “*contraditório prévio e efetivo*” sobre a matéria. A ideia do novo CPC foi abandonar a *ação declaratória incidental*, facilitando a inclusão da questão prejudicial no alcance da coisa julgada, partindo da premissa da economia processual³³. Porém, para resguardar o direito constitucional ao contraditório, a coisa julgada só incidirá sobre questões incidentais se a parte contrária tiver a chance efetiva de participação na decisão da lide. Por esta razão, não será possível, nos termos no inciso II do artigo 503 do novo Código de Processo Civil, a formação de coisa julgada sob questão prejudicial em desfavor de parte revel. Conforme lição de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

“A possibilidade de formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial, inclusive mediante provocação de ofício pelo juiz, suplantou a necessidade de *ação declaratória incidental*, por essa razão não foi prevista no novo Código. No novo Código, tendo o juiz *competência absoluta* para conhecer de questão prejudicial, sendo o *procedimento de cognição exauriente* e tendo havido *contraditório prévio efetivo*, a solução da questão prejudicial pode ser objeto do dispositivo e, portanto, sua resolução pode fazer a coisa julgada.”³⁴

Assim, é de se notar que o novo Código de Processo Civil buscou privilegiar a eficiência, ao dar preferência para resolução do maior número de

³³ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil – Volume I**. 56ª ed. São Paulo: Grupo Editorial Nacional, 2015, p. 1630.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil - Volume II**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 620-621.

questões em apenas um processo, sem a necessidade de ajuizamento de uma ação autônoma para discussão de questões prejudiciais. Entretanto, imperioso observar que a inovação é acompanhada de uma limitação importante: só possível expandir o manto da coisa julgada a questões prejudiciais das quais dependem o julgamento do mérito central da causa. Ensinam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

“Para que possa ser objeto do dispositivo, porém, não basta que se trate de questão prejudicial. O Novo Código expressamente refere que a questão prejudicial que pode ser decidida com força de coisa julgada é tão somente aquela da qual depende ‘o julgamento de mérito’ (art. 503, § 1º, I). Vale dizer: como refere a doutrina, somente a questão prejudicial que constitui *fundamento necessário* da solução da questão prejudicial pode lograr autoridade da coisa julgada.”³⁵

Dito isto, resta apenas breve explanação sobre o sentido adotado pela doutrina quanto ao conceito de questão prejudicial, a fim de delimitar o exato alcance da extensão da coisa julgada disposta no artigo 503 do novo Código de Processo Civil.

Pontes de Miranda definia questão prejudicial como um *antecedente lógico* anteposto à matéria central a ser decidida. Conforme as lições do doutrinador:

“No ponto prejudicial, há algo de assente (isto é, não controverso), ou de resolvido, entre as partes, implícita ou explicitamente anteposto à matéria a ser decidida. Na questão prejudicial, há comunicação de conhecimento, a ser apreciada pelo juiz, que funciona como antecedente lógico, sem ser preciso, ou sem ser provável formar processo separado.”³⁶

Entretanto, alertam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero que para uma questão ser considerada como prejudicial, conforme já dito, não basta sua simples antecedência lógica com relação à questão principal; é necessário, além da antecedência, que a solução da questão secundária condicione o conteúdo da decisão principal.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil - Volume II**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 633-634.

³⁶ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil – Tomo V (art. 444 – 475)**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 165.

Os autores prosseguem dando o exemplo da ação de alimentos, na qual é imprescindível resolver eventual relação de parentesco (natural ou socioafetivo), para somente na sequência definir se há direito de alimento ou não. Situação similar ocorre na ação de cobrança de aluguel, frisam os autores, na qual é prejudicial o direito à condenação a existência ou não de prévio contrato de locação³⁷.

2.6 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

Para além dos limites objetivos da coisa julgada, conveniente analisar, ainda que brevemente, os seus limites quanto aos sujeitos envolvidos no processo, ou seja, os limites subjetivos da coisa julgada.

No Código de Processo Civil de 1973, a matéria era regulada no artigo 472, que dispunha que *“a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao de estado de pessoas, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”*.

A justificativa do referido dispositivo sempre foi a proteção da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa. Conforme defendia grande parte da doutrina, não era possível que a sentença afetasse, de qualquer maneira, terceiro que não participou do processo na qual foi proferida, uma vez que não houve a possibilidade do exercício pleno do seu direito de contraditório e ampla defesa. À luz do regime revogado, Eduardo Talamini postulava que:

“Como regra, a coisa julgada opera apenas perante as partes. É o que estabelece a primeira parte do art. 472. Tal norma é corolário das garantias constitucionais da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, XXXV, LIV e LV).”³⁸

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil - Volume II**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 633.

³⁸ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 96.

Ainda assim, quando se debruçavam sobre o Código de Processo Civil de 1973, os doutrinadores sempre tiveram o cuidado de distinguir a coisa julgada, que não recai sobre terceiro, dos efeitos da sentença, que naturalmente recaem sobre terceiros. Neste ponto, convém retomar as lições de Liebman, quando explicava os efeitos da sentença.

Esclarecia o mestre que embora terceiros alheios à lide não estivessem sujeitos à coisa julgada, os efeitos da sentença lhes eram obrigatórios. A razão para isso, explicava Liebman, se resumia ao simples fato de que a sentença, como qualquer outro ato que ingressa no mundo jurídico, produz seus efeitos indistintamente, com igual eficácia e valor de preceito diante de todos os sujeitos da ordem jurídica. A isso Liebman deu o nome de “eficácia natural” da sentença³⁹.

Assim, por mais que a coisa julgada estivesse limitada apenas às partes do processo, a sentença sempre foi encarada como preceito obrigatório, devendo ser respeitada por todos. Afinal, não fosse assim, a sentença se esvaziaria de sentido, bem como o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que restaria absolutamente inaplicável.

Para além dessa indispensável distinção, também é necessário consignar que mesmo no Código de Processo Civil de 1973 sempre existiu hipóteses específicas do que a doutrina convencionou chamar de coisa julgada *ultra partes*. Nessas hipóteses, a coisa julgada afetava não só as partes, mas também terceiros estranhos à relação processual, afastando-se a regra do artigo 472 da revogada codificação. Os exemplos clássicos enunciados pela doutrina de coisa julgada *ultra partes* são a substituição processual, a legitimação concorrente na qual o co-legitimado não ingressa na demanda e a hipótese de decisão favorável ao credor solidário que aproveita os demais (artigo 274 do Código Civil de 2002).

Tais flexibilizações se tornaram necessárias afim de possibilitar a realização de outros valores, como a segurança jurídica, a igualdade e a celeridade. É justamente com vista nisso, que o novo Código de Processo Civil inovou ainda mais nessa matéria, trazendo importantes alterações. De acordo

³⁹LIEBMAN, Enrico Túlio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 123-127.

com o artigo 506 do novo Código de Processo Civil, “*a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros*”.

Conforme se observa, o novo Código, ao dispor sobre a matéria, deixou expresso que apenas é vedado à coisa julgada prejudicar terceiros. Em uma leitura comparada com o Código de 1973, em que era expressa a impossibilidade da coisa julgada *beneficiar* ou *prejudicar*, é possível concluir que o novo regramento representa uma abertura para extensão da coisa julgada a terceiro, desde que tal extensão lhe seja benéfica. Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

“Assim, inicialmente, o novo Código não veda que terceiros se beneficiem da coisa julgada – na esteira do que já sugeria a doutrina diante do direito anterior. Isso quer dizer que o art. 506 acolheu a possibilidade de formação da coisa julgada *secundum tertorem rationis*, cuja introdução no direito brasileiro era já requerida pela doutrina. A ausência de restrição ao aproveitamento da coisa julgada ao terceiro, inclusive, harmoniza-se com o disposto no art. 274, CC, segundo o qual o terceiro, credor ou devedor solidário, desde eu o resultado do processo tenha lhe sido favorável e não fundado em qualidade especial ligada tão-somente ao autor ou réu da demanda, pode aproveitar a coisa julgada formada *inter alios*.”⁴⁰

2.7 EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA

Nos termos do artigo 508 do novo Código de Processo Civil, “*transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido*”. Tal dispositivo regulamenta o que a doutrina costuma chamar de *eficácia preclusiva* da coisa julgada, que se opera como forma de proteção do instituto da coisa julgada⁴¹.

Em linhas gerais, o dispositivo impede que as partes se utilizem de qualquer alegação que poderiam ter deduzido no processo, mas não o fizeram, a fim de afastar a coisa julgada. Explicam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil - Volume II**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 630.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil - Volume II**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 635.

“Nota-se que agora, e especificamente para proteger a declaração transitada em julgado, todo o material relacionado com o primeiro julgamento fica precluso, inviabilizando sua reapreciação judicial em ação subsequente. Por essa razão é que a doutrina por vezes se refere à eficácia preclusiva da coisa julgada como um julgamento *implícito*. Todas as alegações deduzidas, bem como aquelas que seriam deduzíveis, *porque mantêm relação direta com o material da primeira demanda* (ainda que não tenham sido apresentadas em juízo ou apreciadas pelo magistrado), consideram-se oferecidas e repelidas pelo órgão jurisdicional.”⁴²

Aliás, conforme lembram Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, nem mesmo as matérias de ordem pública, que podem ser conhecidas “*a qualquer tempo*”, tem seu limite na coisa julgada; uma vez transitada em julgada a decisão, não cabe mais, em geral, sua discussão⁴³. Entretanto, há certa controvérsia doutrinária quanto a exatamente o que estaria acobertado pelo efeito preclusivo.

Parte majoritária da doutrina, encampada por Barbosa Moreira, entende que o efeito preclusivo da coisa julgada é delimitado nos exatos termos da lide inicialmente proposta. Nas palavras do autor, citado por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

“A eficácia preclusiva de coisa julgada material se sujeita, em sua área de manifestação, a uma limitação fundamental: ela só opera em processos nos quais se ache em jogo a *auctoritas rei iudicata* adquirida por sentença anterior. Tal limitação resulta diretamente da função instrumental que se pôs em relevo: não teria sentido, em verdade, empregar o meio quando não se trate de assegurar a consecução do fim a que ele se ordena. Isso significa que a preclusão das questões logicamente subordinadas apenas prevalece em feitos onde a lide seja *a mesma* já decidida, ou tenha solução dependente da que se deu à lide já decidida. Fora dessas raias, ficam abertas à livre discussão e apreciação as mencionadas questões, independentemente da circunstância de havê-las de fato examinado, ou não, o primeiro juiz, ao assentar as premissas de sua conclusão.”⁴⁴

Há, porém, conforme sintetizam Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, outra corrente doutrinária que entende que o

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil - Volume II**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 636.

⁴³ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil - Volume II**. 10ª ed. Salvador: Juspodem, 2015, p. 547-548.

⁴⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro – Temas de direito processual – primeira série**, p. 102. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil - Volume II**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 636.

efeito preclusivo da coisa julgada é mais amplo. De acordo com essa linha, defendida por Araken de Assis, o efeito preclusivo da coisa julgada “*abrange todas as possíveis causas de pedir que pudessem ter embasado o pedido formulado. A coisa julgada implicaria, assim, o julgamento de todas as causas de pedir que pudessem ter sido deduzidas, mas não foram.*”⁴⁵

2.8 EFICÁCIA POSITIVA E NEGATIVA DA COISA JULGADA.

Por fim, oportuno traçar breves comentários sobre a eficácia positiva e negativa da coisa julgada. A eficácia negativa da coisa julgada, conforme ensina de forma uniforme a doutrina, diz respeito a impossibilidade de rediscussão da lide em outro processo⁴⁶.

Caso a questão já decidida seja posta em análise em novo processo, surge para o interessado a possibilidade de alegar a exceção prevista no artigo 337, inciso VII do Novo Código de processo Civil, impedindo assim o reexame do julgado⁴⁷.

Além disso, a eficácia negativa da coisa julgada fica evidente no artigo 485, inciso V do Novo Código de Processo Civil, que possibilita a extinção do feito sem julgamento do mérito quando já incidiu sobre a lide a coisa julgada, por falta de condição da ação⁴⁸.

No que tange à eficácia positiva, por outro lado, a coisa julgada impõe ao Judiciário a impossibilidade de julgar de forma diferente questão incidental posta em análise e que já tenha sido decidida definitivamente, como questão principal, em outro processo já transitado em julgado. Conforme as lições de Ovídio Baptista da Silva:

⁴⁵ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. São Paulo: revista dos tribunais, 2002, p. 145. In: BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; Oliveira, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil - Volume II**. 10ª ed. Salvador: Juspodevim, 2015, p. 549.

⁴⁶BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; Oliveira, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil - Volume II**. 10ª ed. Salvador: Juspodevim, 2015, p. 514.

⁴⁷“Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

[...] VII - coisa julgada”

⁴⁸Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

[...] V - reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada;

“O efeito negativo da coisa julgada opera como *exceptio rei iudicatae*, ou seja, como defesa, para impedir o novo julgamento daquilo que já fora decidido na demanda anterior. O efeito positivo, ao contrário, corresponde à utilização da coisa julgada propriamente em seu conteúdo, tornando-o imperativo para o segundo julgamento. Enquanto a *exceptio rei iudicatae* é forma de defesa, a ser empregada pelo demandado, o efeito positivo da coisa julgada pode ser fundamento de uma segunda demanda.”⁴⁹

Como se observa, o efeito positivo da coisa julgada nada mais é do que uma consequência lógica da necessidade de coerência nas decisões judiciais, na medida em que impossibilita juízos contrários quanto a questões principais resolvidas no bojo de outras ações, sob as quais já se materializou a coisa julgada.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Conforme assentado no início, o presente trabalho pretende analisar duas hipóteses expressas contidas no novo Código de Processo Civil (artigos 525, § 15 e 535, § 8) que possibilitam à parte vencida utilizar-se de declaração de inconstitucionalidade superveniente de ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, seja na modalidade difusa ou concentrada, como fundamento para a relativização da coisa julgada.

Como se pode notar, os aludidos artigos sugerem uma prevalência da declaração superveniente de inconstitucionalidade sobre a proteção da coisa julgada, que é justamente o ponto crítico deste breve trabalho. Entretanto, para compreensão desta contraposição e a correta análise do problema, torna-se indispensável a apreensão dos conceitos básicos do controle de constitucionalidade nacional, especialmente no que tange à jurisdição dos

⁴⁹SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil. 5ª edição – vol. I.** São Paulo: revista dos tribunais, 2000, p. 500. In: BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; Oliveira, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil - Volume II.** 10ª ed. Salvador: Juspodvim, 2015, p. 514.

modelos concentrado e difuso. Somente após isso será possível compreender o real alcance dos dispositivos, problematizando-o com outras questões sensíveis do ponto de vista de sua constitucionalidade.

3.2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade é um fenômeno recente, porém de suma importância para a concretização do Estado Constitucional de Direito. Dessa forma, para a compreensão do papel do controle de constitucionalidade é necessário, ainda que brevemente, contextualizar o surgimento do Estado Constitucional de Direito e o constitucionalismo contemporâneo.

Conforme elucida Luís Roberto Barroso, “*constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei*”⁵⁰. Sua acepção moderna está intimamente ligada aos movimentos revolucionários do século XVIII, que buscaram questionar o modelo de sociedade então vigente. Nas palavras de Canotilho:

“Numa outra acepção – histórico-descritiva – fala-se em *constitucionalismo moderno* para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.”⁵¹

Entretanto, é preciso lembrar, como enfatiza o autor português, que não existe apenas um constitucionalismo, mas *vários constitucionalismos* espalhados em diversas partes do globo e em variados tempos⁵². Assim é que o movimento constitucionalista que hoje vivemos, apesar de beber das experiências revolucionárias do século XVIII, apresenta outra conformação, já que a própria noção de Estado passou por mudanças radicais.

⁵⁰BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

⁵¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 46.

⁵²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 45.

Como sabido, a legalidade é o princípio que passou a imperar com as revoluções do século XVIII, no sentido de limitar o poder de interferência do Estado na relação entre particulares. Prezava-se, nesse modelo, pela formalidade, em detrimento do conteúdo substancial da lei. Assim, bastava que a lei tivesse seguido os parâmetros formais de criação para que sua validade fosse inquestionável. Da mesma forma, as leis deveriam atender à generalidade e abstração, a fim de que a liberdade e igualdade - e aqui leia-se igualdade formal - fossem atendidas.

Nesse contexto, a preocupação central era combater o poder absoluto do Estado, representado pelo antigo regime dominado pela monarquia. As divisões de classes sociais - clero, nobreza e povo - foram extintas, ainda que apenas formalmente, o que justificava a generalidade e abstração legal que sobreveio. Da mesma forma, imperava, nesse cenário, um sentimento generalizado de desconfiança do Estado, herança do período monárquico, no qual o poder estatal imperava, enquanto aos particulares apenas cabia a subordinação.

Como resultado, o Estado era concebido como uma possível ameaça, devendo se abster ao máximo na intromissão aos particulares. Tal noção era necessária para que a burguesia em ascensão pudesse se desenvolver plenamente. Bem por isso é que também se observa, nesse período, uma clara inversão na relação entre os indivíduos e o Estado: antes do movimento revolucionário, as declarações que regulavam as relações entre os indivíduos e o Estado eram fortemente marcadas pela obrigação dos particulares perante o poder estatal, o que sofre radical mudança com a ascensão do Estado liberal. Norberto Bobbio bem demonstra essa mudança analisando os principais textos que emergiram dos movimentos revolucionários liberais:

“O ponto de vista tradicional tinha por efeito a atribuição aos indivíduos não de direitos, mas sobretudo de obrigações, a começar pela obrigação de obediência às leis, isto é, às ordens do soberano. Os códigos morais e jurídicos foram, ao longo dos séculos, desde os Dez Mandamentos até as Doze Tábuas, conjunto de regras imperativas que estabelecem obrigações para os indivíduos, não direitos. Ao contrário, observemos mais uma vez os dois primeiros artigos da Declaração. Primeiro, há a afirmação de que o indivíduo tem direitos; depois, a de que o governo precisamente em consequência desses direitos, obriga-se a garanti-los. A relação tradicional entre direitos dos governantes e obrigações dos súditos é invertida completamente. Até mesmo nas chamadas cartas de direito

que precederam as de 1776 na América e a de 1789 na França; desde a Magna Charta até o *Bill of Rights* de 1689, os direitos ou as liberdades não eram reconhecidos como existentes antes do poder do soberano, mas eram concedidos ou concertados, devendo aparecer – mesmo que fossem resultado de um pacto entre súditos e soberano – como ato unilateral deste último. O que equivale a dizer que, sem a concessão do soberano, o súdito jamais teria qualquer direito.⁵³

A Constituição, nesse contexto, era marcada pela brevidade e esculpida, sobretudo, nos valores de proteção à inviolabilidade da iniciativa privada. Não havia grandes preocupações com valores como justiça e princípios gerais. Entretanto, a Constituição liberal, ainda que breve e limitada, já contemplava em sua essência a ideia de uma lei fundamental que organiza o Estado e delimita garantias – predominantemente individuais, nesse primeiro momento – do cidadão.

Também já está presente, nesse momento, a ideia de supremacia da Constituição, partindo-se na noção de que o texto constitucional é a base lógica que organiza e delimita a atuação estatal, estipulando limites e conferindo direitos individuais aos cidadãos. O que se observa aqui, é uma verdadeira substituição do critério de validade do sistema jurídico como um todo: antes dos movimentos revolucionários, o monarca era o ponto de validade das normas e sua vontade determinava os rumos da atuação do Estado; com o advento do Estado de Direito liberal, a Constituição passa a ocupar essa posição central, valendo como alicerce de todo o sistema jurídico.

É exatamente neste ponto que podemos encontrar os fundamentos do controle de constitucionalidade. Ora, se a Constituição passa a valer como a lei fundamental que dá alicerce a todo o sistema jurídico e condiciona a atuação estatal, parece evidente que as demais disposições legais devem também estar de acordo com o texto constitucional, sob pena de afronta ao sistema como um todo. De acordo com Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos:

“Do ponto de vista jurídico, o principal traço distintivo da Constituição é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional. A Constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que

⁵³BOBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 12ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 100-101.

possam ter. Como consequência, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo poderá ter caráter formal ou material. A supremacia da Constituição é assegurada pelos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade”⁵⁴

No que se refere à atividade jurisdicional, predominava no Estado Liberal a noção de que o magistrado não possuía qualquer função criativa no direito, cabendo-lhe tão somente reproduzir a lei criada pelo parlamento. Até por que, é a partir das revoluções do século XVIII que passa a imperar a noção de separação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Tal noção era fortemente utilizada para evitar “intromissões” do judiciário nas decisões do legislativo. Assim, os métodos hermenêuticos da época se resumiam na função do juiz “*bouche de la loi*” (boca da lei), que deveria apenas pronunciar a *vontade concreta da lei*.

Ocorre que, com o desenrolar da sociedade, percebeu-se que a noção de lei genérica e abstrata não era o suficiente para garantir a igualdade material aos indivíduos, por que a sociedade é formada por classes distintas, com necessidades e aspirações também distintas. Assim, para que a liberdade pudesse ser realmente efetivada, era necessário a busca da igualdade social, e não apenas a sua garantia formal. Deixa-se de lado a ideia de impessoalidade da lei, que dá lugar a vontade legislativa determinada pelo embate de forças dos variados grupos que integram a sociedade. Da mesma forma, como a lei é resultado da coalizão de forças de vários grupos sociais, que dá criação a legislações aparentemente contraditórias, torna-se evidente a necessidade de submeter a produção normativa a um controle que tome em conta os princípios de justiça e valores sociais.

Ainda, com as atrocidades ocorridas durante as guerras mundiais, ficou evidente que o mero critério formal para validade das leis não era suficiente para impedir barbaridades. Por isso buscou-se resgatar a substância da lei, introduzindo novamente a noção de justiça na valoração dos atos normativos, por meio de princípios constitucionais, devendo as leis estarem condicionadas

⁵⁴BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, out. 2003. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23.pdf>. Acesso em: 17 de agosto de 2017.

aos princípios e direitos fundamentais; ou seja, passou-se a adotar o princípio da legalidade substancial.

Sendo assim, não há mais que se falar em jurisdição como mera atuação concreta da lei, conforme os clássicos autores pregavam⁵⁵. O juiz deve, agora, compreender as leis à luz dos direitos fundamentais e da justiça.

É nessa mudança paradigmática para o Estado Constitucional de Direito que a Constituição assume definitivamente seu lugar de destaque no ordenamento jurídico. É que, com a inserção de conteúdos principiológicos e valores no texto constitucional, o princípio da supremacia da Constituição sofre uma ressignificação: não há mais como cogitar a Constituição apenas como a lei fundamental que organiza o Estado e estipula direitos individuais. A partir da introdução desses valores, a Constituição passa a funcionar efetivamente como critério hermenêutico de todas as demais normas do sistema jurídico.

Ou seja, o sistema jurídico como um todo deve necessariamente ser interpretado de acordo com os valores e princípios encampados pelo texto constitucional. Não se trata mais apenas de não afrontar o texto constitucional; com o advento do Estado Constitucional de Direito, torna-se obrigatório que a interpretação das disposições legais seja realizada com base no arcabouço principiológico do texto constitucional. Nessa linha, leciona Luiz Lenio Streck:

"A renovada supremacia da Constituição vai além do controle de constitucionalidade e da tutela mais eficaz da esfera individual de liberdade. Com as constituições democráticas do século XX assume um lugar de destaque outro aspecto, qual seja, o da Constituição como norma diretiva fundamental, que dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais (direitos sociais, direitos à educação, à subsistência ou ao trabalho). A nova concepção de constitucionalismo une precisamente a ideia de Constituição como norma fundamental de garantia, com a noção de Constituição enquanto norma diretiva fundamental."⁵⁶

Nesta senda, o controle de constitucionalidade também adquire um papel ainda mais importante. Sua função não mais se resume em meramente verificar a adequação do texto legal à literalidade dos dispositivos constitucionais. Para além disso, é por meio do controle de constitucionalidade

⁵⁵O termo é de Giuseppe Chiovenda.

⁵⁶STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova Crítica do Direito**. 2.^a Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2002, p. 99

que se torna possível, no Estado Constitucional de Direito, verificar se os dispositivos legais e os atos do próprio Estado estão alinhados com os valores princípiológicos trazidos pela Constituição. Ou seja, o controle de constitucionalidade passa a funcionar como um instrumento de adequação da atuação estatal com os valores encampados pelo Estado Constitucional de Direito.

Ainda, com o advento dessa mudança paradigmática no papel do Estado, é possível observar um movimento de constitucionalização de todas as áreas do Direito. Ou seja, todas as demais áreas da ciência jurídica passaram a sofrer um influxo direto do texto constitucional, que funciona como verdadeiro parâmetro interpretativo das demais normas jurídicas. Sobre o tema, pertinentes as observações de Luís Roberto Barroso:

“A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares.”⁵⁷

É a partir desse movimento que surge a ideia de interpretação das normas “conforme a constituição”. A Constituição torna-se verdadeiro parâmetro interpretativo das normas, condicionando não mais apenas sua criação, mas o seu sentido. Explica Barroso que:

“Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Themis : Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4 , n. 2, p. 13-100, jul/dez. 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/neoconstitucionalismo-e-constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o-do-direito-o-triunfo-tardio-do-direito-constit>>. Acesso em 21 de agosto de 2017.

infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance.⁵⁸

3.3 CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE

Superada a explicação sobre o surgimento do controle de constitucionalidade e sua importância para a atual conformação do Estado Constitucional de Direito, necessários breves comentários sobre as diversas formas como o mesmo se realiza, a começar pelo método preventivo.

Entende-se por controle preventivo de constitucionalidade aquele realizado previamente, antes do projeto ser efetivamente convertido em lei. O critério utilizado é o temporal, ou seja, considera-se controle preventivo aquele realizado anteriormente à norma integrar, efetivamente, o ordenamento jurídico.

Tal controle, diferentemente do que se pode pensar, não é exercido exclusivamente pelos poderes Executivo e Legislativo, podendo também ocorrer no Poder Judiciário.

Quando é realizado pelos Poderes Legislativo e Executivo, a doutrina classifica o controle preventivo de constitucionalidade como político⁵⁹. Em linhas gerais, o controle político visa evitar a promulgação de lei inconstitucional e ocorre naturalmente durante o processo de criação e aprovação de um dispositivo legal.

No que se refere ao controle de constitucionalidade político realizado pelo Poder Legislativo, este é concretizado pelas Comissões de Constituição e Justiça que, essencialmente, se encarregam de apreciar os projetos de leis quanto à sua constitucionalidade, emitindo parecer técnico a partir da análise.

Importante ressaltar que o parecer emanado da Comissão de Constituição e Justiça, seja na Câmara dos Deputados, seja no Senado, são

⁵⁸BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Themis : Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul/dez. 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/neoconstitucionalismo-e-constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o-do-direito-o-triunfo-tardio-do-direito-constit>>. Acesso em 21 de agosto de 2017.

⁵⁹BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 20.

vinculativos, devendo o projeto de lei ser arquivado caso entenda a Comissão pela sua inconstitucionalidade⁶⁰.

Por outro lado, o controle de constitucionalidade preventivo pode também ser realizado pelo Poder Executivo. É a hipótese clássica do veto presidencial, contida no artigo 66, § 1º da Constituição Federal, que autoriza o Presidente da República vetar projeto de lei que considera inconstitucional⁶¹. É verdade que o Congresso Nacional pode derrubar o veto presidencial e reenviar o projeto para promulgação. Porém, a derrubada do veto só pode ocorrer com a maioria absoluta dos deputados e senadores, conforme determina o artigo 66, § 4º do texto constitucional⁶².

Por fim, a doutrina menciona ainda uma hipótese de controle prévio de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário. Em resumo, essa hipótese diz respeito à precedentes do Supremo Tribunal Federal que tem conhecido de mandados de segurança impetrados por parlamentares contra o processamento de emendas à Constituição cujo o conteúdo viole cláusula pétreia contida no artigo 60, § 4º da Constituição Federal⁶³. Conforme em explicam Araújo e Nunes Machado:

⁶⁰De acordo com o regimento interno da Câmara dos Deputados e do Senado, respectivamente:

“Art. 54. Será terminativo o parecer: I - da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria”

Art. 101. À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete:

I - opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário;

§ 1º Quando a Comissão emitir parecer pela inconstitucionalidade e injuridicidade de qualquer proposição, será esta considerada rejeitada e arquivada definitivamente, por despacho do Presidente do Senado, salvo, não sendo unânime o parecer, recurso interposto nos termos do art. 254.

⁶¹Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

⁶²§ 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores.

⁶³BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 20.

“O Supremo Tribunal Federal (...) tem entendido que o controle preventivo pode ocorrer pela via jurisdicional quando existe vedação na própria Constituição ao trâmite da espécie normativa. Cuida-se, em outras palavras, de um `direito-função' do parlamentar de participar de um processo legislativo juridicamente hígido. Assim, o § 4o do art. 60 da Constituição Federal veda a deliberação de emenda tendente a abolir os bens protegidos em seus incisos. Portanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os parlamentares têm direito a não ver deliberada uma emenda que seja tendente a abolir os bens assegurados por cláusula pétreia.”⁶⁴

3.4 CONTROLE REPRESSIVO DE CONSTITUCIONALIDADE

Em contrapartida ao controle preventivo, realizado em um momento anterior à promulgação da lei, o repressivo se dá apenas em relação aos dispositivos legais em vigor. Sua função é harmonizar o sistema jurídico, eliminando as leis ou atos normativos que contrariam o texto constitucional.

Via de regra, Poder Judiciário é o protagonista nessa modalidade de controle, que ocorre, essencialmente, por meio de dois modelos que serão explorados mais adiante: o modelo *difuso* e o *concentrado*. Entretanto, parte da doutrina entende que existe também no direito brasileiro duas hipóteses de controle repressivo de constitucionalidade realizado pelo Poder Legislativo.

A primeira hipótese levantada pela doutrina está contida no artigo 49, inciso V da Constituição Federal, que prevê como competência exclusiva do Congresso Nacional “*sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*”. Conforme ensina Barroso, “*ambas as hipóteses ensejam ao Legislativo o controle de constitucionalidade para assegurar a observância ao princípio da legalidade, na eventualidade de vir a ser vulnerado por conduta abusiva do Chefe do Executivo*”⁶⁵.

É preciso consignar, todavia, que parte da doutrina não aceita o artigo 49, inciso V como uma hipótese de controle de constitucionalidade repressivo. Isso pois, conforme defende Juliano Taveira Bernardes, a sustação do ato normativo delegado expedido pelo Poder Executivo só pode se dar no âmbito

⁶⁴ ARAUJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª Ed. São Paulo: Verbatim, 2014, p. 34

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

exclusivo do reconhecimento de sua ilegalidade. Assim, o Poder Legislativo, ao sustar o ato normativo, deve realizar o controle com base exclusivamente na desconformidade entre o ato normativo e os parâmetros da delegação impostos, razão pela qual não haveria controle de constitucionalidade, mas apenas de legalidade⁶⁶.

Entretanto, a observação não parece afastar a conclusão de que o controle, ao fim, é repressivo de constitucionalidade. É procedente a constatação do autor de que o Congresso Nacional, nessa hipótese, controla a delegação legislativa do ponto de vista de sua legalidade. Porém, sendo a legalidade um princípio constitucionalmente tutelado, o Congresso, em última análise, nada mais faz do que verdadeiro controle indireto de constitucionalidade do ponto de vista de sua legalidade constitucional.

Aliás, a própria Constituição estipula, nos artigos 84, inciso IV e 68, os parâmetros para os decretos regulamentares e delegações, respectivamente. Isso significa que se tais parâmetros não forem cumpridos, pode também o Legislativo sustar o ato normativo por descumprimento ao preceito constitucional. Conclui-se, dessa forma, que existe verdadeiro controle de constitucionalidade repressivo pelo Poder Legislativo nessa hipótese.

Além disso, a doutrina elenca como outra hipótese de controle repressivo de constitucionalidade aquele realizado pelo Legislativo quando aprecia o conteúdo de medida provisória editada pelo Executivo. De acordo com o § 5º e §9º do artigo 62 da Constituição Federal, cabe ao Legislativo deliberar sobre o mérito das medidas provisórias, que deverão atender aos “*pressupostos constitucionais*”⁶⁷. Verifica-se aí outra hipótese de controle repressivo, já que uma vez editada a Medida Provisória, esta terá eficácia imediata e força de lei, sendo que a apreciação quanto a sua

⁶⁶ BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle de Constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 18-19.

⁶⁷ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

constitucionalidade fica postergada para período futuro. Nesse sentido, cabe ao Legislativo apreciar sua constitucionalidade, tanto no que se refere aos requisitos específicos da relevância e urgência do *caput* do art. 62 da Constituição Federal, quanto no que diz respeito à sua compatibilidade, como um todo, com o texto constitucional.

De qualquer sorte, ainda que a medida provisória seja rejeitada pelo Congresso Nacional, jamais se convertendo em lei, a hipótese permanece sendo de controle repressivo. Sobre o tema, Alexandre de Moraes acrescenta que:

“Na hipótese de o Congresso Nacional rejeitar a Medida Provisória, com base em inconstitucionalidade apontada no parecer da comissão mista, estará exercendo controle de constitucionalidade repressivo, pois retirará do ordenamento jurídico a medida flagrantemente inconstitucional [...] Note-se que, enquanto espécie normativa, a medida provisória, uma vez editada, está perfeita e acabada, já tendo ingressado no ordenamento jurídico com força de lei, independente de sua natureza temporária. Assim, o fato de o Congresso Nacional rejeite-la, impedindo que se converta em lei, ou mesmo que fosse reeditada por ausência de deliberação, em face da flagrante inconstitucionalidade, consubstancia-se em controle repressivo.”⁶⁸

Superadas essas duas hipóteses, oportuno tratar do controle repressivo de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário, que é o controle repressivo por excelência. Conforme já adiantado, o controle repressivo de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário se divide em concentrado e difuso, que serão esmiuçados nos subtópicos seguintes.

3.5 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle difuso de constitucionalidade, também chamado de concreto, é aquele realizado por qualquer instância do Poder Judiciário. Tal controle ocorre incidentalmente à uma discussão judicial prévia, e trona-se indispensável para a decisão da questão principal discutida no processo. Conforme Luís Roberto Barroso:

⁶⁸MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1130.

“O controle incidental de constitucionalidade é exercido no desempenho normal da função judicial, que consiste na interpretação e aplicação do Direito para a solução de litígios. Pressupõe, assim, a existência de um processo, uma ação judicial, um conflito de interesses no âmbito do qual tenha sido suscitada a inconstitucionalidade da lei que deveria reger a disputa. Se o juiz ou tribunal, apreciando a questão que lhe cabe decidir, reconhecer que de fato existe incompatibilidade entre a norma invocada e a Constituição, deverá declarar sua inconstitucionalidade, negando-lhe aplicação ao caso concreto.”⁶⁹

O controle difuso, conforme se pode concluir, é instrumento indispensável para o próprio exercício da Jurisdição, razão pela qual é prerrogativa de todas as instâncias do Poder Judiciário. A impossibilidade de avaliação quanto constitucionalidade de uma espécie normativa aventada no bojo de um processo que discute outros interesses resultaria na absoluta impotência do Judiciário na resolução dos conflitos.

Seria indubitavelmente contraproducente a concentração absoluta de toda e qualquer discussão quanto a constitucionalidade de lei em apenas um órgão do Poder Judiciário. Isso representaria um entrave de grande parte dos processos e uma absurda quantidade de trabalho para apenas uma Corte, designada para avaliar todas as inconstitucionalidades levantadas.

Por esta razão é que se torna indispensável que qualquer juiz ou tribunal tenha prerrogativa de resolver incidentalmente inconstitucionalidades levantadas no transcorrer do processo. Entretanto, esbarra-se aqui em um problema que diz respeito à eficácia da decisão de declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso.

Conforme já mencionado, o controle de constitucionalidade difuso ocorre de forma incidental à uma discussão prévia em um litígio. Dessa forma, neste litígio é dada a cada uma das partes a oportunidade de manifestar-se, defendendo a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da espécie normativa em análise, de acordo com seus interesses. Com isso, observa-se o cumprimento estrito do direito de contraditório e da ampla defesa, entabulados no texto constitucional.

É por esta razão que se dizia, classicamente, que a declaração de inconstitucionalidade em modalidade difusa produzia apenas efeitos *inter-*

⁶⁹BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

partes, ou seja, entre às partes envolvidas no processo, já que não seria possível, segundo esta visão, estender a decisão à terceiros que não participaram da lide.

Entretanto, o que se observa atualmente no contexto brasileiro é um cenário de aproximação entre os modelos concentrado e difuso de controle de constitucionalidade, a ponto de torna-se, essa classificação, meramente didática/doutrinária e de pouca utilidade prática. Essa mudança ocorreu, em grande medida, por conta das novidades introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

Dentre outras diversas mudanças sensíveis introduzidas pela referida emenda, cita-se o artigo 103-A, que passou a permitir a edição de Súmulas Vinculantes pelos Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, sobre matéria constitucional objeto de reiteradas decisões pela corte⁷⁰. Em outras palavras, foi dado Supremo, a partir da inserção desse dispositivo no texto constitucional, a possibilidade de tornar *erga omnes*, através de súmula, os efeitos inicialmente *inter partes* da decisão de inconstitucionalidade em sede de controle difuso.

Ainda, foi inserido o § 3º no artigo 102 do texto constitucional, que estipulou a necessidade de o recorrente demonstrar a *repercussão geral* das questões constitucionais que pretende discutir na corte, sob pena de o recurso

⁷⁰ "Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

extraordinário não ser admitido⁷¹. Para regulamentar essa questão, foi promulgada a lei nº 11.418/2006, que define a *repercussão geral* como “*questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa*”, redação que foi reproduzida no artigo 1.035, § 1º do Código de Processo Civil vigente.

Na mesma linha, para regulamentar e viabilizar o processamento do recurso extraordinário após a introdução das mudanças trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2006, a lei nº 11.418/2004 também previu o que a doutrina denominou de *sistema de julgamento por amostragem*, regra que foi reproduzida no novo Código de Processo Civil, nos artigos 1.036 e 1.039, segundo os quais:

“Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

Art. 1.039. **Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada.**

Parágrafo único. Negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado.” (grifei)

Nota-se que com a inserção do julgamento do recurso extraordinário por amostragem, não é mais possível afirmar categoricamente que a decisão em

⁷¹ § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

controle difuso de constitucionalidade gera apenas efeitos *inter partes*, na medida em que a tese firmada em decisão de recursos afetados – seja pela constitucionalidade, seja pela inconstitucionalidade da lei questionada – se aplicará aos demais recursos sobrestados que versam sobre matéria idêntica.

Aliás, é justamente por conta dessas mudanças no perfil do Supremo Tribunal Federal, introduzidas pela EC n° 45/2006, que a corte tem resignificado o disposto no artigo 52, inciso X da Constituição Federal. De acordo com o referido dispositivo, ocorrida a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, é possível que o Senado Federal edite uma resolução suspendendo a execução, em todo ou em parte, da lei ou ato normativo em questão. A partir daí a decisão do Supremo superaria o âmbito das partes envolvidas no processo, ganhando assim efeitos *erga omnes*⁷².

Ocorre que o referido dispositivo integra o texto original da Constituição, contexto em que não era possível edições de súmulas pelo Supremo ou julgamento por amostragem. Hoje, com as mudanças trazidas pela EC n° 45/2006, a regra esvaziou-se, na medida em que é autorizado ao próprio Supremo Tribunal Federal a edição de súmulas vinculantes, estendendo-se os efeitos de sua decisão a todos.

Por fim, no que se refere eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade em modalidade difusa, temos que para a doutrina majoritária possui efeitos retroativos (*ex tunc*). É que, conforme amplamente defendido, a inconstitucionalidade de uma espécie normativa é vício que a contamina com nulidade absoluta. Dessa forma, a declaração de inconstitucionalidade apenas reconhece uma nulidade já existente, razão pela qual os seus efeitos são *ex tunc*, ou seja, retroagem desde a entrada em vigor do ato normativo. Conforme explica Luís Roberto Barroso:

“Quando do estudo do fenômeno da inconstitucionalidade (v., supra), ficou assentado que a corrente amplamente dominante no Direito brasileiro é a que situa a inconstitucionalidade no campo da nulidade. Lei inconstitucional é lei nula. Consequência natural e necessária dessa premissa é a de que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade é de natureza declaratória, limitando-se a reconhecer um vício preexistente. Diante disso, a pronúncia de nulidade da norma deve colhê-la desde o seu nascimento, impedindo-

⁷²MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1140.

se que produza efeitos válidos. Aplicando-se a teoria da inconstitucionalidade como nulidade ao controle incidental e difuso, parece fora de dúvida que o juiz, ao decidir a lide, após reconhecer determinada norma como inconstitucional, deve dar a essa conclusão eficácia retroativa, ex tunc. ”⁷³

3.6 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle concentrado de constitucionalidade, por outro lado, é aquele em que o objetivo central da ação é tão somente a averiguação quanto a constitucionalidade de lei ou ato normativo, não havendo qualquer relação subjetiva para embasar a discussão. O controle pela via concentrada, dessa forma, tem por objetivo garantir a higidez do ordenamento jurídico, eliminando normas que contrariam o texto constitucional. Não há, nesse sentido, qualquer preocupação com direitos subjetivos concretos. Conforme lições de Luís Roberto Barroso:

“A função jurisdicional, como regra geral, destina-se a solucionar conflitos de interesses, a julgar uma controvérsia entre partes que possuem pretensões antagônicas. O controle de constitucionalidade por ação direta ou por via principal, conquanto também seja jurisdicional, é um exercício atípico de jurisdição, porque nele não há um litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo órgão julgador. Seu objeto é um pronunciamento acerca da própria lei. Diz-se que o controle é em tese ou abstrato porque não há um caso concreto subjacente à manifestação judicial. A ação direta destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição. ”⁷⁴

Esse modelo é chamado de concentrado, tendo em vista que é realizado de forma exclusiva por apenas um órgão, situação diversa do que ocorre no modelo difuso, no qual todas as instâncias do Judiciário estão aptas na análise incidental quanto a constitucionalidade da lei ou ato normativo. No ordenamento brasileiro, o modelo concentrado é realizado essencialmente em duas instâncias: federal e estadual.

⁷³BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42.

⁷⁴BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

No que tange a esfera federal, o controle de constitucionalidade pela via concentrada é realizado pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que o texto constitucional o incumbe da árdua tarefa de guarda da constituição. De acordo com o artigo 102, inciso I, alínea “a”, cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar, em ação direta de inconstitucionalidade e constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Já no que tange à esfera estadual, o artigo 125, § 2º do texto constitucional atribui aos Tribunais de Justiça dos estados a incumbência de julgar as *representações de inconstitucionalidade* de leis ou atos normativos estaduais e municipais, tendo como referência a constituição do estado.

Diversas são as ações previstas no texto constitucional afim de discutir, abstratamente, inconstitucionalidades, como é o caso da ação direta de inconstitucionalidade, ação por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental, entre outras. Entretanto, o foco do presente trabalho foge à análise minuciosa de cada um desses instrumentos de controle. O que nos interessa, neste momento, é tão somente compreender os fundamentos genéricos do controle de constitucionalidade pela via concentrada, para a análise de seus impactos quanto à coisa julgada.

Pois bem. Conforme brevemente relatado no tópico anterior, no controle difuso, a declaração de inconstitucionalidade incidental gera efeitos apenas entre as partes do processo, não se estendendo para terceiros. Concluímos, também, que o modelo difuso, no contexto brasileiro, é indispensável, tendo em vista a necessidade de desafogar as instâncias superiores e possibilitar o exercício adequado da jurisdição.

Por outro lado, podemos concluir que a adoção tão somente do modelo difuso, dissociado dos parâmetros de um sistema precedentalista forte, é capaz de gerar grande insegurança jurídica. Ora, a ciência jurídica, como é sabido, não é exata, e repousa essencialmente na hermenêutica e nas convicções daquele que interpreta o ordenamento jurídico. Dessa forma, tendo em vista que o controle difuso pode ser realizado em todas as instâncias do Poder Judiciário, é natural que ocorram interpretações diversas quanto a constitucionalidade ou não de lei ou ato normativo, gerando certa insegurança jurídica.

Por esta razão é que o controle concentrado de constitucionalidade é instituído, exatamente como uma forma de uniformizar o entendimento sobre a questão. É que, diferentemente do que ocorre no modelo difuso, a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado produz efeitos *erga omnes* de imediato. É o que determina o artigo 102, § 2º da Constituição Federal quando estipula que as decisões em sede de controle concentrado “*produzirão eficácia contra todos*”, e, no que se refere ao Poder Judiciário, serão “*vinculantes*”.

Não se pode perder de vista, todavia, que conforme visto no tópico anterior, ordenamento jurídico brasileiro tem caminhado cada vez mais no sentido de aproximar os dois modelos de controle. Além das mudanças trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 já exploradas (repercussão geral e súmula vinculante), outro exemplo claro dessa aproximação encontra-se na valorização dos precedentes pelo novo Código de Processo Civil.

No que se refere à eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade no modelo concentrado, a doutrina, em geral, conclui que, via de regra, possui os mesmos efeitos que no modelo difuso, ou seja, *ex tunc*, tendo em vista que a nulidade vicia a lei ou ato normativo desde sua criação. Conforme ensina Gilmar Mendes:

“Tanto o poder do juiz de negar aplicação à lei inconstitucional quanto a faculdade assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional demonstram que o constituinte pressupôs a nulidade da lei inconstitucional. Daí se segue que a sentença que declara a inconstitucionalidade tem eficácia *ex tunc*.”⁷⁵

Entretanto, a realidade concreta, por vezes, impossibilita a aplicação crua da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade. É que, ainda que nula, uma lei inconstitucional é capaz de gerar efeitos, criando, extinguindo e modificando diversas relações jurídicas. Nesse sentido, a doutrina e jurisprudência passaram a interpretar o a nulidade *ex tunc* de lei inconstitucional de forma mitigada, a fim de evitar um limbo jurídico para as relações jurídicas criadas pela lei ou ato normativo inconstitucional e preservar a segurança jurídica. Conforme ensina Clèmerson Merlin Clève:

⁷⁵MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 325-326.

“É evidente que o fato de a sentença judicial implicar a nulidade *ab initio* da normativa impugnada favorece a emergência de não poucos problemas. Inexistindo prazo para a pronúncia da nulidade – já que a inconstitucionalidade decorre de vício, em princípio, insanável e, ademais, imune à prescrição -, considere-se o caso de uma lei cuja ilegitimidade foi reconhecida após o decurso de longo lapso temporal, tendo inclusive prestigiado a consolidação de um sem número de situações jurídicas. É indubitoso que em semelhantes casos o dogma da nulidade absoluta deve sofrer certa dose de temperamento, sob pena de sustentar a injustiça e a violação do princípio da confiança.”⁷⁶

A situação tomou novos contornos com a edição da Lei n° 9.869/99, que passou a admitir a modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade. A lei em questão, que trata sobre o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e constitucionalidade, estipula, em seu artigo 27, que o Supremo Tribunal Federal poderá, tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, restringir os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, concedendo-lhe eficácia *ex nunc*, ou seja, não retroativa.

⁷⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 250.

4 A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF E SEU EFEITO SOBRE A COISA JULGADA.

4.1 TRATAMENTO DA MATÉRIA NO CPC DE 1973

A declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos sobre a coisa julgada era regulamentada nos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único do CPC de 1973, normas que foram inseridas no código em 2005 e 2001, respectivamente. De acordo com os artigos:

“Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

II – inexigibilidade do título;

§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

II - inexigibilidade do título;

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.”

Pode-se constatar, então, que o CPC de 1973 passou a consagrar paulatinamente a possibilidade de mitigação da coisa julgada a partir da decisão de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, a introdução da matéria no antigo *código* causou certa insegurança quanto ao seu alcance, já que os dispositivos eram extremamente amplos e não resolviam algumas questões cruciais.

Um dos problemas não previstos pelo tratamento lacônico da matéria dizia respeito à ausência de diferenciação entre decisões transitadas em julgado antes ou depois da declaração de inconstitucionalidade. Os dispositivos se limitavam a dizer que eram inexigíveis os títulos judiciais baseados em lei

declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, porém não deixavam claro se a inexigibilidade se aplicava apenas às decisões transitadas em julgado ou se também se aplicavam às não transitadas em julgado.

Entretanto, parcela da doutrina já apontava, naquela época, que a interpretação mais adequada para o dispositivo seria que a inexigibilidade do título judicial apenas se aplicava para situações ainda não transitadas em julgado quando da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, Nelson Nery Júnior e Rosa Nery:

“§ 1.º: 35. Inconstitucionalidade material do CPC 475-L § 1.º: [...] Decisão *posterior*, ainda que do STF, não poderá atingir a coisa julgada que já havia se formado e dado origem àquele título executivo judicial. A decisão do STF que declara inconstitucional lei ou ato normativo tem eficácia retroativa *ex tunc*, para atingir situações que estejam se desenvolvendo com fundamento nessa lei. Essa retroatividade tem como limite a *coisa julgada*. Não pode alcançar, portanto, as relações jurídicas firmes, sobre as quais pesa a *auctoritas rei iudicatae*, manifestação do Estado Democrático de Direito (do ponto de vista político-social-coletivo) e garantia constitucional fundamental (do ponto de vista do direito individual, coletivo ou difuso).”⁷⁷

Contudo, não foi a interpretação que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal. É que o artigo 741, parágrafo único, foi objeto de análise da ADI n° 2418, proposta pela Ordem do Advogados do Brasil, que buscou, entre outras questões, questionar sua constitucionalidade. No julgamento, o Ministro relator Teori Zavascki declarou a constitucionalidade do dispositivo, entendendo que o mesmo também se aplicaria às decisões já transitadas em julgada, sendo necessário, nesse caso, o ajuizamento de ação rescisória.

E mais, entendeu o relator, acompanhado pela maioria dos ministros que, caso a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo fosse anterior ao trânsito em julgado da decisão, o dispositivo autorizava uma hipótese de rescisão da coisa julgada pela mera exceção em embargos à execução ou impugnação ao cumprimento de sentença, sem a necessidade de ajuizamento de ação rescisória⁷⁸.

⁷⁷NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 773, itens n. 35.

⁷⁸Conforme consta do voto do Ministro Teori Zavascki no julgamento da ADI n° 2418: “[...] 8. Tanto o parágrafo único do art. 741 do CPC/73, quanto o § 1.º do seu art. 475-L, com redação semelhante, vieram agregar às hipóteses de rescisão dos julgados, até então

Por outro lado, os dispositivos também não deixavam claro se a decisão declaratória de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal afim de tornar o título judicial inexigível deveria ser em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade. Novamente a questão foi resolvida no julgamento da ADI nº 2418, na qual o Ministro Relator Teori Zavascki defendeu que a modalidade de controle utilizada para declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo é indiferente para inexigibilidade do título judicial tratado nos artigos 741 e 475-L⁷⁹.

Por fim, é necessário consignar que o julgamento da ADI nº 2418 ocorreu em 04 de maio de 2015, período próximo da entrada em vigor do CPC de 2015. Sendo assim, o Ministro Relator Teori Zavascki declarou expressamente em seu voto que o juízo de constitucionalidade realizado no julgamento da ADI nº 2418 se aplicava às regras do CPC 2015 que reproduziram o disposto no artigo 741, parágrafo único do CPC de 1973, excluindo-se, entretanto, as novidades legislativas. Conforme constou do voto:

“[...] O que se questiona, na presente ação, são os dispositivos Código de 1973. Todavia, dada a similitude de tratamento jurídico dispensado à matéria pelo Código atual (exceto no que se refere aos parágrafos 13 e 15 do art. 525, que aqui não estão em questão, já que tratam de matéria normativa inédita) as referências aos textos normativos questionados podem ser reproduzidas em relação aos correspondentes dispositivos do CPC de 2015, o mesmo podendo-se

elencadas no art. 485 do CPC/73 e veiculáveis por ação rescisória, um novo mecanismo de oposição a sentenças com trânsito em julgado, cujo fundamento é um peculiar vício de inconstitucionalidade da sentença exequenda, consistente na sua contrariedade a decisão do STF em controle de constitucionalidade, vício esse cuja invocação pode se dar, conforme o caso, por ação autônoma de embargos à execução (art. 741, parágrafo único) ou por impugnação ao cumprimento da sentença (art. 475-L, § 1º). Em qualquer das hipóteses, as consequências são semelhantes: tanto a procedência da ação rescisória, como a procedência dos embargos à execução ou do incidente de impugnação inibem a prática dos atos executivos da sentença atacada e impõem a extinção do processo de execução.[...] Assim, alargou-se o campo de rescindibilidade das sentenças, para estabelecer que, sendo elas, além de inconstitucionais, também contrárias a precedente da Corte Suprema, ficam sujeitas à rescisão por via de impugnação ou de embargos à execução.”

⁷⁹Conforme consta do voto do Ministro Teori Zavascki no julgamento da ADI nº 2418: “[...] A distinção restritiva, entre precedentes em controle incidental e em controle concentrado, não é compatível com a evidente intenção do legislador, já referida, de valorizar a autoridade dos precedentes emanados do órgão judiciário guardião da Constituição, que não pode ser hierarquizada simplesmente em função do procedimento em que a decisão foi tomada. Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF tanto em ação direta quanto nas proferidas em via recursal, estas também com natural vocação expansiva, conforme reconheceu o STF no julgamento da Reclamação 4.335, Min. Gilmar Mendes, Dje 22.10.14, a evidenciar que está ganhando autoridade”

afirmar em relação aos fundamentos para justificar a sua validade ou invalidade.⁸⁰

4.2 AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em linhas gerais, o novo Código de Processo Civil optou por manter o mesmo regramento quanto aos impactos da declaração de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada. Porém, o fez de maneira mais detalhada. Entretanto, antes de se adentrar propriamente nas disposições do novo Código, necessária breve observação quanto a uma mudança ocorrida no regime executório em face da Fazenda Pública.

No antigo Código de Processo Civil de 1973, para o recebimento de qualquer valor em face da fazenda pública, fosse o título judicial ou extrajudicial, era necessário o ajuizamento de uma ação autônoma de execução. Nesse caso, a execução era processada em autos apartados e a Fazenda deveria ser citada, podendo se opor por meio dos Embargos à Execução.

Entretanto, o novo Código de Processo Civil alterou esse regramento, estipulando expressamente que quando a pretensão executória se fundar em título judicial, aplica-se à Fazenda Pública o mesmo regime aplicado aos particulares, ou seja, o regime do cumprimento de sentença. Nesse caso, o que se sucede é apenas uma fase processual, não havendo mais a necessidade de uma execução autônoma. Assim, basta que o exequente requisite, por meio de petição nos próprios autos do processo de conhecimento, o cumprimento de sentença para que a Fazenda Pública seja intimada (e não mais citada) para o pagamento da quantia. Nesse caso, pode a Fazenda Pública se opor ao provimento por meio de impugnação ao cumprimento de sentença⁸¹.

⁸⁰ADI 2418/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 4.5.2016.

⁸¹Conforme o caput dos artigos 534 e 535 do NCPC:

Art. 534. No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo: [...]

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: [...]

Após o registro dessa mudança, pertinente a análise das inovações trazidas pelo novo Código quanto à coisa julgada inconstitucional. De início, nota-se que a questão foi regulamentada no artigo 525, que em linhas gerais tem redação repetida no artigo 535 (que trata do Cumprimento em face da Fazenda Pública). Dispõem o artigo 525 do Novo Código:

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no [art. 523](#) sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

§ 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Conforme se verifica, o novo Código manteve a possibilidade de relativização da coisa julgada em face da decisão superveniente de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal; porém procurou sanar as dúvidas que pairavam na antiga codificação, sem prejuízo do surgimento de outros questionamentos.

Em primeiro lugar, o dispositivo legal deixa claro que tanto a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado, como em sede de controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, estão aptas a tornar o título executivo judicial inexigível.

Além disso, o artigo em questão sanou a antiga dúvida quanto à questão do trânsito em julgado da decisão. É possível concluir, pela leitura do § 14 do

artigo 525, que o título se torna inexigível de imediato apenas se a decisão do Supremo Tribunal Federal quanto a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo for anterior ao trânsito em julgado da decisão que se pretende executar. Nesse caso, será possível que a parte se oponha por meio de cumprimento de sentença, alegando inexigibilidade do título executivo judicial, com base no artigo 525, § 12 do Código de Processo Civil vigente.

Entretanto, apesar de o dispositivo deixar clara a impossibilidade de tornar automaticamente inexigível decisão ainda não transitada em julgado, o § 15 do artigo estipula a possibilidade, nessa hipótese, do ajuizamento de ação rescisória para desconstituição do julgado, questão que será objeto de discussão nos próximos subtópicos deste trabalho. De qualquer forma, pela literalidade do dispositivo, a parte que desejar desconstituir o julgado por meio de ação rescisória terá o prazo de 2 anos, contados do trânsito em julgado da decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

Ocorre, todavia, que a simplicidade na redação do dispositivo e o comando direto por ele trazido “marcaram”possibilita interpretação que pode culminar em violenta restrição à autoridade da coisa julgada, além de alterar profundamente o modelo de controle difuso de constitucionalidade, razão pela qual sua compatibilidade com o texto constitucional merece análise detida.

4.3 DA POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE NA INTERPRETAÇÃO LITERAL DOS ARTIGOS 525, § 15 E 535, § 8º DO NCPC

4.3.1 da confusão entre texto e norma

Conforme se observa, o § 15 do artigo 525 e o § 8º do artigo 535 do novo Código de Processo Civil alargam, de maneira inegável, a possibilidade de desconstituição da coisa julgada no direito brasileiro. A redação dos dispositivos estabelece uma nova hipótese atípica de rescisão do julgado, que terá seu prazo contado a partir da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Isso significa que, sobrevindo qualquer declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, seja na modalidade concentrada ou difusa, dar-se-á a fluência de um prazo atípico de 2 anos para a propositura de ação

rescisória de julgado que foi baseado na lei ou ato normativo declarado inconstitucional. Veja-se que os dispositivos, em princípio, não estabelecem qualquer restrição de ordem temporal para a rescisão.

Sendo assim, em última análise, é possível, por meio de uma interpretação literal e apressada dos dispositivos, que um caso decidido e transitado em julgado há mais de duas décadas seja rescindido com fundamento em declaração *a posteriori* de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Não é preciso maiores reflexões para concluir a instabilidade a qual a coisa julgada fica sujeita por esta leitura do comando legal. A pergunta que resta, entretanto, é se tamanha restrição se justificaria por algum outro valor constitucional.

Pois bem. De acordo com parcela da doutrina, a restrição à coisa julgada, nesse caso, estaria justificada pelo princípio da supremacia da Constituição, na medida em que a lei inconstitucional é eivada de nulidade absoluta e não poderia prevalecer sobre o texto constitucional. Essa é a posição, por exemplo, de Humberto Theodoro Júnior, para o qual:

“Nada obstante, sempre que se fala em decisão judicial, à míngua de literatura a respeito, tem-se a falsa impressão de que o seu controle de constitucionalidade, no direito brasileiro, é possível apenas enquanto não operada a coisa julgada, através do último recurso cabível que é o extraordinário previsto no art. 102, III, da CF. Após verificada esta última, a imutabilidade que lhe é característica impediria o seu ataque ao fundamento autônomo de sua inconstitucionalidade. Corresponde aludida ideia ao modelo de Supremacia da Constituição buscado no moderno Estado de Direito?”

Pensamos que não. A coisa julgada não pode suplantar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria Constituição.
”⁸²

Entretanto, a posição adotada não parece convencer, tendo em vista que confunde um problema que concerne à teoria do direito: a diferença entre texto e norma. Ao sustentar que “*a coisa julgada não pode suplantar a lei, em tema de inconstitucionalidade*”, Humberto Theodoro Júnior parte do

⁸²FARIA, Juliana Cordeiro de; JÚNIOR, Humberto Theodoro. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/179594103/Humberto-Theodoro-Juliana-Cordeiro-Relativizacao-Coisa-Julgada>>. Acesso em 01 de setembro de 2017.

pressuposto que existe apenas um significado válido para o texto legal, que é aquele realizado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade. Dessa forma, independente do momento em que esse juízo de constitucionalidade for realizado, ele é apto a suplantar qualquer decisão que o contrarie, inclusive aquelas já transitadas em julgado.

Lembre-se, todavia, que, conforme leciona Luiz Guilherme Marinoni, a teoria formalista da interpretação, segundo a qual a função do juiz se resumiria a interpretar o significado do texto legal, investigando seu “real” sentido, foi a muito tempo superada no campo hermenêutico. Conforme explica o autor:

“Segundo a teoria formalista, a interpretação, enquanto atividade, tem natureza cognitiva. O juiz, ao interpretar, investigaria o significado do texto legal e então o descreveria. Haveria interpretação para afirmar o que está implicitamente gravado no texto. Esse tipo de interpretação tem ao seu lado as ideias de completude e coerência do direito. Portanto, o juiz não atua com qualquer discricionariedade. Ao decidir, sempre está preso a uma norma preexistente. De modo que a interpretação, enquanto produto, é um mero enunciado descritivo, sujeito ao teste da verdade e falsidade; há apenas uma interpretação correta. [...] sucede que não mais se aceita, no plano da teoria do direito, a ideia de que há um significado unívoco intrínseco ao texto legal.”⁸³

É que, conforme lembra o doutrinador, a norma não está pronta e acabada no texto legal, mas é resultado da atividade interpretativa do julgador, que valora o texto com base em inúmeros fatores. Só após esse exercício valorativo é que existe norma propriamente dita. Nas palavras do autor:

“A lei não detém a norma; essa é reconstruída pelo juiz a partir do texto, de elementos extratextuais da ordem jurídica e por meio de diretivas interpretativas e valorações.[...] A percepção da inexistência de correspondência biunívoca entre disposição e interpretação leva, como consequência lógica, ao abandono dos mitos do “sentido exato da lei” e da garantia da unidade do direito objetivo e faz ver que a função da Corte Suprema somente pode ser a de definir o sentido do direito para garantir a igualdade perante o direito.”⁸⁴

⁸³MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos**. Revista de Processo. vol. 251. ano 41.. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016, p. 279.

⁸⁴MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos**. Revista de Processo. vol. 251. ano 41.. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016, p. 279.

Assim, conclui-se, na esteira das explicações de Marinoni, que a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal dá sentido ao texto no momento de sua apreciação, declarando-o inconstitucional. A partir desse momento é que se pode afirmar que a norma é efetivamente inconstitucional, uma vez que ela depende de valoração interpretativa para que tal sentido seja adotado.

A essa altura questiona-se: como é possível impor a desconstituição de um julgado com base em uma norma (juízo de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo) que foi constituída a *posteriori*? Parece, nesse sentido, que ao possibilitar a relativização da coisa julgada em face da declaração de inconstitucionalidade superveniente pelo Supremo, o novo Código de Processo Civil aponta para velha e supera teoria formalista da interpretação, segundo a qual existe apenas um sentido pronto e acabado para o texto legal.

Atente-se que essa premissa é desmentida, inclusive, pelas técnicas da “interpretação conforme” e da “declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto”, ambas presentes no cotidiano da jurisdição constitucional brasileira.

Em última análise, o que os dispositivos legais possibilitam, pela literalidade, é o retorno à antiga visão de que juiz deve atuar como a *vontade concreta da lei*, teoria há muito superada no campo do processo.

É verdade que no Brasil a doutrina majoritária adota a teoria da nulidade absoluta do ato normativo inconstitucional, conforme já foi visto em tópico anterior. Entretanto, também constatamos que tal teoria tem sofrido mitigações, flexibilizando-se em face de outros valores constitucionais a serem tutelados. Conforme Luís Roberto Barroso:

“Como visto, prevalece no Brasil, em sede doutrinária e jurisprudencial, com chancela do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que lei inconstitucional é nula de pleno direito e que a decisão de inconstitucionalidade tem eficácia retroativa, restando inválidos todos os atos praticados com base na lei impugnada. [...] A vida, contudo, na aguda observação de Clèmerson Merlin Clève, é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias. Foi inevitável, assim, que em algumas hipóteses excepcionais se admitisse o temperamento da regra geral, suprimindo ou atenuando o caráter

retroativo do pronunciamento de inconstitucionalidade, em nome de valores como boa-fé, justiça e segurança jurídica⁸⁵

Assim, ao que parece, a coisa julgada, expressão máxima da segurança jurídica no campo do processo, é um desses valores que torna necessária a flexibilização da teoria da nulidade absoluta da lei ou ato normativo inconstitucional, o que, necessariamente, deve ser levado em consideração no momento de interpretar as novas disposições do Código de Processo Civil vigente.

As críticas aqui tecidas, por outro lado, não significam que as decisões do Supremo Tribunal Federal não devam ser respeitadas ou não possuam qualquer valor. Pelo contrário; o ordenamento pátrio tem caminhado cada vez mais no sentido de constituir um sistema que prestigia as decisões da corte, vide a valorização dos precedentes no Novo Código de Processo Civil.

Entretanto, o que não parece adequado é que juízos sobre a constitucionalidade realizados a *posteriori* pelo Supremo Tribunal Federal simplesmente desconsiderem por completo a coisa julgada, de maneira indistinta e sem qualquer limite temporal, afrontando diversos outros princípios e valores constitucionais, conforme será reprisado mais adiante.

4.3.2 da falsa colisão entre a supremacia da constituição e a coisa julgada

Conforme tratado brevemente no subtópico 1.3 deste trabalho, a coisa julgada integra o “núcleo duro” do direito fundamental à segurança jurídica⁸⁶. Como expressão do corolário da segurança jurídica, a coisa julgada goza de especial proteção do ordenamento jurídico pátrio, recaindo sobre ela toda tutela aplicada aos direitos fundamentais.

Dentre outros aspectos, em se tratando do direito fundamental à segurança jurídica, deve-se observar o regime da aplicabilidade imediata, o

⁸⁵BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 16.

⁸⁶MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil - Volume II**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 622.

que gera um dever por parte dos órgãos estatais em promover tal direito, atribuindo-lhe máxima efetividade e eficácia possível.

Ainda, pelo regime dos direitos fundamentais, recai sobre a coisa julgada, expressão máxima da segurança jurídica no campo do processo, a proibição do retrocesso, que, conforme visto, funciona como uma espécie de cláusula geral que proíbe o arrependimento do legislador em matéria de direitos fundamentais, coibindo-o de suprimir tais direitos outrora garantidos, ao ponto de restringir o seu núcleo essencial⁸⁷.

Entretanto, a redação falha e incompleta dos artigos 525, § 15 e 535, § 8º do novo Código de Processo Civil parece apontar na contramão de tal regime, na medida em que abre margem para uma interpretação literal e descontextualizada da matéria, afetando sensivelmente o princípio da segurança jurídica. Nota-se que, em última análise, uma leitura descuidada dos dispositivos submete as decisões judiciais a um quadro de absoluta incerteza, restringindo e limitando fortemente a intangibilidade da coisa julgada, que certamente integra o núcleo duro da segurança jurídica no campo processual.

É verdade, por outro lado, que direitos fundamentais não são absolutos e comportam mitigações. Não há dúvidas na doutrina quanto a possibilidade de sua relativização, o que impõe uma interpretação que possibilite uma convivência simultânea entre todos os direitos fundamentais e os valores encampados pelo texto constitucional, muitos dos quais contraditórios quando analisados concretamente. Conforme Clèmerson Merlin Clève:

“Os direitos fundamentais, enquanto direitos humanos positivados em uma determinada Constituição, são polimórficos, dotados de conteúdos nucleares prechos e de abertura e variação, apenas revelados no caso concreto e nas interações entre si ou quando relacionados com outros valores plasmados no texto constitucional. É que as normas de direito fundamental são dotadas de considerável grau de abertura e dinamicidade ao se apresentarem para sua concretização social. Resulta então que, em determinadas situações, os direitos fundamentais entram em colisão entre si ou chocam-se com outros bens protegidos constitucionalmente.”⁸⁸

⁸⁷SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 3, n. 11, out. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31256>>. Acesso em: 04 de setembro 2017.

⁸⁸CLÈVE, Clemerson Merlin. **Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais**. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdade do Brasil, Curitiba, Agosto de 2002. Disponível em:

Entretanto, a prevalência de um direito fundamental sobre outro (ou sobre outro valor constitucional) só pode ocorrer concretamente após um exercício hermenêutico em que se definirá, por meio do princípio da *proporcionalidade*⁸⁹, qual direito deve prevalecer e em que medida⁹⁰. De acordo com Clemerson Merlin Clève:

“Exige o princípio da proporcionalidade, nas hipóteses de restrição legislativa que, no âmbito dos direitos e garantias, qualquer limitação feita por lei ou com base na lei seja adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida).”⁹¹

Pois bem. Conforme visto, parcela da doutrina entende como válida a restrição à coisa julgada no caso em análise, sob o argumento de que a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos retroativos, e o ato normativo declarado inconstitucional deixa de integrar o ordenamento desde a sua origem⁹². Por consequência lógica, entendem estes autores que as decisões transitadas em julgado que tiveram por base lei que “jamais existiu” (inconstitucional) são passíveis de rescisão.

Em verdade, a discussão que está no plano de fundo desse problema diz respeito à uma falsa colisão entre a princípio da supremacia da Constituição e da segurança jurídica. Entendem esses autores que impossibilitar a rescisão

<<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/viewFile/378/358>>.

Acesso em 04 de setembro de 2017.

⁸⁹ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Gárzon Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 161.

⁹⁰CLÈVE, Clemerson Merlin. **Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais**. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdade do Brasil, Curitiba, Agosto de 2002. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/viewFile/378/358>>.

Acesso em 04 de setembro de 2017.

⁹¹CLÈVE, Clemerson Merlin. **Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais**. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdade do Brasil, Curitiba, Agosto de 2002. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/viewFile/378/358>>.

Acesso em 04 de setembro de 2017.

⁹²Essa é também a posição de Tereza Arruda Alvim e José Miguel Medina, quando asseveram que: “Declarada inconstitucional a norma jurídica e tendo a decisão efeito *extunc*, pensamos dever-se considerar como se a lei nunca tivesse existido. Na verdade, o ordenamento jurídico positivo só ‘aceita’ normas compatíveis com a Constituição Federal. Só se em momento posterior à entrada em vigor da lei é que havia incompatibilidade entre esta e a Constituição Federal, a decisão que a reconhece declara que a lei rigorosamente nunca integrou o sistema normativo positivado, a não ser *aparentemente* (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada – Hipótese de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 47).

de julgado que foi baseado em lei, posteriormente declarada inconstitucional, é o mesmo que permitir que a lei inconstitucional produza efeitos, ainda que contrariando o texto constitucional. Isso, na visão dos autores, seria o mesmo que negar a supremacia da constituição, enfraquecendo sua força normativa.

Ocorre, todavia, que não há afronta ao princípio da supremacia da Constituição nesse caso, sendo a colisão aventada um falso problema. Em primeiro lugar, oportuno retomar as breves observações feitas com relação à diferença entre texto e norma: a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal não significa a conclusão de uma tarefa messiânica pela “real busca do significado da lei”.

Ora, conforme já enunciado, a mais recente e refinada doutrina não mais aceita a hermenêutica jurídica como resultado de uma busca pela descrição exata (e única possível) do dispositivo legal, de modo que todas as demais são absolutamente inválidas. É que, em realidade, o texto legal por si só não possui um sentido pronto e acabado, mas depende invariavelmente de um processo interpretativo e construtivo do julgador que, ao final, irá delimitar o conteúdo do dispositivo, criando assim a norma jurídica para o caso concreto. De acordo com Carmen Lígia Nery:

“Se interpretar é compreender e se é pela compreensão que se produz o sentido das coisas, a interpretação não pode mais ser tida como (como sói se fazer no direito) ato de reprodução do sentido (*Auslegung*) que deva ser feita a partir de um método. Ao contrário, a interpretação é a produção do sentido (*Sinngebung*). Por esta razão dizemos que as coisas restam interpretadas quando se consegue nomeá-las como coisa. *O sentido se dá na síntese hermenêutica da coisa mesma (die Sache Selbst)[...]* essa constatação nos faz abandonar por completo a ideia de que seria possível buscar um significado-primordial-fundante na lei.”⁹³

É claro que a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade ou não da lei é vinculante; não há dúvidas quanto a isso. Entretanto, isso não significa que a declaração de inconstitucionalidade representa o único e real sentido, que sempre esteve incrustado no texto legal. A declaração pelo Supremo possui como função a unificação da interpretação, visando garantir a igualdade entre os jurisdicionados, e não a

⁹³ NERY, Carmen Lígia. **Decisão Judicial e Discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 111-112.

busca pelo “real sentido da lei”. Sobre o tema, Celso Lafer, em prefácio escrito para obra de Tércio Sampaio:

“Não existe um critério unívoco da boa e correta interpretação, assim como não existe um critério unívoco da boa e correta tradução [...] No caso do Direito, a uniformização do sentido do jurídico, pela interpretação, tem a ver com o poder da violência simbólica, que, se apoiando na autoridade, na liderança e na reputação, privilegia um enfoque, entre muitos enfoques possíveis, que passa a ser o uso competentemente consagrado de uma escolha socialmente prevalecente.”⁹⁴

É preciso lembrar, ainda, que a interpretação do jurista não é a-histórica. Ela está contida em um período específico e é produto da reunião de uma série de valores do próprio intérprete e da sociedade. Negar isso é o mesmo que retroceder à antiga e ultrapassada noção de juiz *bouche de la loi* do estado liberal. Sobre a temporalidade, pertinentes as observações de Carmen Lígia Nery:

“Não é difícil perceber as implacáveis alterações que a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica provocam no direito. Se o interpretar é agora um ato de existir, reconhecer o sentido do ser desse ente chamado ‘lei’ não pode ser apenas exegético. Demais disso, o sentido do ser do ente ‘direito’ não pode ser estático e atemporal, expresso na subjetividade, como queria fazer a metafísica. Ao contrário, o sentido do ser do direito só pode ser expresso pela temporalidade e, por conseguinte, na certeza de sua finitude.”⁹⁵

Aliás, recentes decisões do Supremo Tribunal Federal apontam justamente para uma separação entre texto e norma e demonstram claramente que a interpretação do direito é temporal e condicionada a uma série de fatores, como valores da sociedade. Vide, à título de exemplo, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, ocorrido em 05 de maio de 2011⁹⁶.

Em síntese, a ADI 4277 foi ajuizada pela Procuradoria Geral da República buscando a declaração de reconhecimento da união entre pessoas

⁹⁴In Tércio Sampaio Ferraz Junior. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010, prefácio, XVIII.

⁹⁵NERY, Carmen Lígia. **Decisão Judicial e Discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 111-112.

⁹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Processo 4277 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Relator: Ministro Ayres Britto – Julgado em 05.05.2011 - DJE DATA: 13.05.2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 05 de setembro de 2017.

do mesmo sexo como entidades familiares. A questão surgiu por conta da redação do artigo 1.723 do Código Civil de 2002, que dispõem expressamente que “*é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o **homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*” (grifado).

Por conta deste dispositivo, casais homossexuais restavam impossibilitados no exercício de diversos direitos e sua situação configurava verdadeiro limbo jurídico, tendo em vista que os cartórios de foro extrajudicial e Tribunais pátrios não aceitavam a constituição de união estável nesses casos.

A situação, todavia, se alterou com o julgamento da ADI 4277, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, de forma unânime, reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares. Entretanto, ao invés de declarar a inconstitucionalidade do referido dispositivo, tendo em vista a expressa menção apenas às uniões entre “homens e mulheres”, a Corte realizou uma interpretação do dispositivo ‘conforme a constituição’, declarando que a união entre pessoas do mesmo sexo estava abrangida no dispositivo e também é reconhecida como entidade familiar, gozando, assim, dos mesmo direitos e deveres que qualquer outra.

Como se pode ver, o julgamento em questão deixa mais do que claro que o sentido da norma não está pronto e acabado no texto legal. A norma, esta sim, surge a partir de um exercício hermenêutico que envolve uma série de outros fatores, como os valores constitucionais e sociais.

Aliás, o caso narrado é exemplo claro de que o julgamento é produto da temporalidade, inserto em contexto social. Ora, o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares só foi possível por uma mudança social ocorrida no conceito de família, tendo em vista que a realidade latente já não mais comportava a antiga concepção excludente da família “clássica”; tal concepção simplesmente não se amoldava mais aos novos arranjos familiares pujantes na realidade concreta.

Note-se que o conceito ampliativo de entidades familiares nunca esteve “contido” de maneira originária no próprio texto do artigo 1.723 do Código Civil. Pelo contrário, tal concepção só foi possível por conta de uma mudança social no entendimento sobre o conceito de família. Não há dúvidas, nesse sentido,

que a construção da norma jurídica não é equivalente à busca por um sentido “originário” do texto, o que, diga-se, sequer existe.

Sob esta concepção, é possível perceber que as disposições do novo Código de Processo Civil favorecem, ao serem interpretadas de forma literal, verdadeira atrocidade do ponto de vista hermenêutico ao permitirem, por exemplo, que uma declaração sobre a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo autorizem a rescisão de coisa julgada operada a mais de 20 anos (lembre-se que, em princípio, o NCPC não estipula limite para a abertura do prazo da rescisória nesse caso, que começa a contar a partir da declaração pelo STF).

Isso, em outras palavras, é o mesmo que impor norma criada sob um contexto e de acordo com valores vigentes à situações pretéritas, nas quais os contextos e valores podem ser absolutamente outros. É como se os juízes e tribunais tivessem a obrigação de antever as mudanças sociais, proferindo decisões “à frente de seu tempo” e antecipando a posição do Supremo quanto ao tema, o que obviamente não parece adequado.

Não se pode exigir que julgador anteveja a decisão sobre a constitucionalidade da lei ou ato normativo em um contexto diverso do qual está inserido. Sua obrigação, naturalmente, é averiguar a constitucionalidade daquela lei ou ato no momento em que resolve a lide. Nesse contexto sim é possível a rescisão de julgado que não observou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, porém não com base em declaração superveniente de inconstitucionalidade, mas sim com base em inconstitucionalidade vigente já à época do julgamento. É a hipótese de ação rescisória prevista no artigo 966, inciso V do Código de Processo Civil vigente.

Em outras palavras: só é possível a rescisão de julgado se já existia, à época do julgamento, norma pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. Dessa forma entende Luiz Guilherme Marinoni:

“Note-se que, quando se *nega* decisão proferida em ação direta, precedente ou ainda Súmula do STF, é possível falar em ‘*violação de norma*’, o que certamente não ocorre quando é realizado um *juízo*

sobre a questão de constitucionalidade e, após o encerramento do processo, o STF fixa norma em sentido contrário.”⁹⁷

Todo o exposto acima serve para demonstrar que, em verdade, a manutenção da coisa julgada em face da superveniente declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal não significa uma afronta ao princípio da supremacia da Constituição ou uma negativa à sua força normativa. Longe disso: a manutenção da coisa julgada nesse caso é tão somente o reconhecimento sobre a legitimidade de um juízo válido realizado sobre a constitucionalidade daquela lei em um período anterior à declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, o que será aprofundado em outro tópico. Isso não significa, conforme nos elucida Galvão Teles, citado por Luiz Guilherme Marinoni, a atribuição de efeitos a uma lei inconstitucional:

“Lembre-se que, conforme bem adverte Galvão Teles, respeitar a coisa julgada não significa reconhecer efeitos a uma lei inconstitucional, mas reconhecer efeitos a um *juízo* precedente sobre a inconstitucionalidade, diferente do juízo posteriormente feito na decisão de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional.”⁹⁸

Dessa forma, em última análise, não existe propriamente uma colisão entre os princípios da supremacia da Constituição e a segurança jurídica, pelo simples fato de que a intangibilidade da coisa julgada nesse caso não representa qualquer afronta ao texto constitucional, tendo em vista que a interpretação da norma como inconstitucional é posterior.

Dito isto, verifica-se que não há o preenchimento dos requisitos da *proporcionalidade* necessários para determinar que a declaração de inconstitucionalidade superveniente - que supostamente estaria privilegiando o princípio da supremacia da constituição - deva prevalecer sobre a coisa julgada, que sem sombra de dúvidas é corolário da segurança jurídica no processo.

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos.** Revista de Processo. vol. 251. ano 41.. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016, p. 301

⁹⁸ TELES, Miguel Galvão. Inconstitucionalidade pretérita... cit., Nos dez anos da Constituição. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1987. p. 329 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos.** Revista de Processo. vol. 251. ano 41.. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016, p. 290.

Isso por que, nesse caso, não há adequação entre a medida adotada e o princípio que se busca proteger. Conforme já dito, a rescisão de julgado com base em posterior declaração de inconstitucionalidade em nada colabora para o reforço do princípio da supremacia da Constituição, pelo simples fato de que não há qualquer violação a esse princípio nesse caso.

A mesma lógica se aplica ao critério da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ora, se não há violação ao princípio da supremacia da constituição, então a medida se faz absolutamente desnecessária e desproporcional, uma vez que não atende ao fim a que se propõem.

Por todo o exposto, o que se conclui é que não há justificativas plausíveis para realização de interpretação literal e descontextualizada dos artigos 525, § 15 e 535, § 8º do novo Código de Processo Civil, que permitem a rescisão indistinta de julgados com base em declaração posterior do Supremo Tribunal Federal, sobretudo por que tal posição resulta em violenta redução da coisa julgada e da segurança jurídica, valores constitucionalmente garantidos. É necessário, nesse sentido, a adoção, ao menos, de interpretação conforme a constituição dos referidos dispositivos, afim de que a regra trazida pela novel codificação possa se alinhar aos demais princípios e valores constitucionais, em especial ao da segurança jurídica.

4.3.3 da revogação parcial à coisa julgada e afronta ao princípio da segurança jurídica

Conforme visto no início deste trabalho, a coisa julgada, nas lições de Marinoni, é condição indispensável para própria existência do discurso jurídico⁹⁹. Sem a coisa julgada, as discussões jamais se estabilizariam e o exercício da jurisdição (que no Estado Constitucional está voltada para efetividade do direito declarado) restaria impossibilitado. Assim, verifica-se na

⁹⁹Conforme Luiz Guilherme Marinoni, “[...] o recrudescimento da decisão judicial, ápice do discurso jurídico, é imprescindível para que o próprio discurso tenha razão de ser, e, assim, realmente exista enquanto discurso jurídico. A coisa julgada, portanto, não é uma regra preocupada com o conteúdo do discurso, mas sim uma condição para que o discurso seja um discurso institucional limitado no tempo e, destarte, um discurso jurídico propriamente dito.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Inconstitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 56.)

coisa julgada um corolário do direito fundamental da segurança jurídica no campo do processo. Sobre o tema, Nelson Nery e Rosa Nery:

“A segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do estado democrático de direito (CF 1º, caput). Entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (justo possível), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio estado democrático de direito, fundamento da república brasileira.”¹⁰⁰

Ocorre, todavia, que a interpretação literal e apressada dos artigos 525, § 15 e 535, § 8º do novo Código de Processo Civil acarreta em violenta restrição em matéria de coisa julgada, mitigando parcialmente seu alcance e proteção. É que, em última análise, não há, de forma expressa na novel codificação, um limite temporal para que o julgado seja rescindido com fundamento em declaração posterior de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Antes do novo Código de Processo Civil, transitada em julgado e transcorrido o prazo de dois anos para o ajuizamento de ação rescisória, uma decisão judicial, em geral, não poderia mais ser objeto de discussão, restando, portanto, estabilizada¹⁰¹. Entretanto, a nova legislação, conforme visto, estipula uma hipótese expressa de rescisão atípica do julgado com base em declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, em que – e aqui encontra-se a abertura para uma interpretação inconstitucional– o prazo de dois anos para o ajuizamento da rescisória começa a contar a partir da decisão do Supremo, sem maiores delineamentos quanto aos limites temporais para tal rescisão.

¹⁰⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 545.

¹⁰¹ Não se olvida, também, a hipótese de desconstituição do julgado por meio da *querela nullitatis insanabilis*, tendo em vista irremediável vício de citação, situação em que a sentença é considerada como juridicamente inexistente. De acordo com José Garcia Medina, “em se tratando de sentença juridicamente inexistente (p. Ex., proferida sem a citação do réu, ou quando julga procedente pedido juridicamente impossível), o meio adequado para retirar definitivamente do mundo jurídico as sentenças inexistentes é o da ação declaratória, que, no caso, é imprescritível.” (MEDINA. José Miguel Garcia. Recursos e Ações Autônomas de Impugnação. 2 ed. São Paulo: RT, 2011. P. 269.)

A redação descuidada dos dispositivos sugere, pela literalidade, que toda e qualquer decisão transitada em julgado está sujeita, **por prazo indeterminado**, à possibilidade de ser revista e revertida à qualquer tempo. Isso possibilita, em última análise, que uma decisão já transitada em julgado há mais de vinte anos seja rediscutida, em tese, com base em declaração posterior do Supremo Tribunal Federal. Sobre o risco na interpretação isolada do dispositivo, alertam Eduardo Arruda Alvim, Angélica Arruda Alvim e Ígor Martins da Cunha:

“Há, diante da disposição legal, grande instabilidade, visto que, se interpretada isoladamente, permitirá com que, a qualquer tempo, se advinda decisão do Supremo Tribunal Federal, a decisão judicial transitada em julgado possa ser potencialmente rescindível, desde que observado o prazo de dois anos da decisão de controle de constitucionalidade. Portanto, apesar do dispositivo resolver o problema da coerência sistêmica, não privilegiou propriamente a segurança jurídica das relações jurídicas.

Afinal, qualquer lide poderá ser novamente submetida ao poder judiciário, por meio da ação rescisória, se posteriormente ao trânsito em julgado for proferida decisão pelo Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em que se baseou a decisão de mérito [...] o prazo de dois anos, contado do trânsito em julgado da decisão que versa sobre a constitucionalidade, não é suficiente para afastar qualquer risco de instabilidade jurídica dela decorrente, visto que não há restrição temporal expressa para que seja proferida a mencionada sentença.”¹⁰²

A conclusão a que se chega, pelo exposto, é que os dispositivos escondem, na aparente simplicidade e literalidade de sua redação, uma abertura interpretativa que poderá culminar na revogação parcial à coisa julgada. Ora, já não é mais possível afirmar, com certeza, que transcorridos os dois anos do transito em julgado a decisão restará estabilizada. Com as mudanças operadas, não existe qualquer certeza com relação ao prazo em que a decisão torna-se indiscutível, podendo reverter-se anos após o trânsito em julgado, a depender da interpretação que se dê aos aludidos dispositivos.

Como é sabido, o Supremo Tribunal Federal possui uma agenda extremamente inflada, em grande medida por conta da enorme fatia de competências que absorve. Isso significa que, não raro, apreciação quanto à

¹⁰² ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda; CUNHA, Ígor Martins da. **A coisa julgada material e segurança jurídica: uma breve análise do preceito normativo dos arts. 525 § 15 e 535 § 8º do Código de Processo Civil de 2015**. In: MACEI, Demetrius Nichele e outros. **Segurança Jurídica & Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Instituto da Memória, 2017, p. 29.

constitucionalidade de uma lei ou ato normativo apenas aconteça anos após a sua entrada em vigor (note-se, aliás, que não há qualquer prazo para o ajuizamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade). Nesse interim, todavia, inúmeras relações jurídicas são criadas, extintas e modificadas com base na lei ou ato normativo em vigor por meio de sentenças transitadas em julgado. Ignorar esse fato e possibilitar a rescisão indistinta de tais julgados é o mesmo que atropelar a segurança jurídica, criando um ambiente de absoluta instabilidade social. Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni:

“O cidadão tem uma expectativa legítima na imutabilidade da decisão judicial, sendo absurdo supor que a confiança por ele depositada no ato da resolução judicial do litígio possa ser abalada pela retroatividade da decisão de inconstitucionalidade. Realmente, a admissão da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade igualmente faria com que o princípio da proteção da confiança simplesmente deixasse de existir diante das decisões judiciais, que, assim com as leis, antes de tudo são atos de positivação do poder.
”¹⁰³

É verdade, por outro lado, que a coisa julgada não é absoluta e comporta conformações pelo legislador ordinário (é o que ocorre, por exemplo, nas hipóteses de ação rescisória do artigo 966 do NCPC). Entretanto, isso não significa que o legislador ordinário possui carta branca para esvaziar por completo o instituto através de redação dúbia e imprecisa de dispositivos legais que, em última análise, possibilitam sua revogação parcial.

Aliás, conforme visto, não há sequer outro valor constitucional nesse caso a autorizar tamanha mitigação à coisa julgada (lembre-se que não há que se falar em afronta ao princípio da supremacia da Constituição nesse caso, conforme já tratado no subtópico anterior). Por esta razão, parte da doutrina tem considerado os artigos 525, § 15 e 535, § 8º do novo Código de Processo Civil como inconstitucionais. É o caso da posição defendida por Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, para os quem:

“Essas normas são claramente inconstitucionais, pois, em afronta ao mínimo de segurança jurídica necessário à vida em sociedade, dão ensejo à impugnação da decisão muitos anos após o trânsito em

¹⁰³MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Inconstitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 85.

julgado, sem limitar o cabimento da ação rescisória à afronta de valores constitucionais de extrema relevância.¹⁰⁴

Da mesma forma entende Luiz Guilherme Marinoni:

“[...] tudo isso significa que os juízes e tribunais não devem aplicar o § 15 do art. 525 do CPC/2015, dada a sua inescindível e insuperável inconstitucionalidade.”¹⁰⁵

Outros autores, como é o caso de Rosa Nery e Nelson Nery Júnior, têm proposto uma interpretação conforme a constituição dos referidos dispositivos, para determinar que o prazo de dois anos para o ajuizamento da rescisória apenas passe a contar da decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal caso ainda não tiver transcorrido os dois anos do trânsito em julgado da decisão exequenda. Dessa forma, para esses autores:

“Somente pode ser iniciado o prazo da rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão do STF, se ainda não tiver sido extinta a pretensão rescisória cujo prazo tenha-se iniciado do trânsito em julgado da decisão exequenda. Em outras palavras, o que o texto comentado autoriza é uma espécie de alargamento do prazo da rescisória que está em curso.”¹⁰⁶

Na mesma linha, ao comentarem os dispositivos do novo Código, Eduardo Arruda Alvim, Angélica Arruda Alvim e Ígor Martins da Cunha o consideram de “*constitucionalidade duvidosa*”. Conforme os autores:

“Se consideramos o princípio da segurança jurídica, essencial ao Estado Democrático de Direito, como já visto, o dispositivo traria a ele evidente vulnerabilidade, sendo, portanto, a constitucionalidade duvidosa. Nos termos já mencionados, é essencial que se garanta a estabilidade das relações jurídicas.”¹⁰⁷

¹⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo : Malheiros, 2016, p. 222.

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos**. Revista de Processo. vol. 251. ano 41. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016, p. 298.

¹⁰⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1374.

¹⁰⁷ ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda; CUNHA, Ígor Martins da. **A coisa julgada material e segurança jurídica: uma breve análise do preceito normativo dos arts. 525 § 15 e 535 § 8º do Código de Processo Civil de 2015**. In: MACEI, Demetrius Nichele e outros. **Segurança Jurídica & Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Instituto da Memória, 2017, p. 29.

De qualquer sorte, o que se observa é que, a despeito de algumas vozes isoladas, a doutrina tem apontado para o inegável problema trazido pela redação incompleta e descuidada dos dispositivos em análise, que, apesar de buscar solucionar dúvidas que pairavam sobre a matéria no Código revogado, acabou por criar um cenário de absoluta incerteza quanto à estabilização das decisões judiciais.

4.3.4 da afronta ao modelo difuso de controle de constitucionalidade

Conforme examinado, vigora no Brasil o sistema misto de controle de constitucionalidade. Isso significa que além do modelo concentrado, no qual a lei ou ato normativo é analisado de forma isolada pelo Supremo Tribunal Federal, que emitirá um parecer com eficácia *erga omnes* sobre sua constitucionalidade, tem-se também o modelo difuso, no qual todas as instâncias do Poder Judiciário realizam o controle de forma incidental à resolução de um caso concreto.

Note-se que a harmonia entre os dois modelos de controle é algo indispensável para o bom funcionamento do sistema judiciário pátrio. E mais, o modelo difuso despenha um papel de extrema importância no contexto brasileiro, tendo em vista a cultura de excessiva judicialização dos conflitos na qual estamos inseridos. Não fosse a possibilidade de o magistrado resolver, de forma incidental, sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, seria gigantesca a quantidade de processos “travados” nas filas do judiciário, e o exercício da jurisdição restaria absolutamente impossibilitado.

Por esta razão é que, no Brasil, é dado ao juiz singular o poder de exercer, incidentalmente, o controle de constitucionalidade. Aliás, o mais correto nesse caso é chamar essa prerrogativa de um *dever-poder*¹⁰⁸, na

¹⁰⁸O termo é de Celso Antônio Bandeira de Mello e foi utilizado para explicar as prerrogativas da Administração Pública, porém se aplica perfeitamente ao controle de constitucionalidade difuso. Trecho do autor: “Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como ‘poderes’ ou como ‘poderes-deveres’. Antes se qualificam e melhor se designam como ‘deveres-poderes’, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado ao poder em relação ao dever, sobressaindo, então o aspecto finalístico que as informa, do que

medida em que o magistrado mantém a obrigação de controlar a constitucionalidade das leis, aplicando ou nego-as no caso concreto, ainda que a inconstitucionalidade não tenha sido levantada por nenhuma das partes. Conforme preleciona Luiz Guilherme Marinoni:

“Frisa-se que o juiz brasileiro tem o dever de negar aplicação à lei inconstitucional, ainda que a questão constitucional não tenha sido invocada pela parte. O juiz tem o dever de tratar da questão constitucional de ofício ou sem qualquer requerimento do interessado. Portanto, quando a alegação de inconstitucionalidade não é feita, a aplicação da lei pelo juiz significa admissão da sua constitucionalidade.”¹⁰⁹

Isso significa que ao decidir pela constitucionalidade ou não da lei no caso concreto, o magistrado realiza um juízo legítimo e um dever constitucional de controle das leis e atos normativos. É claro que, caso exista norma prévia do Supremo Tribunal Federal já delimitando a questão constitucional daquele dispositivo (seja em controle difuso ou concentrado), o magistrado tem a obrigação de seguir as orientações da corte. Aliás, caso assim não o faça, caberá o instrumento processual da “reclamação” à corte, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea “I” da Constituição Federal, desde que exauridos os demais meios corretivos do vício¹¹⁰.

O que não se pode conceber, todavia, é que declaração *à posteriori* sobre a constitucionalidade da lei ou ato normativo sirva de justificativa única para rescisão do julgado, sem que haja qualquer limite temporal para tanto. Admitir isso, conclui Marinoni, é o mesmo que enterrar por completo o modelo difuso de controle de constitucionalidade, retirando dos juízes o *dever-poder* de controle das leis e atos normativos no caso concreto. Ao fim e a cabo, autorizar rescisão de julgado com base em decisão posterior do Supremo Tribunal Federal de maneira indistinta é o mesmo que dizer que apenas o controle de constitucionalidade realizado pela corte suprema é válido e possui legitimidade. Novamente Luiz Guilherme Marinoni:

decorrerão suas inerentes limitações” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Melheiros, 2005, p. 57).

¹⁰⁹MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Inconstitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 19.

¹¹⁰MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Inconstitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 22.

“Não fosse isso, se ulterior precedente torna a coisa julgada rescindível, não há decisão, tomada em controle difuso de constitucionalidade por juiz ordinário, que tenha alguma utilidade. Sempre importará a decisão do STF. A decisão proferida em controle difuso, embora possa produzir efeitos desde logo, sempre colocará o jurisdicionado em estado de espera, sujeitando-o a uma decisão mais do que inútil; submetendo-o a uma decisão que, ao invés de resolver o litígio e criar uma confiança legítima, amplifica a litigiosidade latente e potencializa os males e as angústias decorrentes da pendência da ação, deixando perceptível que o processo que se desenvolveu com custos de todos os matizes talvez fosse desnecessário.”¹¹¹

Afinal, qual seria o sentido dos juízes e tribunais realizarem controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo se sua decisão está sujeita à confirmação pelo Supremo Tribunal Federal? A medida torna totalmente instável e inútil o controle difuso, transformando-o, em última análise, em um controle temporário de constitucionalidade, passível de revisão, a qualquer tempo, pelo Supremo Tribunal Federal. Lembre-se, conforme as lições de Marinoni, que não existe hierarquia entre os controles de constitucionalidades:

“No sistema de controle difuso, o juiz tem o dever de realizar interpretação para chegar a um juízo a respeito da constitucionalidade da norma. A decisão do juiz ordinário é tão legítima quanto a decisão do Supremo Tribunal Federal, já que tanto o juiz ordinário em caráter incidental quanto o Supremo Tribunal Federal por via incidental ou via principal têm legitimidade constitucional para tratar da questão de constitucionalidade.”¹¹²

Sendo assim, a conclusão a que se chega é que a interpretação literal dos artigos 525, § 15 e 535, § 8º do novo Código de Processo Civil, que não estabelece qualquer limitação temporal para desconstituição do julgado, em verdade, esvazia o controle difuso de constitucionalidade, aniquilando a prerrogativa constitucional de todas as instâncias do Poder Judiciário de avaliar incidentalmente a constitucionalidade de lei ou ato normativo, razão pela qual não pode ser aceita.

¹¹¹MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos**. Revista de Processo. vol. 251. ano 41.. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016, p. 288.

¹¹²MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Inconstitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 85.

4.3.5 da afronta à eficácia preclusiva da coisa julgada material

Dentre os pontos analisados neste breve trabalho, constata-se que a coisa julgada possui eficácia preclusiva. Isso significa que, nos termos do artigo 508 do Novo Código de Processo Civil, “*transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido*”.

Acontece que a interpretação literal dos artigos 525, § 15 e 535, § 8º do novo Código de Processo Civil ignora por completo o disposto no artigo 508 e relativiza a eficácia preclusiva da coisa julgada. Ora, permitir que a parte se utilize do argumento de inconstitucionalidade declarada *à posteriori* como fundamento para rescindir o julgado, de forma indistinta e sem qualquer limitação temporal, é o mesmo que reanimar a demanda possibilitando a utilização de defesa já acobertada pela eficácia preclusiva da coisa julgada.

É que, como se sabe, qualquer uma das partes pode, no bojo do processo, alegar inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Isso faz parte, conforme já explicado, do modelo difuso de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, alegado ou não a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, a questão estará, no trânsito em julgado do processo, superada e acobertada pela eficácia preclusiva da coisa julgada.

Aliás, o sistema brasileiro possibilita, inclusive, que a parte leve a questão quanto a constitucionalidade da lei ou ato normativo de forma incidental até o Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário, previsto no artigo 102, inciso III da Constituição Federal.

Verifica-se, dessa forma, que as partes dispõem dos instrumentos necessários para discutir a constitucionalidade prejudicial no bojo do processo. Isso significa que, invariavelmente, essa questão resta acobertada pela eficácia preclusiva da coisa julgada.

Por esta razão é que a interpretação literal dos artigos 525, § 15 e 535, § 8º do novo Código de Processo Civil também pode ser vista como inconstitucional, à medida que retira a eficácia preclusiva da coisa julgada e desconsidera o comando contido no artigo 508 da novel codificação.

4.3.6 jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema

Como se vê, as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil em matéria de coisa julgada inconstitucional são delicadas e dividem opiniões na doutrina. No que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal, por outro lado, ainda não existe uma posição sólida quanto as novidades introduzidas pelo novo Código, tendo em vista o pouco tempo em que vigora. Não se ignora ainda que esse pronunciamento pode resultar dificultado sob o argumento que o exame da ofensa à garantia constitucional dar-se-á apenas por meio da legislação federal intermediária, o que não costuma ser aceito.

Todavia, apesar de não haver um pronunciamento oficial da corte quanto aos artigos 525, § 15 e 535, § 8º do novo Código de Processo Civil, é possível analisar alguns de seus julgados recentes a fim de antecipar um possível posicionamento quanto à constitucionalidade dos dispositivos.

Pois bem. O primeiro caso a ser analisado é o julgamento já mencionado nesse trabalho da ADI nº 2418, proposta pela Ordem do Advogados do Brasil, que buscou, entre outras questões, questionar a constitucionalidade e o alcance do artigo 741, parágrafo único do CPC de 1973. Conforme já vimos anteriormente, o ex-Ministro Relator do caso, Teori Zavascki, deixou claro em seu voto a possibilidade da utilização de declaração posterior de inconstitucionalidade como fundamento para rescisão de julgado. Ainda, entendeu o Ministro, acompanhado por seus pares, que, nesse caso, torna-se indispensável o ajuizamento de ação rescisória. Lembre-se, conforme já alertado, que o Ministro Relator deixou claro em seu voto que o julgamento se aplicava ao novo Código de Processo Civil apenas naquilo em que o texto havia sido reproduzido, não se aplicando às novidades legislativas, como é o caso das mudanças trazidas pelos artigos 525, § 15 e 535, § 8º.

De qualquer sorte, o julgamento da ADI, ocorrido em maio de 2015, se limitou a declarar a possibilidade de ajuizamento da rescisória nesse caso, sem, entretanto, delimitar o início da contagem do prazo decadencial de dois anos para seu ajuizamento. Assim, não restou resolvido, pelo julgamento da ADI nº 2418, se o prazo de dois anos para o ajuizamento da rescisória nesse caso se daria a partir do trânsito em julgado da decisão ou a partir da

declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, não se discutiu, nessa ação, a questão da divergência jurisprudencial quando do julgamento da decisão e seu impacto sobre a possibilidade ou não de sua rescisão.

Entretanto, em alguns julgados anteriores do Supremo Tribunal Federal é possível extrair alguns posicionamentos sobre as questões não resolvidas. É o caso do Recurso Extraordinário nº 590.809/RS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, em que se questionava se a mudança jurisprudencial do Supremo quanto uma matéria era fundamento válido para rescindir o julgado.

Em resumo, a ação foi ajuizada pela União com o intuito de rescindir julgado em que foi reconhecido o direito do contribuinte de creditar valor à título de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) em decorrência da aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero. A ação foi julgada procedente pelo Tribunal Regional Federal da 4ª região sob o fundamento de que havia tese do Supremo Tribunal Federal, firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 353.657/PR, que conclui pela inviabilidade do creditamento do IPI nas hipóteses de insumo adquirido não tributado ou sujeito à alíquota zero, considerada a circunstância de implicar ofensa ao alcance constitucional do princípio da não-cumulatividade.

Ocorre, todavia, que o entendimento firmado no Recurso Extraordinário nº 353.657/PR, por parte do Supremo, ocorreu após o trânsito em julgado da decisão que havia reconhecido o direito do contribuinte de creditar o IPI. Por esta razão, a parte prejudicada – Metabel Industria Metalúrgica Ltda – interpôs o Recurso Extraordinário nº 590.809/RS, alegando violação à coisa julgada e segurança jurídica¹¹³.

Por sete votos a dois (divergiram os Ministros Teori Zavascki e Gilmar Mendes), o recurso extraordinário foi provido e houve uma mudança no entendimento da Corte quanto à orientação da Súmula nº 343¹¹⁴, que até o momento não se aplicava aos casos em que se discutia violação de norma constitucional. De maneira inovadora, entendeu o Supremo Tribunal Federal,

¹¹³Conteúdo disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=2960281>. Acesso em 14 de setembro de 2017.

¹¹⁴Súmula 343 do STF: Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

majoritariamente, que se houver divergência jurisprudencial quanto a interpretação da norma constitucional no momento do julgamento, não será possível posterior ajuizamento de ação rescisória com base em declaração de inconstitucionalidade. Consta do voto do Ministro Relator Marco Aurélio:

“A rescisória deve ser reservada a situações excepcionalíssimas, ante a natureza de cláusula pétrea conferida pelo constituinte ao instituto da coisa julgada. Disso decorre a necessária interpretação e aplicação estrita dos casos previstos no artigo 485 do Código de Processo Civil, incluído o constante do inciso V, abordado neste processo. Diante da razão de ser do verbete, não se trata de defender o afastamento da medida instrumental – a rescisória – presente qualquer grau de divergência jurisprudencial, mas de prestigiar a coisa julgada se, quando formada, o teor da solução do litígio dividia a interpretação dos Tribunais pátrios ou, com maior razão, se contava com óptica do próprio Supremo favorável à tese adotada. Assim deve ser, indiferentemente, quanto a ato legal ou constitucional, porque, em ambos, existe distinção ontológica entre texto normativo e norma jurídica.”¹¹⁵

Assim, extrai-se do julgamento do o recurso extraordinário nº 590.809/RS acima exposto que o Supremo Tribunal Federal entendeu por privilegiar a coisa julgada em face de posterior declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, contanto que haja divergência jurisprudencial sobre o tema quando do julgamento da ação sobre a qual se operou a coisa julgada.

Com relação à questão do início da contagem do prazo decadencial para o ajuizamento da rescisória, pode-se extrair um posicionamento da corte no julgamento do Recurso Extraordinário 730.462/SP, de relatoria do ex-ministro Teori Zavascki. Em linhas gerais, a ação foi ajuizada visando discutir a possibilidade de execução de verbas honorárias em demandas que tratavam de FGTS, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164 pelo Supremo Tribunal Federal.

De acordo com o artigo 9º da Medida Provisória 2.164, que alterava o artigo 29-C da lei nº 8.036/1990, *“nas ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais, não haverá condenação em*

¹¹⁵STF, RE 590.809, Plenário, j. 22.10.2014, rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7303880>>. Acesso em 14 de setembro de 2017.

honorários advocatícios”. Entretanto, a referida mudança trazida pela Medida Provisória foi reputada posteriormente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede da ADI n° 2736.

Com base nisso, foi ajuizada a ação em questão buscando a cobrança de honorários advocatícios em uma demanda transitada em julgado que versava sobre FGTS, em que não haviam sido arbitrados honorários, tendo em vista que, à época, vigorava o artigo 9° da Medida Provisória 2.164. Sendo assim, a pretensão era então de que os honorários fossem atribuídos, tendo em vista a posterior declaração de inconstitucionalidade do artigo 9° da Medida Provisória 2.164, questão que foi, então, levada até o Supremo Tribunal Federal por meio do RE 730.462/SP.

Entretanto, entendeu o Supremo Tribunal Federal, de forma unânime, que não seria possível o arbitramento de honorários advocatícios nesse caso, uma vez que a decisão que não procedeu com o arbitramento estava acobertada pela coisa julgada. Afirmou-se, nesse julgado, a mesma tese repetida no julgamento posterior da ADI 2418 – a de que a declaração de inconstitucionalidade superveniente ao trânsito em julgado não rescinde automaticamente a decisão, sendo necessário, nesse caso, o manejo da ação pertinente – a ação rescisória.

O que diferencia esse julgado, entretanto, é o tratamento que deu quanto à questão do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, situação que não foi resolvida no julgamento posterior da ADI 2418. Entendeu o Supremo, no julgamento do RE 730.462/SP, que o ajuizamento de ação rescisória com base em declaração de inconstitucionalidade só pode ocorrer quando observado o prazo decadencial de dois anos disposto no então vigente artigo 495 do CPC de 1973¹¹⁶, **a contar do trânsito em julgado da decisão impugnada**. Veja-se parte do voto do Ministro Teori Zavascki:

“Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da

¹¹⁶Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em dois (2) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495)

[...] no caso, mais de dois anos se passaram entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164-41 (que acrescentou o artigo 29-C na Lei 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, em controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, a significar, portanto, que aquela sentença é insuscetível de rescisão.
„¹¹⁷

Nota-se que não havia nenhum dispositivo expresso no antigo Código de Processo Civil de 1973 especificando se o prazo decadencial de dois anos da rescisória, em tal hipótese, seria contado do trânsito em julgado da decisão ou da declaração de inconstitucionalidade. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, privilegiando a segurança jurídica, entendeu que o prazo conta-se a partir do trânsito em julgado da decisão que se quer rescindir.

Podemos concluir, dessa forma, que apesar de ainda não haver um pronunciamento final do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade dos artigos 525, § 15 e 535, § 8º do novo Código de Processo Civil, é possível extrair algumas posições da Corte que podem antecipar a questão. Da análise dos julgados acima, pode-se concluir que, até o momento, o Supremo Tribunal Federal aceitou o ajuizamento de rescisória com base em declaração superveniente de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sendo necessário, para tanto, a inexistência de controvérsia jurisprudencial prévia sobre a matéria, em consonância à Súmula nº 343.

Por outro lado, julgados do Supremo Tribunal Federal apontam que o prazo decadencial de dois anos para o ajuizamento da ação rescisória, nesse caso, seria contado a partir do trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir, e não da declaração de inconstitucionalidade pela Corte. É claro que esse entendimento se baseia na antiga codificação, na qual não existia regra expressa determinando a contagem do prazo a partir da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, sem limitações temporais expressas para a rescisão, como ocorre no Código de Processo Civil de 2015. Entretanto, é preciso consignar que na antiga codificação, mesmo não havendo regra

¹¹⁷ STF, RE 730.462, Plenário, j. 09.09.2015, rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9343495>>. Acesso em 14 de setembro de 2017.

expressa, o Supremo preferiu a interpretação de que o prazo seria contado a partir do trânsito em julgado, valorizando a coisa julgada.

Isso significa, em outras palavras, que existe possibilidade de que o final dos artigos 525, § 15 e 535, § 8º do novo Código de Processo Civil, que determinam a contagem do prazo decadencial a partir da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, sem qualquer limitação temporal, sejam reputados inconstitucionais pela Corte; ou, quando menos, passem pelo exame e prognóstico de uma interpretação conforme a Constituição, de modo que o referido prazo de dois anos apenas seja reiniciado, caso ainda não tenha sido extinta a pretensão rescisória, conforme posição exposta de Nelson Nery Júnior e Rosa Nery¹¹⁸.

¹¹⁸“Somente pode ser iniciado o prazo da rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão do STF, se ainda não tiver sido extinta a pretensão rescisória cujo prazo tenha-se iniciado do trânsito em julgado da decisão exequenda. Em outras palavras, o que o texto comentado autoriza é uma espécie de alargamento do prazo da rescisória que está em curso.” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1374)

5. CONCLUSÃO

A interpretação literal e descontextualizada dos artigos 525, § 15 e 535, § 8º do Novo Código de Processo Civil representa verdadeira mitigação da coisa julgada e sua intangibilidade. A abertura trazida pelo legislador infraconstitucional com a redação dos referidos dispositivos possibilita margem interpretativa para um quadro de absoluta instabilidade do instituto, afetando sensivelmente o núcleo duro do princípio da segurança jurídica no campo do processo. Uma leitura descuidada das mudanças operadas pela nova codificação processual pode culminar na ausência de estabilidade das decisões judiciais, que ficaram, dessa forma, sujeitas, sem qualquer limitação temporal, a rescisão por declaração posterior de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. O resultado disso é criação de um ambiente de absoluta instabilidade, com evidente enfraquecimento de uma das funções primordiais da própria jurisdição – a pacificação social.

Por outro lado, viu-se, nesse breve trabalho, que o argumento de parte da doutrina para a autorizar tamanha mitigação da coisa julgada, possibilitada pela redação do novo Código – a necessidade de afirmar a supremacia da Constituição – não se justifica no plano hermenêutico ou tão pouco do ponto de vista da proporcionalidade.

Assim, diante da ausência de outro valor constitucional a autorizar tamanha diminuição da coisa julgada, tal posição parece não prevalecer, ainda mais tendo em vista que leva em conta interpretação literal dos referidos dispositivos, afetando diretamente o núcleo duro da segurança jurídica. Torna-se indispensável, nesse sentido, a adoção de interpretação “conforme a constituição”, afim de que as novas disposições sejam harmonizadas com os demais princípios e valores constitucionais, em especial o da segurança jurídica.

Por fim, em análise à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constata-se que a Corte tem entendimento firmado em favor da possibilidade de rescisão de julgado com base em declaração posterior de inconstitucionalidade, desde que inexista controvérsia jurisprudencial prévia sobre a matéria, em consonância à Súmula nº 343.

Ainda, em análise a alguns julgados, pode-se concluir que a Corte havia firmado entendimento, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, de que o prazo decadencial de 2 anos para o ajuizamento da rescisória seria contado do trânsito em julgado da decisão exequenda.

Isso significa, em outras palavras, que existe a possibilidade do Supremo considerar a interpretação literal da parte final dos dispositivos - que determinam a contagem do prazo de 2 anos a partir da declaração de inconstitucionalidade, sem qualquer limitação temporal para a rescisão - como inconstitucionais; ou, quando menos, analisem o artigo através do exame e prognóstico de uma interpretação conforme a Constituição, de modo que o referido prazo de dois anos apenas seja reiniciado, caso ainda não tenha sido extinta a pretensão rescisória, o que certamente privilegiaria a segurança jurídica.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Gárzon Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. **O Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana E A Exclusão Social**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.I.], n. 2, p. 49-67, maio 2016. ISSN 1677-1419. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

ARAUJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª Ed. São Paulo: Verbotim, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Themis : Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4 , n. 2, p. 13-100, jul/dez. 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/neoconstitucionalismo-e-constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o-do-direito-o-triunfo-tardio-do-direito-constit>>. Acesso em 21 de agosto de 2017.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, out. 2003. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23.pdf>. Acesso em: 17 de agosto de 2017.

BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle de Constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 12ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; Oliveira, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil - Volume II**. 10ª ed. Salvador: Juspodevim, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusão dinâmica – entre a continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2ª ed. Salvador: Juspodevm, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2012.

CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais**. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdade do Brasil, Curitiba, Agosto de 2002. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/viewFile/378/358>>. Acesso em 04 de setembro de 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo : Malheiros, 2016.

FARIA, Juliana Cordeiro de; JÚNIOR, Humberto Theodoro. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/179594103/Humberto-Theodoro-Juliana-Cordeiro-Relativizacao-Coisa-Julgada>>. Acesso em 01 de setembro de 2017.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil – Volume I**. 56ª ed. São Paulo: Grupo Editorial Nacional, 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos**. Revista de Processo. vol. 251. ano 41.. São Paulo: Ed. RT, jan. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil - Volume II**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Inconstitucional**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004.

MEDINA. José Miguel Garcia. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação**. 2 ed. São Paulo: RT, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Melheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil – Tomo V (art. 444 – 475)**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MOREIRA. José Carlos Barbosa. **A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro – Temas de direito processual**. 1ª SÉRIE. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada – Temas de direito processual**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY, Carmen Lígia. **Decisão Judicial e Discricionariedade: a sentença determinativa no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 3, n. 11, out. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31256>>. Acesso em: 09 de junho de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 5ª edição – vol. I. São Paulo: revista dos tribunais, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova Crítica do Direito**. 2.ª Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2002.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TELES, Miguel Galvão. **Inconstitucionalidade pretérita, in: Nos dez anos da Constituição**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1987.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada – Hipótese de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.