



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
COORDENADORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DE
ALAGOAS

BRUNO OLIVEIRA DE PAULA BATISTA

**A COISA JULGADA E A INEXIGIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO RECONHECIDA
NO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL FUNDADO EM LEI OU ATO NORMATIVO
CONSIDERADO INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,
CONFORME O NOVO CPC**

MACEIÓ-AL

2018

BRUNO OLIVEIRA DE PAULA BATISTA

**A COISA JULGADA E A INEXIGIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO RECONHECIDA
NO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL FUNDADO EM LEI OU ATO NORMATIVO
CONSIDERADO INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,
CONFORME O NOVO CPC**

Dissertação de mestrado, apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas, como requisito para obtenção de grau de mestre em Direito Público. Linha de pesquisa: Constituição e processo.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Henrique Nogueira.

MACEIÓ, AL

2018

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale – CRB4 - 661

B333c Batista, Bruno Oliveira de Paula

A coisa julgada e a inexigibilidade da obrigação reconhecida no título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conforme o novo CPC / Bruno Oliveira de Paula Batista. – 2018.
147 f.

Orientador: Pedro Henrique Nogueira.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2018.

Bibliografia. f. 138-147.

1. Segurança jurídica. 2. Coisa julgada. 3. Controle de constitucionalidade.
4. Ação rescisória. I. Título.

CDU: 47.953



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO



BRUNO OLIVEIRA DE PAULA BATISTA

“A COISA JULGADA E A INEXIGIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO RECONHECIDA NO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL FUNDADO EM LEI OU ATO NORMATIVO CONSIDERADO INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, CONFORME O NOVO CPC.”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Francisco Wildo Lacerda Dantas (UFAL)

Julgamento: muito boa (9,0) Assinatura: [assinatura]

Prof. Dr. Beclaute Oliveira Silva (UFAL)

Julgamento: 9,0 muito boa Assinatura: [assinatura]

Prof. Dr. Márcio Oliveira Rocha (convidado externo/UNEAL)

Julgamento: 9,0 (muito) - muito boa Assinatura: [assinatura]

Maceió, 21 de junho de 2018.

[assinatura]
Prof. Dr. George Sarmento
FDA/UFAL
george_sarmento@hptmail.com
+55(82) 9814-1414

À Suyllane, pelo amor, apoio incondicional e paciência. À Bruna para que, quando entender, perceba que não há sonho impossível, vitória sem esforço e crescimento sem estudo.

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação, do ponto de vista pessoal, representa o encerramento de um ciclo, que iniciou no dia em que decidi participar da seleção para ingresso no programa do Mestrado em Direito Público, na UFAL.

Apesar de ter início a partir de uma decisão individual, ela veio carregada do apoio de pessoas indispensáveis e cujo número apenas aumentou ao longo da jornada. Por isso, é chegada a hora de agradecer a todos.

Em primeiro lugar, a Deus, por ser a condição de existência e possibilidade em toda minha vida.

A minha família, pais, irmão, Suyllane, Bruna e Laíse, por permitirem este momento e também dar sentido a tudo.

Ao meu orientador, professor Dr. Pedro Henrique Nogueira que, com sua paciência e disposição, me emprestou suas lentes para que eu pudesse enxergar o Direito Processual Civil de outra forma, tendo sido fundamental para que eu pudesse desenvolver este trabalho, muito me honrando com sua orientação e ensinamentos.

Aos professores do programa de Pós Graduação em Direito Público da UFAL.

Aos amigos da turma 12, que me presentearam durante esse tempo com uma convivência inesquecível e, cada um a sua maneira, me ensinando sempre. Com eles, a jornada foi muito mais tranquila (e divertida).

Aos amigos professores, em especial ao Marcelo Jobim, que nunca hesitou em perder um tempo de sua manhã para ouvir minhas angústias ou debater alguma ideia.

Por fim, aos amigos Paula Falcão e Breno Dantas, verdadeiros guerreiros e amigos de longa data, por me incentivarem e ajudarem sempre, ensinando, cada dia, o valor da amizade.

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo analisar, a partir de uma interpretação conforme a Constituição, e à luz do princípio da segurança jurídica, a possibilidade de uso da ação rescisória após o prazo decadencial de 2 anos do trânsito em julgado da decisão rescindenda. Isso porque, com o advento da lei nº 13.105/15 (Código de Processo Civil), o ordenamento processual passou a permitir o uso da ação rescisória após o trânsito em julgado de decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, que tenha servido de fundamento para a coisa julgada a ser rescindida. Parte-se, dessa forma, de uma análise da segurança jurídica, na condição de direito fundamental, de seus elementos caracterizadores e também da coisa julgada, que é atingida diretamente pela decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, buscando analisar a compatibilidade dos artigos 525, § 15 e 535, § 8º do Código de Processo Civil, ao permitirem que a ação rescisória seja proposta no prazo de 2 anos contados do trânsito em julgado da decisão da suprema Corte, no exercício do controle de constitucionalidade. Tal possibilidade supostamente eternizaria a possibilidade de uso da ação rescisória contra a decisão exequenda e, por conseguinte, violaria a segurança jurídica.

Palavras-chave: segurança jurídica – coisa julgada – controle de constitucionalidade – ação rescisória

ABSTRACT

The present dissertation aims to analyse, based on an interpretation that is in accordance with the constitution and rooted on the principle of legal certainty the possibility of using the motion to set aside judgment after the 2-year statute of limitation. After enactment of the law no. 13.105/15 (Code of Civil Procedure), procedural law began to allow the use of a motion to set aside judgment following a final decision of the Supreme Court that rendered the law or regulatory act unconstitutional, as long as the act or law had been the basis for the res judicata to be overturned. Based on this, is made an analysis of legal certainty, as a fundamental right, of its characterizing elements and also of res judicata, which is directly affected by the decision of unconstitutionality of the Federal Supreme Court, seeking to analyze the compatibility of the articles 525, § 15 and 535, § 8 of the Code of Civil Procedure, by allowing the motion to set aside judgment to be filed within a period of 2 years as from the final decision of the Supreme Court, in the exercise of constitutionality control. This situation would in all likelihood perpetuate the use of the motion to set aside judgment against a ruling in force.

Keywords: Legal certainty - res judicata - judicial review - motion to set aside judgment

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SEGURANÇA JURÍDICA.....	8
1.1 Uma necessária distinção entre princípios e regras e a noção utilizada no presente trabalho	17
1.1.1 A Crítica de Virgílio Afonso da Silva à distinção proposta por Humberto Ávila	23
1.2 A segurança jurídica: contornos necessários à sua compreensão	25
1.2.1 A proteção da confiança legítima como concretização da segurança jurídica.....	36
2 A GARANTIA DA COISA JULGADA	39
2.1 A coisa julgada como instrumento a serviço da segurança jurídica	41
2.2 Fundamento normativo da coisa julgada.....	43
2.3 Coisa julgada: Regra ou princípio?.....	45
2.4. Uma breve incursão na teoria do fato jurídico.....	49
2.5 Conceito de coisa julgada e alguns esclarecimentos sobre sua natureza jurídica... 	52
2.6 Limites da coisa julgada	64
3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O PROBLEMA DAS DECISÕES PROFERIDAS EM OFENSA À CONSTITUIÇÃO.....	68
3.1 A noção de jurisdição e a denominada jurisdição constitucional.....	68
3.2 Características da jurisdição constitucional no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade	72
3.2.1. Controle difuso-incidental de constitucionalidade	75
3.2.2. Controle concentrado de constitucionalidade.....	79
a) Ação direta de inconstitucionalidade	80
b) Ação Declaratória de Constitucionalidade.....	81
c) Arguição de descumprimento de preceito fundamental.....	83
3.3 Os efeitos declaratórios da decisão de inconstitucionalidade: o dogma da lei inconstitucional	84
3.4 A coisa julgada proferida em ofensa à Constituição Federal (coisa julgada inconstitucional).....	88
4 A SENTENÇA E A INEXIGIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO FUNDADA EM LEI OU ATO NORMATIVO INCONSTITUCIONAL E A GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	97
4.1 A inexigibilidade da obrigação reconhecida em sentença fundada em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal	97
4.2. A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato em que se funda a sentença antes do seu trânsito em julgado	101
4.3 A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato em que se funda a sentença após o seu trânsito em julgado: a decisão superveniente do STF	106

4.4 A propositura da ação rescisória contra sentença fundada em lei ou ato declarado inconstitucional pelo STF.....	122
4.5 O posicionamento do STF a respeito da possibilidade de manejo da ação rescisória em virtude da decisão que declara a inconstitucionalidade do ato normativo em que se fundou a coisa julgada.....	130
4.5.1. O recurso extraordinário nº 590.809.....	130
4.5.2. O recurso extraordinário nº 730.462.....	132
4.5.3. O mandado de segurança nº 35.078.....	134
4.6 Um balanço dos julgamentos, proferidos pelo STF	135
CONCLUSÃO	137
REFERÊNCIAS	140

INTRODUÇÃO

O Direito Processual Civil, atualmente, não pode ser pensado de outra maneira senão à luz da Constituição Federal. Isso faz com que, cada vez mais, o espaço existente entre aquele ramo do Direito e o Direito Constitucional se estreite em uma relação de interdependência.

Tal afirmação é reforçada pelo próprio Código de Processo Civil vigente (Lei Federal nº 13.105/2015) que, em seu artigo 1º dispõe que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”.

Nessa ordem de ideias, o Direito Processual Civil passa a ser enxergado como instrumento de concretização das disposições contidas na Constituição vigente, assumindo os princípios nela previstos uma singular importância, haja vista que, além de formarem as premissas da ordem jurídica em vigor, irradiam seus valores para todos o sistema.

A partir da premissa acima mencionada, analisaremos a regra contida nos artigos 525, § 15 e 535, § 8º, do Código de Processo Civil, que permite a propositura de ação rescisória para desconstituir a coisa julgada fundada em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, com o prazo de propositura da referida ação sendo contado apenas a partir do trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Em outras palavras, permite o dispositivo acima mencionado que a ação rescisória seja proposta mesmo quando a decisão do Supremo Tribunal Federal tenha sido posterior ao trânsito em julgado da sentença que se fundamentou na lei ou ato declarado inconstitucional. É exatamente acerca da inserção de tal dispositivo em nosso ordenamento jurídico positivo, à luz do princípio da Segurança Jurídica, que se debruçará o presente trabalho.

A análise aqui proposta será feita a partir do princípio da segurança jurídica, que representa não só uma exigência inerente à natureza humana, sendo condição para a própria convivência em sociedade, como também um dos pilares em que se sustenta o Estado de Direito. Este último, por sua vez, oferece, por meio da segurança jurídica, um mínimo de previsibilidade necessária a todo cidadão.

Daí porque buscaremos analisar tal princípio dentro da teoria dos direitos fundamentais, com o objetivo de extrair o seu conteúdo, permitindo que sejam enxergados os seus atuais contornos.

A segurança jurídica, para que possamos extrair o papel por ela desempenhado frente ao Direito Processual Civil, deve ter sua contextualização realizada dentro dos direitos

fundamentais, sob pena de não ser possível extrair a adequada configuração do princípio em comento. Por isso, este é o objetivo do primeiro capítulo, ou seja, tentar delimitar o conteúdo da segurança jurídica, inserida na teoria dos direitos fundamentais.

Ainda em relação à segurança jurídica, esta possui diversas ferramentas de concretização, sendo a coisa julgada merecedora de destaque no Direito Processual Civil e essencial para o desenvolvimento do tema aqui proposto. Com isso, no segundo capítulo, tratamos de abordar a coisa julgada buscando demonstrar como ela pode servir de instrumento para a realização da segurança jurídica, sendo um dos pilares em que esta última se sustenta.

Neste ponto, faremos uma análise da coisa julgada como ferramenta a serviço da segurança jurídica, enfrentando os pontos que, a nosso ver, são essenciais para a fixação das premissas sobre as quais o tema aqui proposto se assenta.

Após a fixação dos pontos acima mencionados, para demonstrar a tensão existente entre o controle de constitucionalidade e as decisões judiciais que são proferidas em ofensa à Constituição, optamos, no terceiro capítulo, por fazer uma análise da maneira como tal controle é realizado, no Brasil, bem como sobre os seus efeitos em relação às decisões transitadas em julgado.

Isso porque, no Brasil, o controle de constitucionalidade pode ser exercido por qualquer órgão jurisdicional. Assim, não bastasse a divergência que naturalmente pode existir entre os órgãos do próprio Poder Judiciário, quando da interpretação do ordenamento à luz da Constituição vigente, há ainda a questão de saber se (e como) tais interpretações podem atingir a coisa julgada.

No quarto capítulo, buscamos analisar a compatibilidade das previsões contidas nos artigos 525, § 15 e 535, § 8º, do Código de Processo Civil com a segurança jurídica e, consequentemente, com a Constituição Federal.

Para tanto, cuidamos de tratar da inexigibilidade da sentença fundada em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a possibilidade de propositura de ação rescisória para desconstituir a coisa julgada fundada em tal norma.

Ainda neste ponto, trataremos de abordar a incidência da decisão de inconstitucionalidade quando proferida antes e também depois do trânsito em julgado da decisão exequenda, situações que compõem o suporte fático dos dispositivos legais ora em comento.

Por meio do desenvolvimento do tema aqui proposto, buscaremos responder às seguintes indagações: é constitucional a previsão contida nos dispositivos acima mencionados, que permitem que a decisão de inconstitucionalidade, proferida pelo Supremo

Tribunal Federal, produza efeitos em relação aos casos já julgados? A possibilidade de propositura da ação rescisória, com seu prazo contado a partir do trânsito em julgado da decisão daquela Suprema Corte, é compatível com a coisa julgada e a segurança jurídica?

Não procuraremos aqui propor soluções que se pretendam definitivas, por óbvio. É que a inovação advinda com o artigo 525, § 15, do Código de Processo Civil vigente, certamente fará surgir inúmeros debates acerca não só de seu alcance, mas de sua própria constitucionalidade.

Some-se a isso o fato de que o Supremo Tribunal Federal, em suas recentes decisões, vem alterando seu entendimento a respeito do assunto. Por isso, ainda no quarto capítulo, tratamos de analisar algumas das decisões, proferidas pela suprema Corte, que demonstram esta mudança.

Tudo isso, acrescido ao pouco tempo de vigência do atual Código de Processo Civil, faz com que o tema não só se mostre relevante, como também com que tivéssemos o cuidado de não apresentar qualquer solução ou resposta com a pretensão de que sejam definitivas.

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SEGURANÇA JURÍDICA

No Brasil, após mais de duas décadas de vigência da atual Constituição, os estudos acerca do direito constitucional continuam em permanente evolução, merecendo destaque aqueles que são realizados na área dos direitos fundamentais.

Os estudos sobreditos, além dos benefícios aos destinatários das normas constitucionais, também tem influenciado, de maneira positiva, todos os outros ramos do Direito, a exemplo do Direito Processual Civil.

Neste sentido, após fases que marcaram seus estudos e sua evolução, o Direito Processual Civil chega hoje a uma etapa, na qual não é possível enxergá-lo senão conforme o atual modelo constitucional, ou seja, como instrumento de concretização das disposições constitucionais vigentes. Para tanto, os chamados princípios constitucionais assumem relevância ímpar, posto que, além de formarem as premissas da ordem jurídica vigente, passam a irradiar seus valores por todo o sistema.

Neste sentido, cumpre transcrever as palavras de Fredie Didier Junior:

A transformação da Ciência do Direito Constitucional repercutiu, sensivelmente, na Ciência do Direito Processual. A Constituição Federal passa a ser examinada como o mais importante capítulo do Direito Processual, fundamento para que todo o Direito Processual seja construído. A consagração do *devido processo legal* na Constituição brasileira de 1988, novidade histórica, é, então, sintomática¹.

Esta nova fase, referida no parágrafo anterior, não deixa de reconhecer, contudo, a importância do papel da norma, por meio do reconhecimento da força vinculante dos princípios cuja observância passa a ser tão obrigatória quanto da própria lei².

Neste sentido, buscando denominar o fenômeno acima referido, aponta-se para uma constitucionalização³ do direito processual⁴ ou “modelo constitucional do direito processual civil”⁵, que apresenta, de um lado, como características principais, a incorporação aos textos

¹ DIDIER JR, Fredie (org.). **Reconstruindo a teoria geral do processo**. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 29. GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de direito processual civil**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 44-45.

² MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11.

³ De acordo com Luís Roberto Barroso, o fenômeno da constitucionalização do direito representa a evolução, nas últimas décadas do direito constitucional observada na Europa e também no Brasil, tendo a Constituição brasileira tratado (mas sem que isso represente o fenômeno da constitucionalização em si), de alguma forma, dos aspectos dos principais ramos do direito infraconstitucional, a exemplo do direito processual civil. Tal fenômeno, segundo o mesmo autor, realiza de forma concreta a supremacia “formal e axiológica da Constituição”, envolvendo diferentes técnicas interpretativas. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 394-406.

⁴ DIDIER JR, Fredie (org.). **Reconstruindo a teoria geral do processo**. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 27.

⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de direito processo civil: teoria geral do processo**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 57

constitucionais de normas processuais e, de outro lado, o exame, pela doutrina, das normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais.

A esta fase da Ciência do Direito Processual, atribui-se o nome de “neoprocessualismo”, um termo que, a despeito de suas diversas⁶ e controversas⁷ acepções, tem na interpretação do Direito Processual conforme o modelo constitucional⁸ a sua principal característica.

O objetivo deste capítulo, portanto, é demonstrar o papel que os Direitos Fundamentais, notadamente em relação à segurança jurídica, conseguem desempenhar frente ao Direito Processual Civil. Para tanto, é necessário delimitarmos a noção e conteúdo com que tal expressão “Direitos Fundamentais”⁹ será utilizada no presente trabalho, bem como da própria segurança jurídica.

O pensamento jurídico, nos últimos anos, tem sofrido inúmeras mudanças, mormente no que diz respeito ao estudo da ciência do direito constitucional, com o conseqüente reconhecimento da força normativa da Constituição, que passa a ser encarada como principal veículo normativo do sistema jurídico¹⁰. Como consequência, tais estudos passaram também a conferir maior relevo e nova dimensão aos chamados direitos fundamentais. Tais direitos são instrumentos indispensáveis ao alcance de uma sociedade justa e formam a base de qualquer estado democrático de direito.

A natureza política dos direitos fundamentais e seu caráter genérico, na maioria das vezes, torna difícil a tarefa do intérprete de, por meio de simples leitura do texto

⁶ Georges Abboud, por exemplo, utiliza a expressão “poluição semântica” para demonstrar a confusão no uso de tal expressão. ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 48. Lenio Streck, por seu turno, utiliza a expressão “Constitucionalismo Contemporâneo”, por entender que a expressão neoprocessualismo, que decorre da reprodução do prefixo neo, utilizada pelo neoconstitucionalismo para representar uma “pretensão constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, n. 1, p. 35-36.

⁷ Para Daniel Sarmento decorre do fato de que a expressão “neoconstitucionalismo” foi empregada a partir da obra do mexicano Miguel Carbonel, publicada na Espanha em 2003, que reúne o pensamento de diversos juristas filiados a linhas de pensamento bastante heterogêneas, o que dificulta a existência de uma concepção clara e coesa para o termo. SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>> Acesso em: 02 de março de 2018.

⁸ Para Eduardo Cambi, a relação entre Constituição e o processo pode ser direta (quando a Constituição estabelece quais são os direitos e as garantias processuais fundamentais, por exemplo) ou indireta (quando, ao tutelar determinando bem jurídico, permite que o legislador infraconstitucional preveja regras processuais específicas e que o juiz concretize a norma no caso concreto). CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. In: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia: Homenagem ao Professor Luiz de Pinho Pedreira, Salvador/BA. n. 17, 2008.2, p. 93

⁹ O uso da expressão entre aspas serve para deixar claro, desde já, nossa opção pelo seu uso, por entendermos estar ela em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁰ DIDIER JR, Fredie (org.). **Reconstruindo a teoria geral do processo**. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 22.

constitucional, extrair todos os requisitos necessários para que tais direitos possam ser entendidos, aplicados e reivindicados, de modo a contestar e contrariar, quando necessário, as decisões emanadas das autoridades estatais.

Com a segurança jurídica, a situação não é diferente da que acaba de ser retratada no parágrafo anterior. Com efeito, na condição de direito fundamental, é necessário que se descubra a sua verdadeira configuração jurídica para que seja possível extrair a proteção que dele se espera. Daí a necessidade de sua contextualização dentro dos direitos fundamentais.

Diante das inúmeras expressões utilizadas pela doutrina para se chegar ao conceito de direito fundamental, é necessário delimitar a noção que será utilizada neste trabalho, até mesmo como forma de evitar a desordem terminológica¹¹, existente tanto no plano nacional quanto no internacional, em relação a trato do tema, conforme adverte Marcelo Schenk¹².

Destarte, a caracterização de um Direito como fundamental não tem seu interesse restrito ao plano teórico, não se tratando apenas de um “jogo de palavras”¹³. Tal caracterização possui forte relevância prática, em razão das características particulares dos Direitos Fundamentais.

A desordem terminológica acima mencionada tem ocasionado uma reconhecida banalização do uso da expressão Direitos Fundamentais¹⁴, o que além de enfraquecer tal categoria, faz como que ela seja associada a diversas outras expressões com significados e características diferentes, a exemplo de direitos humanos, direitos da pessoa humana, direitos do homem, liberdades públicas, dentre outras¹⁵, que são utilizadas para se referir aos direitos fundamentais, expressão esta última que será adotada no presente trabalho¹⁶.

¹¹ A referida desordem terminológica também é apontada por Dimoulis e Martins, tendo os referidos autores formulado um catálogo de expressões, retiradas da própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que se referem aos direitos fundamentais. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p 39.

¹² O autor faz referências a expressões como “direitos”, “normas”, “determinações fundamentais”, “direitos humanos”, dentre outras, que são utilizadas para denominar os direitos fundamentais. DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 49

¹³ Ou, nas expressões de Ingo Sarlet, “não se cuida de uma mera querela acadêmica entre teóricos que não têm mais o que fazer”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p.29.

¹⁴ Ingo Sarlet, ao relacionar expressões como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos” públicos”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais”, dentre outras, alerta para a ausência de consenso quanto ao conceito e terminologia, bem como para a diversidade de conteúdo de cada termo utilizado para se referir ao que neste trabalho chamaremos apenas de Direitos Fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 27.

¹⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 15.

¹⁶ É preciso advertir, como faz Marcelo Schenk, que a adoção de determinada terminologia não possui a pretensão exclusiva de correção, pois mais importante que a palavra escolhida é o que se pretende significar com ela, sendo desprovidos de sentido qualquer debate que se trave apenas pela simpatia ou antipatia a determinado

A ideia segundo a qual os direitos fundamentais possuem íntima relação com Estado de Direito é bastante conhecida, por sua difusão no cenário acadêmico, a despeito de se reconhecer que a existência de tais direitos é anterior ao próprio Estado de Direito¹⁷. Um fato, porém, não é negado: os direitos fundamentais tiveram relevante impulso, mediante seu reconhecimento e positividade, no Estado de Direito.

De acordo com George Sarmento¹⁸, coube a Pontes de Miranda, no Brasil, o pioneirismo no esboço de uma teoria dos direitos fundamentais, pois para aquele último o compromisso do governo com os direitos humanos era a única forma de promover o desenvolvimento e a justiça social, tendo ele ainda percebido que o tema deveria sair do campo político e ser analisado sob o enfoque da ciência constitucional.

Ainda de acordo com George Sarmento, a ideia defendida por Pontes de Miranda era a de que a disposição dos direitos fundamentais em nosso sistema constitucional seria reflexo de diversas correntes doutrinárias que se desenvolveram na Alemanha, EUA e França, logo após o período da 2ª Guerra Mundial.

Postas de lado estas pequenas divergências quando à nomenclatura e origem, classicamente, os direitos fundamentais sempre foram apontados como um acervo de bens jurídicos e de ações contra os abusos estatais, tendo como núcleo, portanto a ideia de que o Estado deve deixar o cidadão em paz, além de uma feição nítida de proteção à liberdade, propriedade e segurança¹⁹. Neste sentido, os direitos fundamentais, estão ligados à dignidade da pessoa humana e a ideia de limitação de poder.

Alavancados pelo projeto liberal-burguês, os direitos fundamentais buscavam garantir aos indivíduos direitos e liberdades reconhecidas como fundamentais, racionalizando a atuação estatal que, por seu turno, passava a ser submetida ao Direito, sendo, portanto, denominados de direitos da primeira dimensão²⁰.

termo, desprezando o conteúdo da expressão debatida. DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 49-50.

¹⁷ Sérgio Renato Tejada rejeita a tal afirmação, defendendo que os direitos fundamentais passaram a ter origem apenas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, e decorreram do rompimento do absolutismo, pelo movimento liberal. GARCIA, Sérgio Renato Tejada. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria - análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 36, jun. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html> Acesso em: 04 set. 2016.

¹⁸ LINS JUNIOR, George Sarmento. **Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais**. In: Revista do Mestrado em Direito da UFAL, Maceió/AL. v. 01, 2005, p. 15-90

¹⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 51. ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 48.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p.46-47.

Este modelo de proteção estatal, aos poucos, foi se tornando num modelo de Estado formal, incapaz de garantir à grande massa da população os direitos por ele, deixando claro o fato de que a proteção tão somente da liberdade do indivíduo é insuficiente para concretização de sua dignidade²¹.

A noção acima representada, contudo, não abrangia a totalidade de posições que são derivadas dos direitos fundamentais e que, atualmente, constituem o centro gravitacional do moderno Direito Constitucional²².

Em outras palavras, não se pode restringir os efeitos dos direitos fundamentais apenas àquelas relações em que o Estado é parte²³, ou melhor, as normas de direitos fundamentais não se esgotam na finalidade de proteger determinadas posições do cidadão, descritas de forma abstrata, contra o Estado²⁴.

Isso porque, com o decorrer do tempo, uma série de desafios que - no momento em que surgia a doutrina dos Direitos Fundamentais (onde estes tinham sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado²⁵) - não eram imagináveis, tornou necessário o reconhecimento da eficácia de tais direitos também nas relações privadas²⁶.

A afirmação que aqui acaba de ser feita não vira as costas para o forte argumento a ela contrário, no sentido de que é impossível compatibilizar, simultaneamente, em uma só pessoa, a condição de destinatário e titular de um direito fundamental, criando o que já se convencionou chamar na doutrina de “argumento de confusão”²⁷.

Sem embargo de tal argumento contrário, o que aqui se defende, ao se permitir a extensão da eficácia dos Direitos Fundamentais para além das relações em que o Estado seja

²¹ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 41-54.

²² DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 50-51

²³ Para Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski, o desenvolvimento da noção de direitos fundamentais, trouxe um verdadeiro rompimento com as ideias que permearam sua própria construção. De uma noção que buscava a proteção da propriedade, passou-se a proteção da dignidade da pessoa humana, com a clivagem entre o público e o privado e o desvelamento do mito da igualdade formal. FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 100.

²⁴ A ideia também é defendida por Robert Alexy, que exemplifica sua afirmação com o caso “Lüth”, decidido pelo Tribunal constitucional federal alemão, em 1958, reconhecendo àquele último a proteção da liberdade de opinião contra um particular (Veit Harlan). ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização e Tradução de Luís Afonso Heck. 4 ed. Porto Alegre, 2015, p.106-107.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 395

²⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 63-64

²⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 67

parte, é que os sujeitos privados também têm o dever de observar tais direitos de outros sujeitos privados, sem que com isso esteja o particular sendo equiparado ao Estado como destinatário e garantidor dos Direitos Fundamentais.

Isso ocorre porque os direitos fundamentais, apesar de seu direcionamento, em primeira linha, às relações entre o poder público e os particulares, também fazem com que as condições necessárias a sua realização sejam criadas pelo próprio poder público, tendo este último o dever de proteger o cidadão “contra qualquer ameaça, incluindo as que resultam da actuação de outros particulares”²⁸, mormente quando, com a participação cada vez maior da sociedade no exercício do Poder, a liberdade individual passa a carecer de proteção também contra os mais fortes²⁹.

Outro ponto importante, na busca de delimitação do conceito e conteúdo dos direitos fundamentais, é o reconhecimento da proximidade destes últimos com a política. Tal relação de proximidade, fez com que se defendesse a ideia de ausência de caráter normativo de tais direitos, uma vez que “tal politicidade tornaria inútil a referência ao direito positivo”³⁰.

Isso fica claro, por exemplo, em duas posturas que, não raras vezes, são difundidas doutrinariamente. A primeira³¹ consiste em adotar um discurso repetitivo em que os Direitos Fundamentais são exaltados por meio da prevalência dos direitos humanos e valores por estes expressos, mas sem que se perceba qualquer solução para os problemas que normalmente se apresentam.

A segunda postura costuma exaltar o caráter programático dos direitos fundamentais como se estes não passassem de um “manifesto político”. Como ressaltam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

Tais posturas decorrem da ausência de ocupação científica de muitos estudiosos e operadores do direito com os Direitos Fundamentais. São consequência é colocar os Direitos Fundamentos à disposição do legislador ordinário, vale dizer à sua “boa vontade política”, que, segundo elas, como aludido, deve concretizá-los livremente, estabelecendo suas condições de exercício e demais limitações [...] tais posturas, do

²⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantia no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 247.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 395

³⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p 4.

³¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p 5

ponto de vista estritamente dogmático torna ineficaz o vínculo do legislador aos direitos fundamentais.”³²

Assim, os direitos fundamentais passam a ser encarados como o próprio fim e medida da atuação, em sentido amplo, do Estado e de sua forma de se relacionar com a sociedade e seus integrantes. Neste sentido, cumpre transcrever o papel que tais direitos exercem nesta nova concepção de Estado, conforme aponta Luísa Cristina Pinto e Netto:

Os direitos fundamentais constituem os alicerces da relação entre o Estado e indivíduos; o exercício do poder político pelo Estado se legitima pela necessidade de preservar os direitos fundamentais. Direitos fundamentais aparecem, desse modo, como fundamento e limite do poder estatal, justificando seu exercício ao mesmo tempo que o limita. Só assim se compreende e concretiza, na sua essência, o Estado Constitucional; a Constituição, neste contexto, volta-se ao reconhecimento e à garantia dos direitos fundamentais, e o Estado se move no espaço destes.³³

Atualmente, o constitucionalismo contemporâneo, no Brasil, já tem consolidado alguns axiomas que vão se incorporando à prática jurídica, a saber: a) reconhecimento da força normativa das disposições constitucionais (sejam elas regras ou princípios); b) caráter central dos direitos fundamentais, ou seja, Estado e Direito passam a existir para proteger e promover tais direitos, devendo ambas as estruturas ser compreendidas e interpretadas de acordo com tal orientação; c) submissão dos poderes públicos à Constituição, ou seja, o texto constitucional estabelece vinculações mínimas aos agentes políticos, mormente em relação à promoção dos direitos fundamentais³⁴.

É possível observar que, a despeito de algumas divergências quanto ao conceito e abrangência, ninguém ousa negar a relevância dos direitos fundamentais no atual estágio dos estudos acerca do Direito Constitucional. Colocadas as premissas acima exposta, todavia, resta uma pergunta a ser respondida: o que se entende por direito fundamental?

Ao responder à indagação acima formulada, é preciso frisar, que não se tem a pretensão, neste trabalho, de superar as divergências que existem a seu respeito, mas apenas busca-se, por meio dela, fixar o ponto de partida que se pretendeu estabelecer logo no início, ou seja, delimitar o que se entende neste trabalho por direito fundamental e, dessa forma, demonstrar a inserção do princípio da segurança jurídica dentro desta categoria.

³² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p 5-6.

³³ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 37

³⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p 115.

De antemão, podemos afirmar que os direitos fundamentais são direitos que passam a ser reconhecidos e protegidos por uma ordem constitucional estatal. A amplitude e diversidade do catálogo de direitos que são enquadrados nesta categoria, previstos na Constituição brasileira vigente, dificulta um conceito capaz de abranger todos os direitos nela incluídos. A própria análise histórica demonstra que não há identidade jurídica entre os direitos que são chamados de fundamentais³⁵.

De acordo com George Marmelstein, o direito fundamental é toda norma jurídica que está ligada, de forma bastante íntima, à ideia de dignidade da pessoa humana e também da limitação de poder, que se encontra positivada em determinada Constituição, sendo capaz de, em razão de sua importância axiológica, fundamentar e legitimar todo o ordenamento jurídico em que se encontram positivados³⁶.

A noção ora retratada é nitidamente restritiva³⁷, posto que considera como direito fundamental tão somente aqueles direitos que estejam ligados à dignidade da pessoa humana e à ideia de limitação de poder.

Defendendo uma noção mais extensiva, Robert Alexy, afirma que os direitos fundamentais são direitos humanos positivados na ordem jurídica interna, sendo caracterizados por quatro extremos, sendo eles: a) grau de hierarquia extrema, ou seja, direitos com hierarquia constitucional; b) força de imposição extrema, vinculando os três poderes do Estado; c) regulamentação de objeto extremamente importante; d) medida máxima de necessidade de interpretação, verificada por meio da colisão entre diversos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, fazendo surgir a necessidade de ponderação para solucionar tais conflitos³⁸.

Adaptando a noção de Robert Alexy, acima resumida, Ingo Sarlet propõe um conceito aberto para os direitos fundamentais, considerando estes últimos como todas as posições jurídicas referentes às pessoas que, em razão de seu conteúdo e importância, foram incorporadas ao direito constitucional positivo, sendo excluídas da esfera de disposição dos poderes constituídos, bem como aquelas que, em razão de seu conteúdo e significado, possam

³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 92.

³⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 16.

³⁷ A restrição feita pelo autor tem como justificativa evitar o que ele denomina de “uso inflacionado” da expressão, capaz de desvalorizar o seu próprio conceito. MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19.

³⁸ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização e Tradução de Luís Afonso Heck. 4 ed. Porto Alegre, 2015, p.49-52.

ser equiparadas àquelas e incorporadas à Constituição, ainda que não previstas de forma expressa³⁹.

Destacando uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, Gilmar Ferreira Mendes afirma que tais direitos são:

...a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático⁴⁰.

A opção por um conceito restrito, que vincula os direitos fundamentais exclusivamente à dignidade da pessoa humana⁴¹, a despeito da justificável preocupação com a vulgarização e “inflação” de tais direitos⁴², parece não estar em consonância com a Constituição brasileira, que prevê um catálogo aberto e que, às vezes, apresenta direitos fundamentais que nem sempre são titularizados pelo ser humano e que são considerados fundamentais em razão de seu conteúdo e importância e consonância com os valores da sociedade brasileira⁴³.

Por isso que uma conceituação de direito fundamental, que se pretenda genérica e universal, apenas é viável se propositalmente aberta, permitindo sua permanente adaptação à luz do direito constitucional positivo⁴⁴.

Decerto, sem que se pretenda encerrar a discussão que gira em torno da conceituação dos direitos fundamentais, para os fins aqui propostos e com base nas lições acima, podemos considerá-los como posições jurídicas que, em razão de sua fundamentalidade, não apenas

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 78

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2.

⁴¹ Tal opção pelo reconhecimento de direitos fundamentais apenas quando estes tenha relação com a dignidade da pessoa humana, faz como que distingam aqueles direitos em materiais (relacionados à dignidade da pessoa humana) e formais (normas de cunho organizatório que, pela opção do legislador constituinte, são catalogadas como fundamentais). Nossa opinião, contudo, é de que todos os direitos fundamentais catalogados em nossa Constituição são, ao mesmo tempo, formal e materialmente fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 143

⁴² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 91.

⁴³ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 40.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 78

asseguram uma vantagem ao particular em face do Poder Público, como também passam a irradiar seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico⁴⁵.

A noção ora apresentada servirá não só de ponto de partida como também de fundamentação para as afirmações que serão formuladas em relação à segurança jurídica uma vez que aqui parte-se da premissa de que ela – a segurança jurídica – é um direito fundamental. Antes, porém, é necessário que se discorra acerca de seu caráter principiológico.

1.1 Uma necessária distinção entre princípios e regras e a noção utilizada no presente trabalho

Antes de estabelecermos os contornos daquilo que entendemos por segurança jurídica, é necessário fixarmos alguns pontos em relação à própria definição daquilo que se entende como princípio e sua distinção em relação às regras. Aqui, contudo, é preciso ressaltar, que não pretendemos esgotar a profunda discussão que se encontra presente nos recentes estudos em relação à matéria⁴⁶, que não são poucos, diga-se de passagem⁴⁷, e que vem sendo influenciados desde os anos 1970, sob o impacto das obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy⁴⁸.

⁴⁵ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 44.

⁴⁶ Para Virgílio Afonso da Silva, a quantidade de acepções que se tem para o termo princípio não é problema algum, por si só. Contudo, observa o autor que, na maioria dos trabalhos em que se utiliza a expressão princípio, parte-se da distinção de Alexy entre princípios e regras, mas continua a utilizá-la em seu sentido tradicional, quer por meio da definição de Celso Antonio Bandeira de Melo, quer por meio da definição de Canotilho. Assim, o problema surge quando se passa a usar o termo princípio como se todos os autores o utilizassem de forma unívoca. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 35-37.

⁴⁷ A despeito da considerável quantidade de estudos sobre a distinção de princípios e regras, Carlos Ari Sundfeld, afirma que o cenário atual é um “ambiente de geleia geral”, no qual vários princípios vagos podem justificar qualquer decisão. Apesar da afirmação, o autor explica que o problema não está nos princípios em si, mas na comodidade que podem oferecer para os espertos (que escondem por trás dos princípios suas pretensões frágeis) e preguiçosos (que utilizam os princípios como fundamentos fáceis para esconder a superficialidade de suas decisões). SUNDFELD, Carlos Ari. **Princípio é preguiça?** Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Barbieri (org.). **Direitos e interpretação – racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, p. 287 e 295

⁴⁸ Por não ser este um trabalho sobre princípios, não faremos aqui uma incursão profunda nas obras destes dois juristas. A distinção que aqui será apresentada tem como finalidade deixar clara nossa posição a respeito do tema, bem como permitir a classificação da segurança jurídica em uma dessas espécies normativas. A despeito destas observações, é necessário destacar que as ideias de Alexy e Dworkin, apesar de sua semelhança, não se confundem, merecendo destaque para dois aspectos que são salientados por Thomas da Rosa Bustamante, a saber: a) a distinção entre “principles” e “policies”, uma vez que Dworkin faz distinção entre tais expressões, tendo os princípios uma proeminência em relação às “policies” e revelando um traço individualista de sua teoria do Direito; já para Alexy, tal distinção é combatida, por entender que os princípios abarcam as duas categorias (“principles” e “policies”); b) o caráter *prima facie* para regras e aplicação tipo “all or nothing”, já que Alexy nega o modo de aplicação de tudo ou nada, defendido por Dworkin, por entender que nem todos os conflitos entre regras são resolvidos com a invalidade de uma delas, sendo possível estabelecer uma exceção. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 199-201.

Mesmo que este não seja um trabalho sobre a distinção entre princípios e regras, ela é necessária, uma vez que interfere no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, bem como na delimitação do conteúdo essencial de tais direitos. É preciso ressaltar, contudo, que a distinção em questão apenas é relevante, do ponto de vista prático e teórico, quando há uma controvérsia sobre a norma a aplicar ao caso. Nas situações em que a observância cotidiana da norma, e nos casos de sua aplicação meramente burocrática, a distinção não possui qualquer relevância⁴⁹.

Há, contudo, quem não reconheça distinção relevante entre tais categorias de normas. É o caso, por exemplo, de José Reinaldo de Lima Lopes⁵⁰, para quem o fato de se invocar princípios em lugar de regras não esclarece em nada o procedimento ou o raciocínio de quem decide. Rejeitando a ideia de Dworkin, o referido autor afirma que, do ponto de vista do pensamento, não há diferença entre aplicar um princípio e aplicar uma regra⁵¹. A distinção, todavia, apenas seria possível se se afirmar que os princípios são regras superiores, das quais outras regras dependem⁵².

Não concordamos, porém, com a ideia acima exposta, tampouco concordamos que a distinção normativa apresentada seja apenas uma distinção que se opere exclusivamente no campo terminológico. A distinção normativa entre princípios e regras, a nosso ver, é fundamental para a interpretação e aplicação do direito⁵³. A distinção é ainda fundamental para que se obtenha a clareza necessária a qualquer estudo científico, bem como para que se evite o tão criticado uso indiscriminado de tais categorias. É o que também defende Jaldemiro Rodrigues Ataíde Junior⁵⁴, ao afirmar que:

a aplicação do direito depende de processos discursivos e institucionais, de forma que o uso desmesurado de categorias normativas não só se contrapõe à exigência científica de clareza – sem a qual nenhuma ciência pode ser erigida –, como também

⁴⁹ NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 78.

⁵⁰ LOPES, José Reinaldo. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. In: **Revista de informação legislativa**. a. 40, nº 160, out./dez., 2003, p. 49-64.

⁵¹ LOPES, José Reinaldo. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. In: **Revista de informação legislativa**. a. 40, nº 160, out./dez., 2003, p. 49-51.

⁵² LOPES, José Reinaldo. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. In: **Revista de informação legislativa**. a. 40, nº 160, out./dez., 2003, p. 56

⁵³ É relevante, porém, a ressalva feita por Joyce Araujo dos Santos, segundo a qual nem todo princípio é relevante para todo o sistema, pois sua função de fundamentar os sistema jurídico pode ser apresentar em graus distintos, que dependem de sua especificidade, a exemplo do princípio da eficiência no Direito Administrativo. SANTOS, Joyce Araújo dos. **Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional**: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica. Porto Alegre: 2009, Nuria Fabris, p.41

⁵⁴ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 188-189.

compromete a previsibilidade do direito, elemento indispensável ao Estado Democrático de Direito.

Isso sem contar no fato de que a utilização inadequada dos princípios pode contribuir para uma situação de insegurança na aplicação do direito, conferindo ampla margem para que os julgadores, discricionariamente, desconsiderem regras que poderiam ser aplicadas de forma mais adequada a um determinado caso.

No presente trabalho, tal distinção tem sua importância justificada na medida em que, ao analisarmos o texto dos artigos 525, § 15 e 535, § 8º⁵⁵, do Código de Processo Civil vigente, o faremos com referência à segurança jurídica, cuja classificação como regra ou como princípio poderá levar a uma conclusão completamente oposta da que aqui será apresentada.

Destarte, a classificação acima mencionada é fundamental para que possamos afirmar algo em relação à constitucionalidade dos dispositivos acima mencionados, motivo pelo qual a inserção da segurança jurídica como direito fundamental e a definição de sua espécie normativa – regra ou princípio – é desenvolvida neste capítulo.

De acordo com Humberto Ávila⁵⁶, em relação à distinção entre os princípios e regras, a doutrina se divide em praticamente dois grupos: o da distinção fraca e o da distinção forte⁵⁷.

O grupo da distinção fraca sustenta que os princípios, por serem normas de elevado grau de abstração e generalidade, exigem um elevado grau de subjetividade do aplicador. Já as regras, por não possuírem pouco ou nenhum grau de abstração e generalidade, demandam uma aplicação com pouca ou nenhuma subjetividade do intérprete⁵⁸.

Tal concepção foi inicialmente difundida pelos estudos do Direito Administrativo e, posteriormente, passou a ser utilizada no Direito Constitucional, divulgando a noção de que os princípios seriam alicerces, vigas-mestras, ou valores do ordenamento jurídico sobre o qual irradiam efeitos⁵⁹.

⁵⁵ A redação de ambos parágrafos é idêntica. Portanto, o que for afirmado em relação a um, valerá para o outro também.

⁵⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 91.

⁵⁷ Marcelo Neves argumenta que a questão é posta em termos inadequados, uma vez que aquilo que se chama de princípio ou regra nos textos normativos não corresponde à diferença entre princípios e regras na cadeia argumentativa. Assim, não seria correto fazer uma demarcação frágil (quantitativa) ou forte (qualitativa). NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 101.

⁵⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 91.

⁵⁹ Como exemplos de tais definições, que consideram os princípios como valores, alicerces do ordenamento jurídico, podemos citar a lição de Luís Roberto Barroso para quem “os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores principais da ordem jurídica” e que “consustanciam as premissas básicas de

Note-se que, de acordo com a corrente fraca, a distinção entre princípios e regras seria apenas uma distinção de grau (os princípios seriam mais indeterminados e as regras menos). Mas o maior problema que tal distinção pode apresentar é o de transformar as regras em “normas de segunda categoria” em razão de sua pretensa determinação e suposta neutralidade valorativa, além de criar a ideia de que o intérprete não teria qualquer liberdade na configuração dos conteúdos semânticos e valorativos daquelas últimas.

Isso tudo sem contar no fato da supervalorização dos princípios, como se qualquer regra pudesse ser alçada a um nível exclusivamente principiológico, sem qualquer fundamentação e justificação⁶⁰.

Além da contradição acima apontada, a referida distinção “legítima a flexibilização de uma norma que a Constituição, pela técnica de normatização que utilizou, queria menos flexível”⁶¹.

Já o chamado grupo da distinção forte – fundado nas lições de Dworkin e Alexy⁶², de acordo com Humberto Ávila⁶³ – afirma que os princípios se caracterizam por serem aplicados por meio de ponderação e são realizados em vários graus, ao contrário das regras que, por sua estrutura, exigem uma aplicação mediante subsunção. É desta noção que vem a ideia, segundo a qual os princípios e regras são diferentes quanto ao modo de aplicação e a maneira pela qual são solucionadas as antinomias que deles surgem.

A distinção é tida como forte porque não enxerga os princípios e regras com as mesmas propriedades; ao contrário, possuem qualidades diferentes, ou seja, as regras instituem deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção, ao passo que os princípios estabelecem deveres provisórios e são aplicados mediante ponderação.

Apesar de forte, a distinção acima apresentada não é imune às críticas e apresenta inconsistências, de acordo com Humberto Ávila, uma vez que o modo de aplicação utilizada

uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo sistema”. BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Renovar, 1993, p. 285. Outro exemplo pode ser extraído da conhecida definição de Antonio Bandeira de Mello para quem os princípios são “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele”. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 942. Tais definições, é preciso que se esclareça, não possuem relação com a definição de princípio que aqui é apresentada, como espécie normativa, distinta das regras.

⁶⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 92.

⁶¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 93.

⁶² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 183-187.

⁶³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 93

não serve para distinguir as referidas espécies normativas. Isso porque toda norma jurídica pode ser aplicada por meio de ponderação e as regras não fogem a esta realidade⁶⁴.

A mesma inconsistência é encontrada quanto ao modo utilizado pela corrente forte para solucionar as antinomias, já que nem sempre os conflitos entre regras são solucionados por meio da decretação de invalidade de uma delas.

Outro ponto que merece ser ressaltado é que a distinção feita com base no modo de aplicação e no modo de solução de antinomias pode levar à crença de que as regras são sempre aplicadas automaticamente, sem que se proceda a ponderação de suas razões, como se elas nunca pudessem ser superadas. Isso sem contar no uso arbitrário dos princípios, com sua relativização, conforme o interesse a ser decidido em questão.

O que se percebe, portanto, é que tanto a distinção fraca e forte não se restringe a um jogo de palavras, mas produzem efeitos concretos na aplicação da norma, pelo operador do direito.

Para a distinção fraca, há uma maior abertura da norma que, por sua vez, permite um elevado grau de subjetividade. Já a distinção forte permite que os princípios colidentes tenham solução por meio da ponderação.

Tais características acabam fazendo com que se atinja um objetivo oposto ao pretendido, ou seja, sob o pretexto de conferir mais efetividade e segurança, o que se consegue é exatamente o contrário, a exemplo do decisionismo praticado por meio da flexibilização discricionária de uma regra mais rígida⁶⁵.

Marcelo Neves, afirma que os princípios seriam “artefatos normativos que servem precisamente para absorver o dissenso e, paradoxalmente, possibilitar-lhe e estimular-lhe a emergência sob as condições de um sistema jurídico complexo”⁶⁶. Os princípios transformam a complexidade desestruturada do ambiente do sistema jurídico em complexidade estruturável; já as regras reduzem, de forma seletiva, a complexidade já estruturável por força dos princípios, convertendo-o em complexidade juridicamente estruturada com aptidão para viabilizar a solução do caso.⁶⁷

⁶⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 95.

⁶⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 98.

⁶⁶ NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 97-98

⁶⁷ NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. XIX

Os princípios, nesse sentido, são normas no plano reflexivo, possibilitando o balizamento e a construção ou reconstrução de regras. Estas, enquanto razões imediatas para norma de decisão, são condição de aplicação dos princípios à solução dos casos⁶⁸.

As razões acima exposta fazem com que, para os fins do presente trabalho, sejam adotadas as premissas utilizadas por Humberto Ávila para distinção entre princípios e regras. Não que a teoria defendida pelo referido autor esteja imune às críticas⁶⁹. A opção aqui feita justifica-se pela adequação da distinção ora adotada para tratar não só da norma que garante a segurança jurídica, mas para que se tente analisar um possível conflito dela com os artigos 525, § 15 e 535, § 8º, do Código de Processo Civil vigente, assim como em relação à decisão do Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle de constitucionalidade.

Feitas as observações acima, utilizaremos, para a definição de princípio, a ideia defendida por Humberto Ávila, para quem os princípios:

são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção⁷⁰.

A definição acima transcrita não só é compatível com a maneira pela qual optamos desenvolver o tema do presente trabalho, como também é suficiente, em nossa concepção, para fornecer uma noção de princípios consentânea com o atual estágio dos estudos em relação a esta matéria no Brasil, sem que se comprometam as afirmações e conclusões que aqui serão formuladas.

⁶⁸ NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 103

⁶⁹ Virgílio Afonso da Silva, por exemplo, discorda completamente da noção apresentada por Ávila, e utilizada no presente trabalho. Para ele, os conceitos de regra e princípio fornecidos por Ávila, mais confundem que esclarecem a distinção. Segundo Virgílio Afonso da Silva, a distinção apresentada por Ávila insere um “sem-número de elementos nas definições” que não são imprescindíveis a correta e suficiente distinção entre os dois conceitos. Todavia, ainda que se concorde com a crítica ora mencionada, feita por Silva, ela não compromete o objeto do presente trabalho, tampouco a definição que utilizamos como ponto de partida, fornecida por Ávila. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. Malheiros, 2017, p. 63-64

⁷⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 85

1.1.1 A Crítica de Virgílio Afonso da Silva à distinção proposta por Humberto Ávila

Virgílio Afonso da Silva parte da ideia de que o principal traço distintivo entre regras e princípios é a estrutura dos direitos que tais normas garantem. Enquanto os princípios garantem direitos definitivos, os segundos garantem direitos *prima facie*⁷¹.

O autor em questão tece críticas à distinção proposta por Humberto Ávila. O intuito da apresentação de tais críticas, além de demonstrar que a posição aqui defendida não é imune a qualquer espécie de crítica, é também a de mostrar que, a despeito das oposições, a noção de princípio utilizada no presente trabalho não compromete as conclusões que serão formuladas.

Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva, aponta inconsistências que, segundo ele, comprometem a distinção proposta por Humberto Ávila, já tratada no item anterior do presente trabalho. Uma de tais inconsistências reside no fato de que os exemplos reais utilizados por Humberto Ávila⁷², para demonstrar que as regras também podem ser sopesadas, não servem para argumentar contra a construção teórica por ele questionada.

De acordo com Virgílio Afonso da Silva, esta não seria a maneira correta, pois “decisões que contrariam teorias – positivistas, jusnaturalistas etc. – existem aos milhares”, sendo necessário demonstrar os problemas internos relacionados à teoria questionada⁷³.

Assim, de acordo com Virgílio Afonso da Silva, na argumentação de Humberto Ávila, quando este último afirma que as regras podem ser objeto de sopesamento, o exemplo dado é o de não aplicação da regra em razão da não configuração de seu suporte fático. Tal situação, em vez de infirmar a teoria, acabaria confirmando-a, pois nos casos apresentados, em que não há a configuração do suporte fático, as regras simplesmente não incidiriam, exatamente como propõem as teorias criticadas por aquele autor.

Discordamos da crítica apontada por Virgílio Afonso da Silva. Isso porque, o autor em questão parece se insurgir, sobretudo, contra os exemplos que Humberto Ávila utiliza para demonstrar que pode haver sopesamento entre regras colidentes. Ora, o próprio Virgílio Afonso da Silva reconhece que o modo de aplicação da norma não decorre de seu texto, mas

⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. Malheiros, 2017, p. 45.

⁷² Em sua obra, Virgílio Afonso da Silva comenta dois exemplos trazidos por Humberto Ávila, sendo eles o da colisão entre duas regras do código de ética médica e outra colisão entre a regra contida no art. 1º da Lei Federal 9.494/97 e outra do artigo 1º da Lei 9.908/93 do Estado do Rio Grande do Sul. De acordo com Virgílio Afonso da Silva, os dois exemplos comentados não servem para apontar a distinção entre regras e princípios. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. Malheiros, 2017, p. 61-61.

⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. Malheiros, 2017, p. 58

sim de sua interpretação, sendo tarefa do intérprete definir a norma, tendo, nesse passo, a mesma opinião que o autor por ele criticado⁷⁴.

Acontece que o que Virgílio Afonso da Silva faz, ao criticar os exemplos fornecidos por Humberto Ávila é justamente interpretar os textos das normas utilizadas como exemplo, chegando a conclusão diversa, mas sem infirmar as premissas teóricas utilizadas por Humberto Ávila, da forma como este as utiliza em seus exemplos, trazendo premissas diversas da teoria que o autor busca criticar.

Concordando com a opinião de Humberto Ávila, Marcelo Neves entende que, em relação às exceções ou às condições de aplicação que estabelecem, explícita ou implicitamente, as regras também são suscetíveis de sopesamento⁷⁵ com princípios para que sejam aplicadas à solução de um caso. Isso ocorre, de acordo com Marcelo Neves, porque em situações nas quais isso é possível, o tipo ideal “regra” não se encontra completamente correspondido⁷⁶.

Ainda de acordo com Marcelo Neves, as regras podem ser objeto de sopesamento e isso ocorreria porque o modelo de regra proposto por grande parte dos autores não encontra correspondência no mundo real. Daí a defesa, feita pelo autor, de que o princípio é uma norma que está no nível reflexivo da ordem jurídica e serve para o balizamento ou construção hermenêutica de outras normas, sem que sejam a razão definitiva para uma norma de decisão. Já as regras atuam com razões definitivas das questões jurídicas, não sendo suscetíveis de atuar como mecanismos reflexivos. Nos casos em que uma norma não se enquadre primariamente em nenhuma das duas categorias, tem-se um híbrido⁷⁷.

Com isso, as críticas de Virgílio Afonso da Silva, em relação a impossibilidade de sopesamento entre regras, parecem não proceder, não impedindo que sejam utilizadas as ideias aqui apresentadas para o que se pretende em relação à Segurança Jurídica, tampouco em relação aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal sobre os casos já julgados.

⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. Malheiros, 2017, p. 59.

⁷⁵ Ideia que também é defendida por Joyce Araujo dos Santos, para quem os princípios não possuem exclusividade do uso do sopesamento ou da ponderação, posto que estes últimos podem ser apresentados nos enunciados hipoteticamente formulados. SANTOS, Joyce Araújo dos. **Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional**: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica. Porto Alegre: 2009, Nuria Fabris, p. 48

⁷⁶ NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 106

⁷⁷ NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 109.

Ademais, a simplicidade da construção proposta por Humberto Ávila e sua utilidade para a prática também podem ser utilizadas como argumentos favoráveis a sua manutenção. As críticas e alterações que são propostas podem ser mantidas sem a necessidade do afastamento de tal construção⁷⁸.

Neste aspecto, é importante que, como forma de delimitar a noção de segurança jurídica, se faça uma leitura da Constituição Federal com atenção específica aos dispositivos voltados para aquela garantia fundamental, relacionando-os em função dos princípios fundamentais e tentando diminuir sua vagueza por meio da análise da própria Constituição que, de forma direta ou indireta, tenta restringir o âmbito de aplicação dos princípios.

Aqui, é necessário se fazer uma última observação. Apesar da importância da distinção normativa aqui já apresentada, o problema da aplicação do Direito não se restringe a ela. De nada adianta tal separação analítica se não se municiar o aplicador de critérios que sejam intersubjetivamente controláveis e que permitam a efetividade de tais espécies normativas.

De nada adianta, igualmente, defender o uso da ponderação, sem que os critérios acima mencionados estejam disponíveis, sob pena de se legitimar a utilização excessiva e arbitrária de tal ponderação. A constatação aqui registrada, porém, é feita apenas como advertência, para que não se pense que o problema na aplicação do Direito poderá ser solucionado apenas com a distinção entre princípios e regras.

1.2 A segurança jurídica: contornos necessários à sua compreensão

A preocupação do homem com a segurança jurídica não é recente e pode ser verificada ao longo de toda a sua evolução, sendo uma característica que pode ser associada à própria natureza humana. Ela é também um instrumento para a liberdade, uma vez que quanto maior a segurança, maior será a capacidade do indivíduo de traçar planos para o seu futuro e, conseqüentemente, mais liberdade terá.

Todavia, é a partir da formação da ideia de Estado que a segurança jurídica assume a feição com a qual estamos habituados a lidar, do ponto de vista jurídico. Decerto, o homem, ao abdicar de sua liberdade individual em substituição pela segurança propiciada pelo Estado, permitiu também que este último – Estado – pudesse ditar os modelos de comportamento a ser por todos adotados e, conseqüentemente, permitir o planejamento de cada um de acordo com as expectativas criadas.

⁷⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 220-221.

A complexidade da relação jurídica é uma das características da sociedade moderna e o Direito não foge a tal realidade. Tal complexidade afeta o exercício das três funções do Estado, uma vez que o Legislativo se vê obrigado a aumentar sua produção para acompanhar as transformações sociais, assim como ocorre também em relação ao Poder Executivo, por meio das medidas provisórias; já o Judiciário acaba sendo compelido a suprir as omissões e corrigir os erros dos demais poderes.

Com isso, a previsibilidade do Direito acaba sendo bastante prejudicada, o que acaba contrariando a exigência de ordem e segurança⁷⁹. Tudo isso faz com que um dos desafios da modernidade seja o de controlar, dentro do possível, as consequências da complexidade, sendo o Direito uma das esperanças para a redução daquela última⁸⁰. Ocorre que, para reduzir tais complexidades, o Direito eleva sua própria complexidade, o que faz com que o tema da segurança jurídica surja como preocupação frequente entre os juristas.

Fatores como maior acesso à informação, o agigantamento do Estado provocado por meio do Estado Social e da necessidade de resposta aos diversos anseios da população, o aumento desenfreado da produção legislativa⁸¹, a existência de textos com cláusulas abertas, fazem com que a previsibilidade acima referida fique prejudicada. Isso sem contar na indeterminação da linguagem utilizada pelo Direito, assim como o seu caráter dinâmico, a complexidade das fontes do direito e a própria incerteza trazida pela aplicação dos princípios⁸².

Este aumento do material informativo produz um paradoxo, uma vez que, de um lado, possibilita uma maior previsão do futuro e, de outro lado, aumenta o material que precisa ser analisado. “O cidadão sabe mais, mas exatamente porque sabe mais, também conhece o que precisa prever e o que não se pode confirmar no futuro.”⁸³ Tal paradoxo pode ser resumido da seguinte forma: quanto mais segurança, por meio do Direito se pretende garantir, menos segurança do Direito se pretende conquistar, ou seja, a busca da segurança leva à insegurança⁸⁴.

⁷⁹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 30.

⁸⁰ De acordo com Lucas Buriel, o próprio ordenamento é uma “técnica que visa eliminar a incerteza, instabilidade e falta de ordem na vivência social”, motivo pelo qual não há como nenhum sistema se legitimar sem que garanta a segurança jurídica. MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 95

⁸¹ Nesse sentido, Humberto Ávila afirma que tal realidade cria o fenômeno da superespecialização: “os profissionais sabem primeiro cada vez mais de cada vez menos e, depois, cada vez menos de cada vez menos”. ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 60

⁸² ATIENZA, Manuel. Seguridad jurídica y formación judicial *In* Carles Cruz Moratones (eds.). **Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica**. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 156.

⁸³ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 55

⁸⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 63

São contundentes as palavras de Humberto Ávila neste sentido, ao afirmar que “o legislador pensa como um camponês desorientado e escreve como um filósofo neurótico⁸⁵”. Daí porque o ponto de partida para a análise da segurança é a própria insegurança, posto que ela só adquire significação como valor jurídico, “sob a impressão do seu oposto – a insegurança”⁸⁶.

Tal panorama, contudo, não significa que estejamos vivendo em um completo caos. O que se observa “é a existência de algumas dificuldades causadas tanto pelo aumento da complexidade do fenômeno jurídico, derivado da diversificação da sociedade, como a própria percepção de que, mesmo em tempo de estabilidade, não há previsões absolutas”⁸⁷. Ou, como afirma Lucas Buril Macêdo, “ainda que as necessidades de estabilidade e flexibilidade se contraponham, as duas características paradoxais são indispensáveis para a capacidade de garantir justiça no ordenamento jurídico”⁸⁸.

Nessa ordem de ideias, o tema da segurança jurídica, apesar de comum nos debates acadêmicos e no próprio Poder Judiciário, não recebe um tratamento adequado, provocando apenas mais insegurança⁸⁹, limitando-se a doutrina a formular definições que nada trazem de concreto, ao afirmarem, por exemplo, que ela é um dos fundamentos do Estado e serve para garantir a estabilidade das relações jurídicas já consolidadas⁹⁰.

O princípio da segurança jurídica possui uma posição privilegiada, em razão de sua característica de fundamentar o Estado de Direito, garantindo ainda a sobrevivência do

⁸⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 64

⁸⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 79

⁸⁷ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 37.

⁸⁸ MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 94

⁸⁹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 38. No mesmo sentido, Humberto Ávila afirma que o estudo da segurança jurídica é feito apenas por meio de palavras vagas e sem critérios claros para a sua efetivação, fazendo com que “a dimensão meramente retórica da doutrina” adquira um “nível espetacular”. ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 74

⁹⁰ Tais exemplos de definições podem ser encontrados em: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 486-489. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 667. DALVI, Luciano. **Direito constitucional avançado: teoria, processo e prática constitucional**. São Paulo: LTR, 2009, p. 78-79. TAVARES, André Ramos. **Custo de direitos constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 619-620.

sistema jurídico⁹¹. Não é à toa que a própria Constituição Federal atribui fundamentalidade à segurança jurídica⁹².

Joyce Araújo dos Santos, ao enunciar a estrutura lógica do referido princípio, o faz da seguinte forma, utilizando uma estrutura hipotética⁹³: “dado o fato da relação jurídica a ser instituída, deve-ser a obrigação de todos a respeitar a sua integridade em face da estabilidade das relações jurídicas”⁹⁴.

Neste trabalho, abordamos a segurança jurídica enquanto princípio⁹⁵, ou seja, uma norma que estabelece “direta ou indiretamente, algo como permitido ou obrigatório”⁹⁶, configurando ainda um estado de coisas a ser buscado mediante a adoção de condutas capazes de produzir os efeitos necessários à promoção daquele estado de coisas.

⁹¹ Para Antonio do Passo Cabral, a ideia de segurança “jurídica” apenas ingressou no texto constitucional por meio do mecanismo de repercussão geral no recurso extraordinário, inserido por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004. CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2 ed. Salvador: Juspodvim, 2014, p. 306.

⁹² A Constituição Federal anuncia a segurança jurídica em diversas suas passagens. No preâmbulo, ao instituir um Estado Democrático que se destina a “assegurar” os direitos sociais e individuais, traz a ideia de torná-los seguros. Ainda no mesmo ponto, qualifica a segurança como um valor, inserido dentro de outros que ali também estão previstos, a exemplo da liberdade, igualdade e justiça. No artigo 5º, a mesma Constituição também prevê, no *caput* do referido artigo, a segurança como um direito fundamental, além de trazer mecanismos assecuratórios da segurança, a exemplo do contido no inciso XXXI do mesmo dispositivo. Isso sem contar nas garantias e limitações ao exercício do poder, que são usualmente associadas à segurança jurídica, a exemplo da legalidade (art. 5º, II, e artigo 150, I), a irretroatividade (art. 150, III, “a”). ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 49-50.

⁹³ Com base nas lições de Humberto Ávila, os princípios também podem assumir a estrutura hipotético-condicional. Para o autor, a existência de uma hipótese de incidência é uma questão de formulação linguística, não servindo como elemento para distinção da espécie normativa em questão. Como exemplo, utiliza o caso do princípio democrático, que poderia ser reformulado de modo hipotético (“se o poder estatal for exercido, *então* deve ser garantida a participação democrática”). Assim, para o autor, a estrutura com que formulado o texto constitucional não é determinante para se afirmar que a norma dele extraída é regra ou princípio. “Tudo depende das conexões valorativas que, por meio da argumentação, o intérprete intensifica ou deixa de intensificar e da finalidade que entende deva ser alcançada”. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 44-45. Discordamos dessa ideia e o próprio Humberto Ávila parece contradizê-la em outra obra sua (ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 132), onde ele utiliza o elemento estrutural da norma como forma de distinguir as regras e princípios. Por isso, trazemos à tona a crítica feita por Thomas da Rosa Bustamante, para quem a reformulação linguística de um princípio num enunciado hipotético faz com que o princípio seja enunciado de forma diversa daquela originalmente feita, deixando de ser princípio, portanto. Ou seja, a formulação linguística não é irrelevante para a distinção normativa em questão. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 217-218. Registrada nossa posição, é preciso esclarecer que, no caso de Joyce Araújo dos Santos, ao formular a estrutura da segurança jurídica de forma hipotética, ela o faz o objetivo de tentar tornar mais claros os seus contornos e não de transformar a segurança jurídica em uma espécie normativa do tipo regra.

⁹⁴ SANTOS, Joyce Araújo dos. **Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional**: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica. Porto Alegre: 2009, Nuria Fabris, p. 49

⁹⁵ De acordo com Humberto Ávila, a segurança jurídica pode ser encarada como um fato (capacidade de previsão de uma situação de fato), como valor (manifestação de aprovação ou desaprovação a respeito da segurança jurídica) e como norma (prescrição para adoção de determinados comportamentos que asseguram sua realização). Ao encarmos a segurança, neste trabalho como norma princípio, isso não significa que não se possa fazer uma correlação com as demais forma de abordagem da segurança jurídica ou que inexistia correlação entre tais perspectivas. ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 128-129.

⁹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 130

A distinção, acima já formulada, entre as espécies normativas “princípios” e “regras” nos impede de considerar a segurança jurídica como uma regra, uma vez que esta é uma norma que descreve o que é permitido ou obrigatório, sendo necessário, para sua interpretação, que sejam analisados os aspectos da hipótese e da consequência de tal regra. Tal verificação não é feita nos princípios⁹⁷.

Isso ocorre porque os princípios, repita-se, estabelecem um estado ideal de coisas para cuja realização é preciso que sejam adotadas determinadas condutas que possam contribuir para tal promoção. Para sua interpretação, exige-se a análise da correlação entre “estados de coisas, efeitos e condutas”, sendo, portanto, diferente da forma exigida pelas regras⁹⁸.

Por isso, o princípio da segurança jurídica deve ser observado, a fim de garantir a estabilidade e ordem do sistema jurídico, bem como regular a conduta dos indivíduos e também as próprias estruturas do Estado, tendo sido sempre associado aos ideais de determinação, estabilidade e previsibilidade do Direito⁹⁹.

É preciso salientar que a segurança jurídica, na visão clássica acima mencionada, como garantia de imutabilidade das relações jurídicas consolidadas, mormente a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, “já não é suficiente, sobretudo pela existência de uma nova gama de situações que não se enquadram nesses conceitos e, ainda assim, precisam de sua proteção”¹⁰⁰.

É necessário que ela – a segurança jurídica – não se restrinja à proteção aqui mencionada, mas que seja instrumento de proteção da mudança, que é inerente ao direito, mediante a tutela das posições de transição.

O ritmo acelerado das mudanças sociais também promoveu a necessidade de adaptação do Estado, fazendo que este último não só garanta a segurança nas relações com o indivíduo, mas também crie mecanismos no que se refere ao tempo de sua atuação e reação. Assim, este novo modelo estatal deixa de responder apenas retrospectivamente e assume um modo de agir “orientado ao futuro”¹⁰¹.

Em outras palavras, a noção de segurança jurídica não pode estar restrita à proteção em face apenas de atos retroativos, exigindo que se estenda tal proteção com eficácia prospectiva, ou seja, que não alcancem necessariamente as figuras do direito adquirido, do ato

⁹⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 1301-131

⁹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 121.

⁹⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 50.

¹⁰⁰ MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 99

¹⁰¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 310.

jurídico perfeito e da coisa julgada, mas que suprimem normas constitucionais ou mesmo revogam leis que regulamentam tais normas.

O que se pretende, por meio da presente seção, é fornecer elementos mínimos que permitam solucionar o problema acima apontado, reduzindo o problema da insegurança, bem como fixar as bases sobre as quais o tema aqui proposto será construído.

Isso porque uma visão científica do processo civil não pode deixar se influenciar por discursos vazios, que se sustentam mais na eloquência da defesa de uma segurança jurídica indefinida, do que em premissas dogmáticas sólidas, sérias e estáveis¹⁰².

Antes de tudo, porém, é preciso que se esclareça que não se defende aqui uma noção absoluta de segurança jurídica, como a que é defendida por Jerome Frank, mencionado por Ravi Peixoto, Lucas Buril de Macêdo e Humberto Ávila¹⁰³, quando se afirma que o ideal de previsibilidade do direito não seria jamais alcançado em virtude da mutabilidade do Direito da constante mutação observada na sociedade.

Para Jerome Frank, a segurança seria um mito, uma vez que a dinamicidade do ordenamento seria incompatível com qualquer certeza absoluta. Ele fundamenta a segurança jurídica a partir de uma perspectiva psicológica, afirmando que ela teria origem no desejo infantil da criança, que vê em sua figura paterna alguém capaz de explicar tudo. Aos poucos, a criança se torna um adulto, mas com o mesmo desejo de segurança, que passa a ser buscado em outros setores que também não conseguem suprir seu desejo.

Note-se que tal concepção parte de uma noção idealizada e rígida do que seria a segurança jurídica. Ela seria a possibilidade de previsão exata de uma decisão, com a determinação da norma e o reconhecimento de seu caráter imutável. Neste sentido, a segurança jurídica seria algo irrealizável.

Discordamos, porém, de tal visão da segurança jurídica. Afirmar a impossibilidade de uma previsibilidade absoluta não é fato impeditivo para que seja permitida a atuação e manutenção da segurança jurídica, uma vez que é perfeitamente compatível com tal ideia o alcance de certo nível de previsibilidade. A necessidade de estabilidade não acarreta a imutabilidade do direito, sob pena de este ser injusto e de não acompanhar a constante evolução da sociedade. Conforme lembra Ravi Peixoto:

¹⁰² OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa Julgada e precedente**: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 18.

¹⁰³ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2 ed. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 39-40; MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2 ed. Salvador: Juspodvm, 2017, p. 95-98. ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 134-135.

a ausência de certeza não implica de forma alguma, um sistema completamente caótico. Entre a certeza e o caos existe uma enorme gama de camadas que podem existir e, algum lugar, está a moderna concepção da segurança jurídica.

Ademais, o Direito possui como uma de suas características essenciais a convivência com uma certa margem de incerteza. Ou seja, “a previsão do resultado de um processo, de uma decisão, estará sempre sujeita às incertezas que são típicas do funcionamento do processo”¹⁰⁴.

A própria segurança jurídica não pode ser encarada como algo absoluto; é preciso que sua relatividade seja enxergada, pois, ao estar inserida em um conjunto de normas, dentro do qual estão imersos outros princípios tão importantes quanto à própria segurança, é inevitável que ela venha a colidir, em determinadas situações com alguns destes princípios, deixando de se sobressair em todos os casos.

Aqui, faz-se necessário um parêntese para que se estabeleça a relação entre segurança jurídica e justiça. Tal necessidade decorre do fato de que um dos argumentos mais recorrentes na defesa da desconstituição da coisa julgada é a exigência de concreção da justiça.

Não se trata aqui, por óbvio, de fazermos uma profunda incursão nas teorias que buscam explicitar tal relação ou mesmo a responder o que é justiça (até mesmo porque este não é o propósito do presente trabalho), mas apenas de constatar a relação que existe entre ambas e indagar se as relações jurídicas consideradas seguras, ou seja, revestidas de estabilidade, são necessariamente justas. Ou melhor, a justiça é realizada sempre quando há observância da segurança jurídica?

Partindo-se da noção que a segurança jurídica tem como uma de suas características a estabilidade das situações já decididas, é possível que se admita que tal segurança pode gerar injustiças. Assim, “nem sempre quando observada a segurança jurídica, as decisões tomadas sob a égide do Estado de Direito se mostram justas, no seu aspecto subjetivo e material”¹⁰⁵. O caminho inverso, ou seja, o da insegurança jurídica, leva à injustiça.

Pois bem, feita a consideração acima, outra é também necessária, uma vez que sem que se explique a que face da segurança se faz aqui referência, não é possível definir adequadamente os seus limites. A delimitação do conteúdo da segurança jurídica permite maior efetividade e segurança nos resultados de sua investigação.

¹⁰⁴ MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 96

¹⁰⁵ SANTOS, Joyce Araújo dos. **Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica**. Porto Alegre: 2009, Nuria Fabris, p. 61

Isso ocorre porque a generalidade do conceito de segurança jurídica é tão ampla que é possível dizer o que bem se quer em sua definição¹⁰⁶; o que não se pode, porém, é deixar de defini-la por acreditar que sua obviedade dispensa qualquer tentativa de definição. Afinal, sem que se realize um apurado processo de redução de indeterminação, a segurança jurídica não passará de um “slogan propagandista”¹⁰⁷.

Decerto, dado seu caráter multifacetado, a segurança jurídica pode ser abordada de mais de uma forma¹⁰⁸, ou seja, como um fato, como valor¹⁰⁹ ou como uma norma¹¹⁰. Aqui, abordaremos a segurança jurídica em seu aspecto normativo, ou seja, como uma norma-princípio, tendo sido a definição deste aspecto normativo já abordado na seção anterior.¹¹¹

Neste aspecto normativo, são três os elementos necessários para que a segurança no direito seja realizada, sendo eles: a cognoscibilidade, a confiabilidade (estabilidade) e a calculabilidade (previsibilidade)¹¹².

A cognoscibilidade (determinabilidade), que diz respeito ao conhecimento do direito por quem a ele esteja submetido, busca permitir que os sujeitos tenham a capacidade de entender os possíveis sentidos de um determinado texto normativo. É a possibilidade de compreender os processos de criação do direito, bem como de conhecer previamente suas fontes e “razoavelmente determinar o seu preenchimento semântico”¹¹³.

É preciso esclarecer que tal conhecimento não deve ocorrer apenas formalmente, pois em nada ajuda à segurança o mero acesso ao texto se o destinatário é incapaz de compreender

¹⁰⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 96

¹⁰⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 110.

¹⁰⁸ Humberto Ávila faz análise semelhante, ao afirmar que a segurança jurídica pode ser encarada como um fato, ou seja, como a possibilidade de previsão, num caso concreto das consequências jurídicas de fatos ou comportamentos; como um valor, representando o juízo acerca do que é bom ou não de acordo com determinado sistema; ou como uma norma princípios, dizendo respeito a uma prescrição normativa através da qual se estabelece, de forma direta ou indireta, algo como permitido, proibido ou obrigatório, sendo um estado de coisas que deve ser buscado como mediante a adoção de condutas que produzam efeitos que contribuem para sua promoção. ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 126-127.

¹⁰⁹ Lucas Buril de Macêdo afirma que a segurança jurídica é “valor fundamental para qualquer sistema jurídico: o Direito”. Mais adiante reforça que ela é um “valor que é perseguido em variadas medidas em todos os ordenamentos jurídicos. Ao longo de sua abordagem, porém, é nítida a sua concepção de segurança jurídica, em sua perspectiva normativa. MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, 94-114.

¹¹⁰ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 43-44.

¹¹¹ Ravi Peixoto utiliza a noção de princípio defendida por Marcelo Neves, que também tivemos a oportunidade de expor no capítulo anterior.

¹¹² ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 130; 140-144. No mesmo sentido: PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 46-50

¹¹³ MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 96

o seu conteúdo. Daí a necessidade de clareza, precisão e inteligibilidade dos textos jurídicos como forma de concretização da cognoscibilidade.

Acontece que a linguagem prévia e detalhada do texto jurídico poderá fazer com que este não acompanhe a evolução das relações sociais, havendo a necessidade, portanto, de equilíbrio com a utilização de conceitos mais abertos. Aqui, cabe uma observação quanto a este aspecto da cognoscibilidade. Muitas vezes, tal aspecto da segurança jurídica opera como uma ficção, pois não é dado ao homem comum conhecer toda produção legislativa. Assim, a quantidade de leis, “ao contrário de aumentar a previsibilidade, a diminui, tendo em vista que o jurisdicionado não consegue acompanhar a sua evolução, não tendo conhecimento do que seria aplicável”¹¹⁴. Isso faz com que a cognoscibilidade, por si só, não garanta a segurança jurídica.

Ainda como característica da cognoscibilidade, há a necessidade de que as competências normativas e a regulação do direito também estejam previamente regulamentadas, permitindo aos destinatários da norma conhecer os responsáveis por sua criação.

Do que acima foi dito, é possível observar que a cognoscibilidade não garante, necessariamente, a segurança jurídica, não sendo, sozinha, suficiente para o alcance de tal objetivo, bem como havendo ainda a necessidade da existência dos elementos confiabilidade e calculabilidade.

Com efeito, a dinâmica e complexidade das relações sociais exige que o direito não se distancie dela, permanecendo imutável. Pelo contrário, a segurança jurídica também exige que o direito reaja diante de novos desenvolvimentos. Daí a necessidade do elemento confiabilidade, utilizado em uma perspectiva retroativa, permitindo que as “conquistas do passado permaneçam no presente”¹¹⁵.

Isso porque não é possível a existência de um Estado Democrático sem a garantia da segurança jurídica, de modo que ela – a segurança – passa a assumir o status de um “subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direitos”, nas palavras de Ingo Sarlet¹¹⁶. Ainda segundo o mesmo autor:

...a dignidade não estará suficientemente respeitada e protegida em todo lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade,

¹¹⁴ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2 ed. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 35

¹¹⁵ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2 ed. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 51.

¹¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 451.

confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.

Em outras palavras, a confiabilidade ou estabilidade, não impõe ao direito uma imutabilidade. Pelo contrário, ela permite que as mudanças nele operadas ocorram de forma a evitar alterações abruptas, violentas e arbitrárias. Isso inclui também um nível de dificuldade para que o direito seja modificado, de forma a garantir a estabilidade que permita aos sujeitos confiar em uma continuidade e realizar seu planejamento.

Ou seja, “as razões para a modificação do direito devem ser tão boas que justifiquem mais do que a própria solução adotada: é necessário que sejam boas o suficiente para justificar o rompimento da estabilidade”¹¹⁷.

Para tanto, a segurança jurídica deve ser preservada por meio da estabilidade dos atos já aperfeiçoados, sendo incentivada como fato de previsibilidade, a fim de que os indivíduos programem suas vidas e relações jurídicas sem receio de alterações inesperadas¹¹⁸.

Já a calculabilidade ou previsibilidade, é utilizada em uma perspectiva prospectiva, demonstrando aquilo que, do presente, deve ser mantido no futuro, ou seja, permitindo que as pessoas possam planejar sua própria vida e também os meios de alcançar seus planos. Ela diz respeito à possibilidade de antecipação de possíveis consequências, aplicáveis a determinados atos e fatos.

O elemento da calculabilidade também deve ser aplicável como possibilidade de “previsão razoável do direito nas decisões judiciais”¹¹⁹. Com efeito, o aumento da previsibilidade das decisões emanadas do Poder Judiciário não só garante maior segurança na prática dos negócios jurídicos como também impede a litigância sobre questões que já estejam decididas de forma estável naquele poder. É preciso salientar, porém, que a previsibilidade aqui afirmada não pode significar uma garantia inequívoca da prática de um ato ou da forma como a norma jurídica será aplicada.

Fixados os elementos acima, é preciso buscar a fundamentação normativa da segurança jurídica, haja vista a necessidade de se buscar tal fundamentação como forma de determinar a atuação da referida garantia em nosso ordenamento jurídico, ou seja, quais normas constitucionais permitem ao cidadão saber qual norma é válida e aplicável ao seu caso? O que garante que tal norma seja efetivamente aplicável e vincule os casos futuros?

¹¹⁷ MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 103

¹¹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 266.

¹¹⁹ MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 104

No caso do Estado brasileiro, a Constituição é um dos abrigos da segurança jurídica, sendo mencionada já em seu preâmbulo¹²⁰ e reafirmada por meio de seu art. 5º, *caput*¹²¹, e também do inciso XXVI¹²², servindo de fundamento para toda a ordem constitucional brasileira.

Para Humberto Ávila, a Constituição não apenas protege a segurança jurídica; ela é uma “constituição da segurança jurídica, por excelência”¹²³. Ela funciona como um princípio densificador do sobreprincípio do Estado de Direito, conformando a ordem jurídica e fazendo com que esta respeite as necessidades mínimas de vida digna em sociedade¹²⁴.

A despeito de uma possível ambiguidade do termo segurança, empregado nos dispositivos acima mencionados, podendo indicar segurança física ou jurídica, uma interpretação mais acurada do texto constitucional, permite-nos chegar à conclusão de que a segurança ali tratada é a jurídica.

Destarte, enquanto a segurança física diz respeito aos procedimentos que o Estado deve adotar para proteger bens e pessoas, a segurança jurídica diz respeito àquilo que deve estar presente para que o Estado possa garantir os direitos fundamentais¹²⁵. Neste sentido, merece transcrição a lição de Humberto Ávila:

A leitura de todo o art. 5º leva, no entanto, à conclusão de que o termo “segurança” é usado no sentido estrito de segurança jurídica. Primeiro, porque ele garante o direito à segurança ao lado do direito à liberdade, à igualdade e à propriedade. Ora, sendo a liberdade, a igualdade e a propriedade valores sociais objetivos, e não meramente estados psicológicos individuais, a proteção da segurança de *modo paralelo* à garantia desses outros valores é claro indicador de que o termo foi utilizado no sentido de segurança jurídica, tendo em vista que a segurança física não revela esses atributos.

A segurança jurídica está ligada ainda ao princípio do Estado de Direito, em sua ideia de limitação do poder pela vedação de arbitrariedade em seu exercício e como garantidor dos direitos fundamentais. Com efeito, o Estado de Direito pode ser compreendido sob um aspecto formal e um aspecto material, estando a segurança jurídica inserida em ambos, haja vista que tanto atua auxiliando a cognoscibilidade do direito, por meio da maior organização

¹²⁰ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança...”

¹²¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

¹²² XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

¹²³ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 215.

¹²⁴ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa Julgada e precedente**: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 23.

¹²⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 122.

de funções e das normas que regulamentam a tripartição de poderes, hierarquização das normas e proteção judicial (aspecto formal) como também na garantia dos direitos fundamentais (aspecto material).

1.2.1 A proteção da confiança legítima como concretização da segurança jurídica

Conforme já tivemos a oportunidade de afirmar, a segurança jurídica não pode se restringir a proteção contra atos de eficácia retroativa. É necessário que também se proteja as situações de quebra da confiança legítima que são geradas por atos normativos pretéritos. É assim que surge a proteção da confiança legítima¹²⁶.

Some-se a isso o fato de que a garantia da segurança, por meio da proteção de situações jurídicas pretéritas e baseada exclusivamente nas concepções de direito adquirido e expectativas de direito (em razão de sua duvidosa precisão dogmática destes dois conceitos) é insuficiente e inadequada ao atual estágio de nossa sociedade, “por desconsiderar estágios intermédios e condutas baseadas em projeções e prognoses da estabilidade normativa”¹²⁷.

A proteção da confiança legítima¹²⁸ emerge assim da necessidade de garantir a transição das normas jurídicas, evitando ou reduzindo os efeitos prejudiciais que possam advir aos indivíduos.

A preocupação gira em torno das situações em que a atuação de um indivíduo é pautada na confiança da aplicação de determinada norma que foi modificada, mas que gerou o planejamento e expectativa de seu cumprimento, merecendo sua proteção, portanto. Nesse sentido, “a proteção das expectativas legítimas é uma ampliação do âmbito de proteção da

¹²⁶ Assim como o faz Lucas Buril Macêdo, não tratamos a proteção da confiança legítima como uma categoria normativa autônoma, mas como “nova hipótese fática” para a concretização da segurança jurídica. Isso porque a segurança jurídica já é suficiente para cuidar das mesmas situações que são trazidas por aqueles que defendem a proteção da confiança legítima como um princípio autônomo. MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 106-107.

¹²⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 312.

¹²⁸ Danilo Moura Lacerda e Marcos Ehrhardt Junior tratam da proteção à confiança legítima como um subprincípio da segurança jurídica, estando fundada no Estado Democrático de Direito. Apontam ainda a sua origem em decisão do Tribunal Administrativo Superior de Berlim, datada de 1956 (DVBL. 1957, 503). Ainda para os referidos autores, tal subprincípio tem aplicação subsidiária, atuando apenas nos casos em que não exista norma específica e que apenas pode ser invocado pelo particular frente ao Poder Público. LARCEDA, Danilo Moura; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Boa-fé objetiva ou proteção à confiança? Qual princípio aplicar nas relações entre o estado e o particular tuteladas pelo direito administrativo. In: LOBO, Fabíola Albuquerque, EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.) **Boa-fé e sua aplicação no Direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 367-394.

segurança jurídica, que passa a se preocupar em fornecer segurança também na modificação do direito”¹²⁹.

A consequência da quebra da expectativa legítima do cidadão é extremamente danosa, uma vez que não só ofende a dignidade, como também torna o Estado de Direito um alvo da desconfiança de todos. Isso ocorre porque o indivíduo é estimulado, pelo Estado, a agir de determinada maneira, que passa, posteriormente, a ser o motivo da própria punição imposta pelo Estado.

Por meio da proteção da confiança legítima, a segurança jurídica regula a superação de normas jurídicas, sejam elas oriundas de leis ou de precedentes. Ela torna o sistema jurídico seguro e, ao mesmo tempo, flexível, diante da inevitabilidade da modificação do direito e da frustração das expectativas legítimas. É por isso que Rodrigo Ramina de Lucca afirma que a segurança jurídica exige um direito estável, previsível e que também respeite a confiança legítima que lhe é depositada pelo particular¹³⁰.

É preciso salientar ainda a estreita relação que existe entre a proteção da confiança legítima e os precedentes judiciais, uma vez que estes representam “a palavra final quanto à aplicação do direito”¹³¹, servindo para definição e pontuação daquilo que é jurídico. Nesse sentido, os precedentes permitem aos jurisdicionados que planejem suas condutas em conformidade com aqueles, criando assim a expectativa de que a decisão que foi prolatada em determinado caso seja repetida em casos análogos futuros.

É também neste sentido que analisaremos a segurança jurídica, ao tratarmos dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, diante da coisa julgada, conforme regulamentação conferida pelos dispositivos dos artigos 525, § 15º e 535, § 8º, do Código de Processo Civil vigente.

Por isso, é preciso ter em mente, ao analisarmos os dispositivos acima mencionados, que a segurança jurídica, inserida como direito fundamental e como espécie normativa do tipo princípio, é concretizada também por meio da coisa julgada, atingida pela decisão de inconstitucionalidade de que tratam os aludidos dispositivos legais.

Do que se conclui, neste ponto, que a decisão de inconstitucionalidade, ao produzir efeitos sobre a coisa julgada, está afetando, de alguma maneira, a segurança jurídica. Se tais

¹²⁹ MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 107

¹³⁰ LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais: estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 68.

¹³¹ MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 109

previsões normativas são constitucionais, ou seja, se devem ou não prevalecer diante da segurança jurídica é justamente sobre o que nos debruçaremos ao longo deste trabalho.

2 A GARANTIA DA COISA JULGADA

A coisa julgada possui estreita ligação com a segurança jurídica¹³², sendo uma das ferramentas de concretização desta última e um dos mais antigos institutos jurídicos da civilização ocidental¹³³. Sua principal característica é a de conferir estabilidade às decisões judiciais, de acordo com os limites existentes no ordenamento jurídico. Para Barbosa Moreira, a coisa julgada é um “instituto de função essencialmente prática, que existe para assegurar estabilidade à tutela jurisdicional dispensada pelo Estado¹³⁴”.

Ela se revela como importante instrumento a serviço da segurança jurídica na realização do Direito, impondo limites no passado e futuro, além de possibilitar a ordem e racionalidade. Por meio da coisa julgada, os conflitos resolvidos se estabilizam, evitando a sua eternização¹³⁵, sob pena de serem frustrados, completamente, os escopos da jurisdição que não seriam atingidos caso a coisa julgada não fosse imunizada contra futuras discussões¹³⁶.

Correlacionando a coisa julgada com a segurança jurídica, Tercio Sampaio Ferraz Junior¹³⁷ assim afirma:

Segurança tem a ver com a consistência da duração, isto é, com o evitar que um evento passado (o estabelecimento de uma norma e o advento de uma situação normada), de repente, se torne algo insignificante, e o seu futuro, algo incerto, o que

¹³² José Henrique Mouta Araújo, além de associar a coisa julgada à garantia da segurança, afirma que ela também é indispensável para a concretização da razoável duração do processo (processo sem dilações indevidas), uma vez que a demora na imunização da decisão judicial, além de evitar seu imediato e cumprimento definitivo, acaba por desestimular a procura pelo Poder Judiciário. ARAÚJO, José Henrique Mouta. A duração razoável do processo e o fenômeno da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buriel (org.); PEIXOTO, Ravi (org.); FREIRE, Alexandre (org.). **Coleção novo CPC: doutrina selecionada – processo de conhecimento e disposições finais e transitórias**. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 633-634.

¹³³ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. A coisa julgada formal no novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buriel (org.); PEIXOTO, Ravi (org.); FREIRE, Alexandre (org.). **Coleção novo CPC: doutrina selecionada – processo de conhecimento e disposições finais e transitórias**. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 617

¹³⁴ MOREIRA, Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In: **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011, p. 680. Para Antonio do Passo Cabral, a coisa não seria uma característica típica da função judicial, ela decorreria de razões legislativas de conveniência e estabilidade com o objetivo de “estancar e reduzir a litigância”; ela seria apenas uma espécie, dentre outras, de estabilidade social. CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 268-269.

¹³⁵ SANTOS, Joyce Araújo dos. **Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica**. Porto Alegre: 2009, Nuria Fabris, p. 83. Antonio do Passo Cabral propõe um modelo de estabilidade que, abandonando ideia de segurança-imutabilidade, parte do paradigma da segurança-continuidade, no qual, em vez da preocupação com a eternização dos litígios (refutada pelo autor), ter-se-ia a tarefa de verificar se, quando e como poderia haver mudanças nos casos já julgados. CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 330.

¹³⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 134-135.

¹³⁷ FERRAZ JUNIOR, TERCIO SAMPAIO. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: RIHJ, Belo Horizonte, v. 1. n. 3. Jan./dez. 2005. p. 125. Disponível na Internet: <http://bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=79252&p=62#>. Acesso em: 17 de setembro de 2017, às 21:10h

faria do tempo do direito um mero tempo cronológico, uma coleção de surpresas desestabilizadoras da vida. Afinal, se o sentido de um evento passado pudesse ser alterado ou o sentido de um evento planejado pudesse ser modificado ao arbítrio de um ato presente, a validade dos atos humanos estaria sujeita a uma insegurança e a uma incerteza insuportáveis.

Sua finalidade, além de concretizar a segurança, é a de realizar a justiça formal, ou procedimental, conforme advertido por Joyce Araújo dos Santos¹³⁸, uma vez que a justiça material não é aferível de pronto, possuindo cada uma das partes a sua concepção material de justiça¹³⁹. Assim, a coisa julgada permite a justiça possível de ser aferir de modo racional¹⁴⁰. Nesse mesmo sentido, afirma Nelson Nery Junior¹⁴¹:

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.

Em outras palavras, se durante o processo as partes devem buscar um resultado justo, após o seu término, o legislador passa a privilegiar a estabilidade, fazendo com que as decisões judiciais se tornem indiscutíveis, ainda que a justiça obtida seja questionável¹⁴².

Sua importância é tamanha que já se afirmou que, caso ela não existisse, teria que ser inventada, uma vez que não seria possível imaginar a insegurança derivada de sua inexistência¹⁴³. Neste sentido, merece transcrição a reflexão de Jordi Nieva-Fenoll¹⁴⁴:

Pergunto-me de que serve a alguém obter uma sentença a seu favor se deverá estar toda a vida defendendo esse direito concedido na sentença, diante de novas sentenças que pretendam anular o declarado. Em uma situação assim, até a autotutela parece uma solução razoável para evitar conflitos. Por isso é necessária a coisa julgada.

¹³⁸ SANTOS, Joyce Araújo dos. **Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional**: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica. Porto Alegre: 2009, Nuria Fabris, p. 83

¹³⁹ Não se trata aqui de fazermos uma profunda incursão nas teorias que buscam explicitar a relação entre o segurança e a justiça, mas apenas a de constatar a relação que existe entre ambas e de indagar se a relação jurídica considerada segura, ou seja, revestida de estabilidade, é necessariamente justa. Ou melhor, a justiça ocorre sempre em que há a observância da segurança jurídica.

¹⁴⁰ Por entender se tratar de uma exigência de ordem política (prática), Eduardo Juan Couture afirma que a coisa julgada é o direito alcançado através do processo, ou seja, é a experiência jurídica conseguida através de uma larga série de vicissitudes nas quais o direito mais seguro pode naufragar. COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 411-412.

¹⁴¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 56

¹⁴² OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa Julgada e precedente**: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 17.

¹⁴³ NIEVA-FENOLL, Jordi. **Coisa julgada**. Tradução: Antonio do Passo Cabral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 89.

¹⁴⁴ NIEVA-FENOLL, Jordi. **Coisa julgada**. Tradução: Antonio do Passo Cabral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 90.

2.1 A coisa julgada como instrumento a serviço da segurança jurídica

Conforme visto no capítulo anterior, a segurança jurídica se concretiza por meio dos elementos da cognoscibilidade, confiança e calculabilidade. Neste sentido, para que haja segurança jurídica, o Direito deve permitir aos indivíduos que conheçam as normas vigentes para que planejem seu futuro e possam confiar em sua aplicação.

Ao garantir a segurança como um direito fundamental, a Constituição oferece aos indivíduos não só a possibilidade de se protegerem contra os arbítrios perpetrados pelo próprio Estado (eficácia vertical), mas também pelos particulares (eficácia horizontal), além de fazer com que, na elaboração e aplicação do Direito, a segurança jurídica seja sempre observada¹⁴⁵.

Um dos instrumentos de promoção da segurança jurídica é justamente a coisa julgada¹⁴⁶, que busca o respeito não só da estabilidade jurídica, como também a confiança nas decisões que já se tornaram definitivas perante o Poder Judiciário¹⁴⁷. Para Francisco Wildo Lacerda Dantas, a coisa julgada tem dupla função, ou seja, tanto busca a estabilidade das relações jurídicas (segurança jurídica), como também mantém a ordem e paz social (finalidade política)¹⁴⁸.

Nesse sentido, apontado a coisa julgada como elemento do próprio Estado Constitucional, Paulo Mendes de Oliveira elenca, como finalidades que devem ser alcançadas para que se concretize a segurança jurídica: a) fornecer coerência ao sistema; b) viabilizar o

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa Julgada e precedente**: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 28.

¹⁴⁶ Para Rennan Faria Krüger, a coisa julgada é formada para o alcance da segurança jurídica. THAMAY, Rennan Faria Krüger. **A relativização da coisa julgada pelo Supremo Tribunal Federal**: o caso das ações declaratórias de (in)constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 38.

¹⁴⁷ Para Juan Felipe Vallejo Osorio, é na coisa julgada que se radicam a segurança jurídica e a certeza que devem estar presentes nas decisões judiciais que contribuem para a paz social. Ainda para o mesmo autor, a importância da coisa julgada não caiu no descrédito que aparentemente se pretende afirmar hoje em dia, “desde el código de Hamurabi la importancia de la cosa juzgada há sido reconocida sin mayores reparos por la comunidad jurídica, sin embargo, em la actualidad algunas doctrinas neoconstitucionalistas influenciadas por la jurisprudencia de los tribunales internacionales han logrado que la cosa juzgada caiga em descrédito.” OSORIO, Juan Felipe Vallejo. La cosa juzgada em Colombia: entre la seguridad jurídica y la justicia de la decision. In: AURELLI, Arlete Inês (coord.). et. al. **O direito de estar em juízo e a coisa julgada**: estudos em homenagem a Thereza Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 840.

¹⁴⁸ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. vol. II. Recife: Nossa Livraria, 2004, p. 195. Segundo Eduardo Juan Couture, a coisa julgada é uma exigência política e não propriamente jurídica, não sendo também de ordem natural, mas sim uma exigência prática. COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 400.

discurso jurídico; c) conferir cognoscibilidade ao direito; d) possibilitar a calculabilidade e e) gerar um sentimento de confiança nos cidadãos¹⁴⁹.

O primeiro objetivo – a coerência – decorre da necessidade de um sistema jurídico estruturado de forma racional a fim de que o Estado e a vida social sejam regulados e ordenados de forma harmônica. Para o alcance de tal desiderato, a coisa julgada evita que os jurisdicionados tenham respostas diferentes sobre uma mesma situação, permitindo assim não só que o judiciário tenha a última palavra sobre os litígios como também que tal palavra seja definitiva, ou seja, imune às futuras discussões acerca daquilo que já foi decidido.

Quanto à viabilidade do discurso jurídico, a coisa julgada permite o próprio exercício da jurisdição, uma vez que, caso não houvesse a possibilidade de um ponto final nos litígios¹⁵⁰, o que teríamos seria uma mera opinião do judiciário e não um discurso apto a definir a norma jurídica concreta que vai regular a relação de direito material posta em juízo.

Em outras palavras, a estabilidade conferida pela coisa julgada, além de pôr fim a discussão, viabiliza a segurança jurídica, que é inseparável do discurso jurídico do Estado Constitucional¹⁵¹.

A coisa julgada também permite às partes o conhecimento do direito que regula a relação jurídica na qual estão inseridas. Nisto consiste a cognoscibilidade. Se as partes buscam o judiciário porque não chegam a um consenso acerca de qual norma é aplicável ao conflito, a coisa julgada dissipa tal dúvida, permitindo que se conheça tal norma.

Conhecendo a norma aplicável ao caso concreto, os indivíduos também devem ter assegurada a possibilidade de planejar o futuro; o que apenas é possível se tiverem a garantia de que a coisa julgada será respeitada, afinal de contas onde não há uma base normativa sólida, estável, tal planejamento é impossível. É justamente disso que cuida a calculabilidade.

Por fim, a confiança surge como necessidade de que aquilo que já foi decidido e, portanto, já ingressou no patrimônio jurídico do indivíduo, não seja alterado posteriormente, de forma arbitrária.

Os elementos acima expostos - por integrarem o conteúdo do princípio da segurança jurídica e também pela relação que possuem com a coisa julgada, estando presentes também nesta última - não parecem deixar dúvidas quanto a afirmação feita no início deste capítulo,

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa Julgada e precedente**: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 33.

¹⁵⁰ Pontes de Miranda afirma que, do ponto de vista da psicobiologia, a coisa julgada é a necessidade de que “as descargas aos estímulos combativos tenham fim”. MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Tomo 1. Atualização: Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1998, p. 240.

¹⁵¹ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa Julgada e precedente**: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 34.

no sentido de que a coisa julgada é um dos instrumentos de concretização da segurança jurídica.

2.2 Fundamento normativo da coisa julgada

Não seria possível uma análise dos artigos 525, §§ 12¹⁵² e 15¹⁵³ e 538, § 8¹⁵⁴ do Código de Processo Civil vigente caso não fizéssemos antes uma análise do fundamento normativo da coisa julgada. Decerto, seria impossível examinar adequadamente as alterações que o legislador faz na coisa julgada sem que o fizéssemos à luz da Constituição atual.

Destarte, não nos parece possível analisar a compatibilidade dos dispositivos acima mencionados com o princípio da segurança jurídica, se não analisarmos também o fundamento constitucional da coisa julgada, uma vez que esta última é afetada pelos referidos dispositivos do Código de Processo Civil e que são objeto direto da presente pesquisa.

Se de um lado o artigo 5º, XXXV¹⁵⁵ permite a provocação da atividade jurisdicional para que seja analisada qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, de outro lado, no inciso XXXVI¹⁵⁶ do mesmo artigo, se impede que tal atividade seja exercida em duplicidade¹⁵⁷.

A previsão da coisa julgada, no artigo 5º, XXXVI, da Constituição vigente, garante não só a proteção contra atuação do legislador infraconstitucional, tendente a reduzir seu âmbito de atuação, sua importância, como também contra a atuação dos próprios juízes e administradores, que se sujeitam àquilo que está contido em determinado dispositivo de decisão judicial, uma vez que o respeito à coisa julgada é imperativo da segurança jurídica¹⁵⁸.

¹⁵² § 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.

¹⁵³ § 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.

¹⁵⁴ § 8º Se a decisão referida no § 5º 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.

¹⁵⁵ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹⁵⁶ XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

¹⁵⁷ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. A coisa julgada formal no novo Código de Processo Civil. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento**. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 618

¹⁵⁸ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 39

Tal norma, de matriz constitucional, conforme aponta Beclaute Oliveira Silva, juridiciza “o conjunto de atos praticados tendentes a produzir o enunciado e o próprio enunciado produzido”¹⁵⁹.

Observe-se que, mesmo que a Constituição não apresente o significado de coisa julgada, não é possível admitir que o legislador pode tudo, sob pena de inutilidade e esvaziamento do próprio instituto. Isso não significa, porém, que nenhuma alteração em sede de legislação infraconstitucional seja possível.

Se assim fosse, não poderíamos admitir a possibilidade de ação rescisória ou mesmo da revisão criminal, uma vez que ambas tem como finalidade a desconstituição da coisa julgada. Todavia, a própria Constituição Federal, em seus artigos 102, I, j, 105, I, e, admite tais ações, o que nos leva a conclusão de que o legislador, em sede infraconstitucional, pode regulamentar tais ações sem que haja violação da garantia da coisa julgada¹⁶⁰.

Discordando da natureza constitucional da coisa julgada, Paulo Roberto de Oliveira Lima, afirma que a referência feita pela Constituição àquela última tem “imotivadamente gerado uma espécie de sacralidade do instituto”¹⁶¹. Para o autor, a única regra sobre a coisa julgada que teria adquirido foro constitucional é a que proíbe o legislador de prejudicá-la. Todo o restante sobre o referido instituto seria matéria objeto de legislação infraconstitucional¹⁶².

A opção acima mencionada, a nosso ver, é incompatível com a natureza constitucional dada à coisa julgada, trazendo restrição ao seu alcance, que também não se coaduna com o instituto em questão.

Note-se que, ainda que não houvesse previsão constitucional, a coisa julgada deveria ser observada em atenção aos próprios fins buscados pelo Estado constitucional. Esta observação é importante, pois já se afirmou aqui que entre a opção de permitir sempre a

¹⁵⁹ SILVA, Beclaute Oliveira. Coisa julgada baseada em lei inconstitucional (?): análise sob o prisma da teoria das cargas de eficácia da sentença em Pontes de Miranda. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 66

¹⁶⁰ SILVA, Beclaute Oliveira. Coisa julgada baseada em lei inconstitucional (?): análise sob o prisma da teoria das cargas de eficácia da sentença em Pontes de Miranda. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 66

¹⁶¹ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 83-84.

¹⁶² LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 84.

alteração das decisões judiciais ou estabelecer um momento a partir do qual tais mudanças não fossem mais possíveis, o legislador optou pela segunda alternativa.

Todavia, tal escolha política é apenas aparente, uma vez que não se concebe um Estado Democrático de Direito, no qual as decisões do Poder Judiciário possam ser modificadas a qualquer momento.

É importante, mais uma vez, frisar, conforme observação já feita no capítulo anterior, que a coisa julgada não se limita à irretroatividade da lei, conforme advertido por Joyce Araújo dos Santos¹⁶³. Tal modo restrito de enxergar a coisa julgada, além de dissonante da interpretação sistemática e finalística que se deve fazer do instituto, “desprestigia o seu fundamento: o princípio da segurança jurídica”¹⁶⁴.

A afirmação acima é importante para que se evitem objeções ao caráter fundamental da coisa julgada, limitando-se esta última a uma garantia que tem como finalidade exclusiva evitar a retroatividade das leis diante de situações jurídicas já consolidadas. Afinal, de nada valeria uma decisão judicial imune apenas à lei, sem que o fosse também contra atos dos poderes executivo e judiciário. Se assim fosse, a atividade jurisdicional não valeria senão como um “exercício acadêmico”¹⁶⁵.

A coisa julgada, assim, como exigência da segurança jurídica, ao trazer estabilidade às decisões jurídicas, garante não só a previsibilidade, como também a calculabilidade, elementos que integram o próprio conteúdo da segurança jurídica.

2.3 Coisa julgada: Regra ou princípio?

Já expusemos no capítulo anterior as premissas aqui adotadas para a distinção normativa entre regras e princípios. Em relação à coisa julgada, tal distinção também é necessária, uma vez que as consequências de sua inclusão em uma ou outra categoria normativa são completamente diferentes. Não retomaremos aqui, contudo, as bases expostas no capítulo anterior, limitando-nos a classificar a coisa julgada em uma das espécies normativas aqui referidas.

¹⁶³ SANTOS, Joyce Araújo dos. **Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional**: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica. Porto Alegre: 2009, Nuria Fabris, p. 86

¹⁶⁴ SANTOS, Joyce Araújo dos. **Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional**: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica. Porto Alegre: 2009, Nuria Fabris, p. 86

¹⁶⁵ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **A coisa julgada nas ações de alimentos**. Revista de processo. vol. 62. Abri.-jun./92, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 10.

Conforme a noção de princípio aqui já abordada, tal espécie normativa é caracterizada por ser referir a um estado ideal de coisas a ser promovido ou conservado; situação esta que não nos parece corresponder à coisa julgada.

Até mesmo porque, caso admitíssemos aqui que a coisa julgada é um princípio, seríamos obrigados a admitir que é possível ao intérprete promover uma ponderação daquela última com outros princípios constitucionais, bem como afastá-la caso, em determinada situação concreta, ela viesse colidir com outra garantia cujas razões para sua prevalência fossem mais fortes.

Por conta do que foi dito acima, a opção pela análise da coisa julgada como uma espécie normativa do tipo regra parece ser a opção mais adequada. Decerto, ao se admitir que a coisa julgada tem natureza normativa de regra, estar-se-ia também admitindo que o constituinte, ao formular sua previsão, já teria realizado um juízo prévio de ponderação entre os diversos princípios constitucionais, redigindo no texto constitucional sua decisão¹⁶⁶.

Em outras palavras, a ponderação já foi realizada pelo legislador constituinte, que optou pela coisa julgada como instrumento de proteção da segurança jurídica.

Aqui é importante transcrevermos a lição de Humberto Ávila¹⁶⁷, acerca do conceito de regras, para que reforcemos nossa conclusão a respeito da natureza normativa da coisa julgada. Com efeito, para o referido autor a regras seriam:

Normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centradas na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Com base na definição acima, é possível observar que as regras possuem maior rigidez que os princípios, uma vez que sua superação apenas é possível caso existam razões suficientemente fortes para tanto, pois ao analisarmos os contornos do artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal, entendemos que a coisa julgada pode ser classificada como uma regra e não como um princípio, uma vez que se trata de um comando que prescreve uma proibição, característica das regras, portanto.

¹⁶⁶ Para Nelson Nery Junior, quando há choque entre os valores justiça da sentença e segurança das relações sociais e jurídica, o sistema constitucional brasileiro apresenta solução, optando pelo valor segurança (coisa julga). Esta seria a razão pela qual não se admite a ação rescisória sob o fundamento de injustiça da sentença. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**: processo civil, penal e administrativo. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 79

¹⁶⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 83

Como consequência da conclusão a que aqui se chega, quanto ao fato de a coisa julgada ser considerada como uma espécie normativa do tipo regra, é preciso esclarecer se ela – a coisa julgada - pode ser objeto de ponderação, uma vez que, de acordo com o autor do conceito aqui adotado para as regras, estas podem ser objeto de ponderação.

O que acaba de ser dito, nos leva a concluir que, a despeito de sua inclusão na espécie normativa do tipo regra, a coisa julgada não pode ser objeto de ponderação quando em conflito com outra coisa julgada ou outra regra.

Decerto, para Humberto Ávila, a ponderação não é um método privativo de aplicação dos princípios, uma vez que é possível que as regras entrem em conflito sem que uma delas perca sua validade. Com isso, a solução para tal conflito ocorreria por meio da superação, por razões contrárias, do conteúdo preliminar de uma das regras conflitantes. Tal superação apenas seria possível por meio de um processo de ponderação de razões, no qual a existência de uma razão “contrária que supera axiologicamente a razão que fundamenta a própria regra” faz surgir a exceção, ou seja, um processo de “valoração de argumentos e contra-argumentos”¹⁶⁸.

Entendemos que as regras, quando em conflito, podem ser superadas sem que haja necessariamente a decretação de invalidade de uma delas. É o que Thomas da Rosa Bustamante chama de “superabilidade excepcional”¹⁶⁹. Tal exceção, porém, adverte o mesmo autor, não “nos deve levar tão longe a ponto de abandonar a tese alexiana de que os princípios e regras possuem *modos de aplicação* diferentes”¹⁷⁰, ou seja, os princípios sendo aplicados, quando em colisão, pela ponderação e as regras, pela subsunção.

Nesse sentido, não entendemos como possível a ponderação entre duas coisas julgadas ou entre uma destas e uma norma do tipo regra. Tal ponderação, entendida esta como valoração comparativa entre razões de decidir¹⁷¹, contraria a própria finalidade da coisa julgada, a nosso ver. Sem contar no fato de que ela – a ponderação – já teria sido realizada pelo legislador, ao criar os enunciados normativos que a fundamentam.

¹⁶⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 57-60.

¹⁶⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 220

¹⁷⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 220.

¹⁷¹ Para Thomas da Rosa Bustamante, tal ponderação, que é utilizada por Humberto Ávila, estaria presente em todos os enunciados normativos, uma vez que “a consideração sistemática do ordenamento jurídico implica onipresentes juízos de valor que decorrem tanto da necessidade de se escolher um dentre os significados possíveis para um enunciado normativo quanto da eventual necessidade de se superar as possibilidades semânticas de um texto legal. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 223

Tanto é assim que, em algumas situações, o conflito entre coisas julgadas é solucionado no Código de Processo Civil, a exemplo dos artigos 966 e 485, apesar de reconhecermos que tal regramento, dado pelo legislador, não é suficiente para solução do problema do conflito entre coisas julgadas¹⁷². Tal problema, contudo, não será objeto de análise no presente trabalho.

A norma constitucional que prevê a coisa julgada não se revela diante de um conceito aberto como, por exemplo, ocorre com a própria segurança jurídica ou com a isonomia¹⁷³. Afirmar que ela se apresenta por meio de uma norma com natureza de regra, portanto, faz com que sejam produzidas todas as consequências que tais espécies normativas possuem.

Ou, como afirma Paulo Mendes de Oliveira, “estamos, portanto, muito mais perto de uma disposição que determina objetivamente um comportamento, do que perante “um estado ideal de coisas a ser promovido”¹⁷⁴.

Ainda na esteira do que afirma o mesmo autor, optar pela natureza de regra da norma que prevê a coisa julgada significa que: a) já houve uma ponderação do constituinte que, por seu turno, optou por privilegiar a estabilidade das decisões judiciais; b) em razão de tal escolha, os aplicadores do direito não podem desconsiderar a coisa julgada, diante do caso concreto, invocando outros princípios constitucionais para a superação daquela regra; c) as regras possuem mais força que os princípios no que diz respeito à decisão a ser adotada diante do caso concreto, uma vez que elas foram criadas, levando-se em consideração os princípios já existentes e d) nada impede que os princípios auxiliem na interpretação ou integração da coisa julgada¹⁷⁵.

Portanto, ficam aqui consignadas as razões pelas quais entendemos que a coisa julgada, tal qual prevista em nosso ordenamento positivo, possui a natureza de uma regra e, por conseguinte, traz a reboque todas as características de tal categoria normativa.

¹⁷² Sobre o tema, ver o trabalho de Beclate Oliveira Silva, para quem tal conflito (entre coisas julgadas) opera-se no plano da eficácia, permanecendo a segunda coisa julgada eficaz até que seja rescindida, ficando a primeira coisa julgada sem efeito caso ultrapassado o biênio para propositura da ação sem que esta tenha sido utilizada ou tenha sido julgada improcedente. SILVA, Beclate Oliveira. Conflito entre coisas julgadas no novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 25, n.99, p. 93-109, jul./set. 2017. p.106-107.

¹⁷³ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa Julgada e precedente**: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 43.

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa Julgada e precedente**: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 43.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa Julgada e precedente**: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 44-45

2.4 Uma breve incursão na teoria do fato jurídico

Como forma de justificar as afirmações que faremos acerca do conceito aqui adotado sobre a coisa julgada, optamos por fazer algumas considerações do referido instituto dentro da teoria do fato jurídico. Assim, o que se pretende aqui, como o próprio título desta seção já diz, é apenas o de permitir a inserção da coisa julgada dentro de tal teoria.

A teoria do fato jurídico, a despeito de seu desenvolvimento dentro do Direito Civil, não tem sua utilidade restrita ao seu local de criação. Com efeito, o fato jurídico se faz presente em diversos subdomínios do pensamento jurídico, a exemplo do direito penal, tributário, trabalhista e, no que mais interessa ao presente trabalho, no direito processual civil. Em outras palavras, o fato jurídico é um conceito jurídico fundamental cujo local adequado para seu enfoque é a Teoria Geral do Direito¹⁷⁶.

Como afirmam Fredie Didier Junior e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, trata-se de um “conceito da Teoria Geral do Direito, que funciona como condição de possibilidade do conhecimento jurídico, útil, portanto a todos os setores do Direito”¹⁷⁷.

Os conceitos e categorias elaborados por Pontes de Miranda e difundidos por Marcos Bernardes de Mello, portanto, são de “indiscutível utilidade para solução de situações conflituosas que não se limitam ao direito privado”¹⁷⁸ e que podem ser aplicados, dentre outros ramos, ao Direito Processual Civil¹⁷⁹.

Os fatos jurídicos¹⁸⁰ são fatos previstos de forma abstrata na norma jurídica. Tal previsão abstrata constitui o que se chama de suporte fático. Assim quando tais fatos, previstos de forma abstrata, ocorrem no plano da experiência, dizemos que houve a incidência

¹⁷⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 25.

¹⁷⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2 ed. Salvador: Juspodivm: 2013, p. 21

¹⁷⁸ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Apontamentos sobre a teoria do fato jurídico. In: BESERRA, Karoline Mafra Sarmiento (org.); EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (org.); SILVA, Jéssica Aline Caparica (org.). **Estudos sobre a teoria do fato jurídico na contemporaneidade: Homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. Editora Universitária Tiradentes: Sergipe, 2016. p. 12

¹⁷⁹ BATISTA, Bruno Oliveira de Paula; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Da (im)possibilidade de celebração do negócio jurídico processual pela pessoa com deficiência através da tomada de decisão apoiada. In: NETTO, Felipe Peixoto Braga; SILVA, Michael César; THIBAU, Vinícius Lott (Coord.). **O direito privado e o novo Código de Processo Civil: repercussões, diálogos e tendências**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 70.

¹⁸⁰ A noção de fato jurídico, conforme alerta Pedro Henrique Nogueira, não é uniforme na doutrina, sendo o termo utilizado para definir: a) todo efeito atribuído por uma norma; b) o próprio “evento concreto que desencadearia a relação jurídica ou os seus efeitos” ou c) o relato linguístico de um evento ocorrido feito pela autoridade competente. NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 27

da regra jurídica sobre o seu suporte, resultando assim no fato jurídico. O fato jurídico é assim o produto da incidência da norma sobre o seu suporte fático¹⁸¹.

Os fatos processuais¹⁸² também podem ser analisados de acordo com a teoria do fato jurídico, permitindo a afirmação de que eles também perpassam os três planos do mundo jurídico, ou seja, a existência, a validade e a eficácia.

Ainda de acordo com a teoria do fato jurídico, é possível classificar os fatos processuais, em sentido amplo, da seguinte forma: a) lícitos, que se dividem em: a.1) fato jurídico *stricto sensu* processual; a.2) atos-fatos jurídico processuais; a.3) atos jurídicos *stricto sensu* processual; a.4) negócios jurídico processuais e b) ilícitos processuais.

Não analisaremos aqui a classificação acima proposta, mas apenas buscaremos, conforme já alertado, situar a coisa julgada dentro da teoria do fato jurídico com o propósito específico de permitir uma melhor compreensão do tema e de justificar nossa posição em relação à própria natureza do instituto abordado.

Nesse sentido, a coisa julgada é um efeito jurídico¹⁸³, que decorre de um fato jurídico após a incidência da norma jurídica sobre o suporte fático. Ela não é um efeito da decisão, uma vez que esta última é apenas um de seus elementos¹⁸⁴. Tal efeito jurídico caracteriza-se pela imutabilidade e indiscutibilidade da decisão e, por conseguinte, da proibição de sua modificação e rediscussão¹⁸⁵.

Explicando melhor, a coisa julgada é um efeito jurídico, que decorre do fato jurídico após a incidência da norma e a decisão é apenas um dos elementos que compõem o fato jurídico. Ou seja, a norma traz em seu suporte fático outros elementos, além da decisão, e que, após a incidência¹⁸⁶ daquela última, produz a coisa julgada¹⁸⁷.

O que aqui acaba de se afirmar não é incompatível com a ideia acima adotada, no sentido de que a coisa julgada é uma espécie normativa do tipo regra. São perspectivas

¹⁸¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2 ed. Salvador: Juspodivm: 2013, p. 29

¹⁸² Trazendo denso material sobre a diversidade de noções acerca do fato processual e sua tipologia: NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 39-119

¹⁸³ O efeito jurídico é conceito jurídico que designa alterações produzidas no mundo jurídico e de condutas que, por conta de tais alterações, acabam se tornando devidas no mundo dos fatos. SENRA, Alexandre. **A coisa julgada no código de processo civil de 2015: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 84

¹⁸⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. vol. 2 Salvador: Juspodivm, 2016, p. 513

¹⁸⁵ SENRA, Alexandre. **A coisa julgada no código de processo civil de 2015: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 119

¹⁸⁶ A incidência é conceptual, não ocorrendo no mundo sensível nem no plano meramente subjetivo da mente do aplicador. NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 31-32.

¹⁸⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 515

diferentes acerca do mesmo objeto. A afirmação de que ela é efeito jurídico decorre de sua análise diante da teoria do fato jurídico; já o seu enquadramento como espécie normativa com natureza de regra, busca afastar sua categorização como princípio.

Assim, para que o efeito jurídico - coisa julgada - seja produzido¹⁸⁸, há a necessidade não só de uma decisão¹⁸⁹ mas também do trânsito em julgado¹⁹⁰, que ocorre quando da referida decisão não couber mais recurso (qualquer recurso), seja por que motivo for (por já terem sido esgotados os recursos, por não ter a parte vencida interposto qualquer recurso, por ter havido renúncia ao direito de recorrer etc.).

Adotando a mesma posição aqui defendida, Alexandre Senra¹⁹¹ afirma que a coisa julgada é um efeito jurídico que pode ter a sentença como integrante do suporte fático que produz a coisa julgada. Mas isso não significa dizer que a sentença produzirá a coisa julgada como um efeito necessário. Isso porque existem coisas julgadas que nem sempre decorrem de uma sentença ou mesmo sentenças que não possuem aptidão para gerar a coisa julgada.

É preciso esclarecer, contudo, que a coisa julgada também pode ser compreendida como um fato jurídico¹⁹² como, por exemplo, fazem os artigos 337, VII, § 1º¹⁹³ e § 4º¹⁹⁴ e 485, V¹⁹⁵, do Código de Processo Civil vigente.

Decerto no caso dos dispositivos legais mencionados no parágrafo anterior, como um fato jurídico, a coisa julgada pode ser entendida como a propositura de uma nova ação exatamente idêntica a uma ação anterior – já com decisão transitada em julgado – e que vincula o juiz como decorrência do efeito jurídico de se abster de resolver o mérito da nova ação. Nesse sentido, a coisa julgada como fato jurídico é diferente da coisa julgada como

¹⁸⁸ Para Pedro Henrique Nogueira, estando o suporte fático em relação de causalidade com o preceito da norma, o fato jurídico é a causa dos efeitos jurídicos, sendo, portanto, duas relações de causalidade jurídica. NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 30.

¹⁸⁹ Sobre que tipo de decisão pode produzir a coisa julgada, trataremos mais adiante.

¹⁹⁰ De acordo com Jose Carlos Barbosa Moreira, transitar em julgado não é o mesmo que produzir a coisa julgada. O trânsito em julgado é a passagem da sentença “da condição de mutável à de imutável”. MOREIRA, Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In: **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011, p. 684.

¹⁹¹ SENRA, Alexandre. **A coisa julgada no código de processo civil de 2015: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 84-85.

¹⁹² Esta é, inclusive, a concepção defendida por Roberto P. Campos Gouveia Filho, para quem a coisa julgada é sempre um fato jurídico e não um efeito jurídico. O fato jurídico coisa julgada seria o “fato da decisão com a coloração dada pelo trânsito em julgado”. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Art. 502. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida (coord.) et al. **Novo Código de Processo Civil comentado**. Tomo II (art. 318 ao 770). São Paulo: Lualri, 2017, p.283.

¹⁹³ § 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

¹⁹⁴ § 4º Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado.

¹⁹⁵ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

V - reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada;

efeito jurídico¹⁹⁶. Fazemos esta observação apenas para pontuar que nem todas as ocasiões em que o legislador faz referência à coisa julgada estamos diante de um efeito jurídico.

É que, por exemplo, no caso do artigo 337 do Código de Processo Civil, a coisa julgada consiste num fato que é a repositura da demanda. Já no artigo 485, V, o juiz fica impedido de resolver o mérito, reconhecendo a coisa julgada – fato jurídico – prevista no artigo 337, VII, § 1º e § 4º daquele mesmo diploma legal.

Em outros termos, é possível afirmar que a coisa julgada, tida como efeito jurídico e a coisa julgada, tida como fato jurídico, não podem se confundir, pois representam realidades distintas. A coisa julgada enquanto fato jurídico apenas existe em função da coisa julgada enquanto efeito jurídico.

A propositura de demanda idêntica (coisa julgada enquanto fato jurídico) é vedada porque sua traz à tona a discussão daquilo que já se tornou indiscutível e imutável (coisa julgada enquanto efeito jurídico)¹⁹⁷.

Pois bem, postas as considerações acima, é preciso ainda esclarecer que a coisa julgada, analisada ao longo do presente trabalho, será aquela prevista no artigo 502¹⁹⁸ do Código de Processo Civil, ou seja, a coisa julgada como um efeito jurídico apenas.

2.5 Conceito de coisa julgada e alguns esclarecimentos sobre sua natureza jurídica

Para análise do tema aqui proposto, é fundamental que se deixe clara a noção de coisa julgada aqui adotada¹⁹⁹. A quantidade de conceitos existentes para a expressão “coisa julgada” torna necessário não só analisarmos alguns destes conceitos, como também delimitarmos aquele que será utilizado no presente trabalho, afinal de contas, o alerta feito por Barbosa Moreira mostra que, apesar de ser um dos temas que mais despertam a atenção dos curiosos, a

¹⁹⁶ SENRA, Alexandre. **A coisa julgada no código de processo civil de 2015**: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 121.

¹⁹⁷ SENRA, Alexandre. **A coisa julgada no código de processo civil de 2015**: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 121

¹⁹⁸ Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

¹⁹⁹ A coisa julgada, assim como diversos institutos do Direito Processual, apresentou evolução em seu conceito, conforme a noção que tinha acerca da jurisdição. Por exemplo, para Chiovenda, a coisa julgada seria a afirmação da vontade da lei no caso concreto Assim, sendo a sentença unicamente a afirmação ou negação da vontade do Estado, a coisa julgada não se estenderia além de tal declaração. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. Trad. Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 2008, p. 449. A mesma noção é defendida por Piero Calamandrei, para quem a coisa julgada, por ser a declaração do que o “juiz afirma ser a vontade da lei”, confere certeza jurídica ao que foi decidido, uma vez que a sentença, após ser proferida, se “despoja de todas suas premissas lógicas”. CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. vol. III. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999, p. 272.

coisa julgada, paradoxalmente, apresenta problemas que crescem na “mesma proporção em que os juristas se afadigam na procura das soluções”²⁰⁰.

A imensa complexidade que gira em torno do tema, bem como as diversas correlações que a coisa julgada possui com outros temas centrais do Processo Civil, exige uma maior prudência do intérprete, uma vez que qualquer solução ou proposta adotada repercutirá sobre uma gama de problemas processuais que se vinculam “à essência e à eficácia das decisões jurisdicionais”²⁰¹. Ou, como adverte Antonio do Passo Cabral²⁰²:

...quando se trata de institutos que favorecem a segurança, definições precisas e sistemas coerentes são absolutamente fundamentais. Se não há critérios claros e simples para definir quando e como uma discussão processual pode ser reaberta, uma das funções mais relevantes da coisa julgada, que é promover a economia e a segurança, proibindo a reapreciação, acaba virando-se contra o próprio sistema, porque os debates sobre a existência de efeito preclusivo ou sobre se pode haver rejuízo tornam-se tão complexos que aumentam os custos globais da litigância.

É preciso que se esclareça, todavia, que a adoção de uma posição sobre o tema não depende da análise de cada um dos conceitos que são apresentados acerca da coisa julgada, mas sim que se escolha uma perspectiva que possa orientar o presente trabalho. Tal perspectiva não pode fugir da que é traçada atualmente pelo direito positivo, mormente o contido nos artigos 502 e 503²⁰³ do Código de Processo Civil vigente.

A coisa julgada é instituto de natureza processual²⁰⁴, vinculando o juiz e as partes ao comando daquilo que foi decidido, conferindo estabilidade à ordem jurídica e impedindo que se possam questionar as conclusões judiciais em eventuais demandas futuras²⁰⁵.

Seu conceito, no direito positivo, é dado tanto pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 6º, § 3º²⁰⁶ (Lei nº 4.657/42), como pelo próprio Código de Processo Civil vigente, em seu artigo 502.

²⁰⁰ MOREIRA, Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In: **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011, p. 679

²⁰¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 104.

²⁰² CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 146.

²⁰³ Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

²⁰⁴ Entendemos aqui que a coisa julgada tem natureza processual porque ela não faz nascer novos direitos que regerão a relação de direito material deduzida em juízo, não se ligando diretamente a tal relação. Entendendo, porém, que se trata de instituto cujo regime jurídico é híbrido (formado por normas de direito material e direito processual): SENRA, Alexandre. **A coisa julgada no código de processo civil de 2015**: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos. Salvador: Juspodivm, 2017, p 91-100

²⁰⁵ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa Julgada e precedente**: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 60.

²⁰⁶ § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 6º, § 3º, conceitua a coisa julgada de forma inadequada, posto que dá relevância apenas ao seu aspecto formal, uma vez que ela apenas informa quando a coisa julgada começa a existir, sem nos informar nada sobre ela.

Joyce Araújo dos Santos, ainda que na vigência do Código de Processo Civil revogado²⁰⁷, definiu a coisa julgada como um “atributo das decisões judiciais de que não cabe mais recurso, notadamente porque traz para tais decisões a situação de imutabilidade²⁰⁸, de modo que tal qualidade alcança a sentença como um todo, inclusive os efeitos (eficácia) dela decorrentes”,²⁰⁹.

A autora acima mencionada, com arrimo nas lições de Liebman²¹⁰, entende que a coisa julgada é uma qualidade que se sobressai daquelas decisões que não são mais passíveis de reforma, uma vez que delas não cabe mais recurso, seja porque se esgotaram os recursos cabíveis, porque não há mais prazo para recurso ou mesmo porque a parte vencida desistiu de recorrer.

Decerto, para Liebman²¹¹, a autoridade da coisa julgada nada tem a ver como o efeito da sentença; ela diz respeito à maneira com que os efeitos de uma sentença se manifestam e são produzidos. “Algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado”. Assim, para o referido autor, “caem todas as definições correntes no erro de substituir uma qualidade dos efeitos da sentença por um efeito autônomo”.

É preciso esclarecer que a coisa julgada não se confunde com os efeitos ou com o conteúdo da sentença; a própria coisa julgada produz efeitos de outra categoria, consistente na imutabilidade dos efeitos do julgado²¹².

²⁰⁷ Neste trabalho, ao mencionarmos o Código de Processo Civil revogado, estamos nos referindo à Lei Federal nº 5.869/73, que foi revogada pelo vigente Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/15).

²⁰⁸ A imutabilidade impede que o juiz posterior se pronuncie sobre a coisa julgada já formada. A indiscutibilidade torna obrigatória a observância, em processos futuros, daquilo que já foi decidido pela sentença transitada em julgado. MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 12.

²⁰⁹ SANTOS, Joyce Araújo dos. **Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional**: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica. Porto Alegre: 2009, Nuria Fabris, p. 91

²¹⁰ Liebman é referenciado por diversos autores como o nome de maior expressão a defender a coisa julgada como qualidade da sentença, um plus em relação aos efeitos daquele ato processual. Nesse sentido: SANTOS, Joyce Araújo dos. **Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional**: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica. Porto Alegre: 2009, Nuria Fabris, p. 91. SENRA, Alexandre. **A coisa julgada no código de processo civil de 2015**: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 81. OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa Julgada e precedente**: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 65

²¹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução e atualização: Ada Pellegrini Grinover. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 41.

²¹² SANTOS, Joyce Araújo dos. **Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional**: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica. Porto Alegre: 2009, Nuria Fabris, p. 91

Para entendermos melhor o que acaba de ser dito, é necessário fazer uma rápida distinção entre conteúdo, eficácia e efeitos da decisão²¹³, até mesmo como forma de precisar melhor nossa opinião a respeito do conceito aqui adotado acerca da coisa julgada.

Destarte, o conteúdo da decisão é o elemento interno, que caracteriza o ato como decisório e sem o qual a própria existência do ato restaria comprometida²¹⁴; é a declaração pronunciada pelo juiz²¹⁵.

Já a eficácia, postas de lado as divergências a respeito de seu significado, para os fins aqui propostos, é a aptidão da decisão para produzir seus efeitos. A eficácia indica a qualidade de ser eficaz e faz parte do “ser da sentença”, não se confundido com os efeitos que ela pode produzir²¹⁶.

Os efeitos, por sua vez, ficam fora do ato e operam no mundo sensível, ou seja, alterações provocadas nas relações jurídicas no mundo dos fatos, sendo portanto externos e só surgindo após o julgado.²¹⁷ Pois bem, feitas estas breves considerações, resta-nos situar a coisa julgada, o que exige o rápido exame das principais correntes doutrinárias sobre o assunto.

Demonstrando as concepções que influenciaram o legislador do atual Código de Processo Civil, Alexandre Senra²¹⁸ se debruça sobre três concepções (a Alemã, a Italiana e a de José Carlos Barbosa Moreira) que, em seu entender não só provocaram tal influência, como também são bastante úteis do ponto de vista dogmático. Assim, conclui que tais concepções divergem basicamente em dois pontos: a) o que é a coisa julgada e b) sobre o que se estende a imutabilidade/indiscutibilidade²¹⁹.

²¹³ Para Rennan Faria Krüger, a eficácia é “a forma de obtenção do resultado pretendido”, uma forma de produzir o resultado conforme o caso concreto; de modo que o resultado da decisão dependeria inteiramente da eficácia, que se agregaria ao conteúdo da decisão, produzindo os efeitos esperados. Os efeitos, por sua vez, são resultados do conteúdo existente na decisão judicial (declaratório, constitutivo, condenatório, executório e mandamental). THAMAY, Rennan Faria Krüger. **A relativização da coisa julgada pelo Supremo Tribunal Federal: o caso das ações declaratórias de (in)constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 46-47.

²¹⁴ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa Julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 62.

²¹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. Vol. 1. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 455.

²¹⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. Vol. 1. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 455.

²¹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. Vol. 1. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 455.

²¹⁸ SENRA, Alexandre. **A coisa julgada no código de processo civil de 2015: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos**. Salvador: Juspodivm, 2017, p 81-82

²¹⁹ Para Jordi Niev-Fenoll, o único aspecto prático relevante da coisa julgada é a definição de seu alcance, ou seja, “como os juízos dos processos passados influem nos juízos futuros”. Ao buscar a solução para tal problema, afirma que a doutrina acabou desvirtuando não só a história do instituto como complicou seu conceito,

De acordo com Alexandre Senra²²⁰, na Alemanha difundiu-se a ideia de que a coisa julgada era algo distinto da decisão proferida, sendo algo externo a esta última, um efeito que é ligado ao elemento declaratório da sentença. Tal concepção foi proposta por Hellwig, que passou a considerar a coisa julgada como um efeito, dentre os vários produzidos por uma decisão judicial; pensamento este que, no Brasil, também foi defendido por Pontes de Miranda, ao considerar que a coisa julgada seria uma “eficácia da sentença”²²¹.

Contrariando a posição acima, conforme já apontado, Liebman identificou que a coisa julgada não seria um efeito da sentença, mas um novo elemento, que qualificava os efeitos. Daí a noção segundo a qual a coisa julgada seria qualidade que tornaria imutável os efeitos da sentença a estes se agregando como algo novo²²².

Ovídio A. Baptista da Silva também se aproximou da definição dada por Liebman, ao afirmar que a coisa julgada é uma qualidade que se ajunta, porém, não ao conteúdo e a todos os efeitos da sentença, mas sim apenas ao efeito declaratório, tornando-o indiscutível²²³. Ou seja, para Ovídio Baptista, a coisa julgada material seria a qualidade adicionada, em dadas circunstâncias, ao efeito declaratório da sentença (e apenas a este), tornando-a indiscutível²²⁴.

No Brasil, o maior opositor da teoria de Liebman foi Barbosa Moreira, para quem a coisa julgada é uma situação jurídica²²⁵, ou seja, ela decorre de um fato jurídico cuja identificação só pode ser feita à luz do direito positivo. Para o jurista brasileiro, os efeitos da sentença seriam mutáveis, uma vez que o trânsito em julgado é o que confere estabilidade ao conteúdo da decisão.

analisando aspectos que nenhuma influência tem na solução do alcance da coisa julgada. NIEVA-FENOLL, Jordi. **Coisa julgada**. Tradução: Antonio do Passo Cabral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 87-88.

²²⁰ SENRA, Alexandre. **A coisa julgada no código de processo civil de 2015**: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos. Salvador: Juspodivm, 2017, p 81.

²²¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Tomo 1. Atualização: Wilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1998, p. 211-212; 239-240; 316; 329.

²²² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução e atualização: Ada Pellegrini Grinover. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 41

²²³ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. Vol. 1. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 468.

²²⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. Vol. 1. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 469. Noção semelhante também é trazida por Eduardo Juan Couture, para quem a coisa julgada é um conceito jurídico cujo conteúdo difere do simples enunciado de seus termos, sendo uma forma de autoridade e uma medida de eficácia da decisão judicial. COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 400.

²²⁵ Idêntica posição é assumida por Gisele Leite e Denise Heuseler para quem a coisa julgada nem é efeito da sentença nem qualidade de seus efeitos; é uma situação jurídica que se forma no momento em que a sentença se torna estável. LEITE, Gisele; HEUSELER, Denise. **A coisa julgada e novo código de processo civil brasileiro**. Disponível na internet <<https://professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/177525505/a-coisa-julgada-e-o-novo-codigo-de-processo-civil-brasileiro>>. Acesso em: 08 de setembro de 2017 às 18:30h. Ainda no mesmo sentido, afirmando ser a coisa julgada uma situação jurídica: MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. A coisa julgada formal no novo Código de Processo Civil. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 619

As críticas feitas por José Carlos Barbosa Moreira²²⁶, todavia, compatibilizam a teoria defendida por Liebman com a realidade do processo e da complexidade das relações envolvidas, que podem modificar os efeitos da decisão judicial, ou seja, que tais efeitos podem deixar de ser produzidos caso haja uma alteração na situação fática, sem que isso signifique violação da coisa julgada ou do comando judicial por ela revestido²²⁷.

Para Alexandre Senra, as concepções acima não apresentam propriamente uma discordância²²⁸. Por isso, afirma o referido autor que “situar o dissenso nos termos efeito e qualidade é se perder num desacordo meramente verbal”²²⁹. Isso porque o verdadeiro dissenso entre as concepções acima estaria em saber se a coisa julgada é um efeito da própria sentença.

A nosso ver, a coisa julgada é um efeito jurídico²³⁰, do qual a decisão judicial pode fazer parte, quando compõe o suporte fático ao qual se vincula como preceito a coisa julgada. Assim, a coisa julgada é o efeito jurídico que resulta do fato jurídico formado pela incidência da norma sobre o suporte fático concreto do qual a decisão judicial faz parte. Ela não é “efeito conatural da sentença”²³¹.

A definição acima não diverge da que é apresentada por Barbosa Moreira²³², para quem:

A coisa julgada não se identifica nem com a sentença transitada em julgado, nem com o particular atributo (imutabilidade) de que ela se reveste, mas com a situação jurídica em que passa a existir após o trânsito em julgado. Ingressando em tal situação, a sentença adquire uma autoridade – esta, sim – se traduz na resistência a subseqüentes tentativas de modificação do seu conteúdo. A expressão “*autoritas rei*”

²²⁶ MOREIRA, Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In: Doutrinas Essenciais de Processo Civil. vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011, p. 683. No mesmo sentido: MOREIRA, Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: **Revista de processo**. vol. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1994, p. 27.

²²⁷ SANTOS, Joyce Araújo dos. **Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional**: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica. Porto Alegre: 2009, Nuria Fabris, p. 92

²²⁸ No mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque, afirma que a divergência é apenas aparente e que estaria ligada a aspectos terminológicos. Para o autor, o que importa é a imutabilidade da decisão em si, não tanto a de seus efeitos. Todavia, o autor entende que a imutabilidade não é só da decisão judicial, mas também de seus efeitos; o que conferiria maior relevância ao aspecto da garantia como resultado da coisa julgada no plano material. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 140-141.

²²⁹ SENRA, Alexandre. **A coisa julgada no código de processo civil de 2015**: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos. Salvador: Juspodivm, 2017, p 81-84

²³⁰ No mesmo sentido, entendendo que a se trata de situação jurídica, entendida esta última como efeito jurídico que decorre de determinado fato jurídico após a incidência da norma jurídica: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. vol. 2 Salvador: Juspodivm, 2016, p. 513

²³¹ SENRA, Alexandre. **A coisa julgada no código de processo civil de 2015**: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 84. SANTOS, Joyce Araújo dos. **Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional**: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica. Porto Alegre: 2009, Nuria Fabris, p. 83

²³² MOREIRA, Barbosa. **Ainda e sempre a coisa julgada**. In: Doutrinas Essenciais de Processo Civil. vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011, p. 684

iudicate” e não “res iudicata”, portanto, é a que corresponde ao conceito de imutabilidade.

Quanto ao segundo ponto do dissenso acima mencionado – sobre o que se estenderia a imutabilidade/indiscutibilidade – temos, de forma resumida, duas posições a) a coisa julgada torna imutável/indiscutível o conteúdo da sentença; b) os efeitos da sentença é que seriam atingidos pela imutabilidade/indiscutibilidade.

Ora, pela perspectiva aqui adotada, a imutabilidade/indiscutibilidade da coisa julgada se estende ao conteúdo da decisão²³³ e não aos seus efeitos. Isso porque, conforme vimos, entendemos ser a coisa julgada uma situação jurídica que surge após o trânsito em julgado.

Buscando demonstrar a abrangência da coisa julgada, Ovídio Baptista Leciona que “a coisa julgada envolve todas as questões cuja solução seja um pressuposto da decisão final da causa, estejam elas expressas ou não na petição inicial, mas as questões que não forem invocadas pelo autor ficarão fora da demanda, embora pertençam à lide”²³⁴.

Ainda de acordo com o mesmo autor, a coisa julgada não se restringe à parte dispositiva da sentença, uma vez que seus limites devem ser verificados de acordo com as questões que foram determinantes para o alcance de tal dispositivo. Com isso, cada demandada teria uma configuração particular estruturada pelo autor, devendo ser identificados não só o fato descrito, mas todos que sejam compatíveis e determinantes para a causa de pedir, de modo que “a reapreciação dessa mesma cadeia de fatos numa futura demanda resultasse uma decisão discrepante”²³⁵. Estes seriam, portanto, de acordo com o referido autor, os limites objetivos da coisa julgada.

Feita a consideração acima, é importante também definirmos nossa posição acerca de qual o conteúdo da sentença que se torna imutável com o trânsito em julgado. Pontes de Miranda, ao tratar da eficácia das sentenças, afirma que estas possuem uma força preponderante, que pode ser declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental ou executiva, mas que independente de tal força preponderante, elas apenas produzem a coisa julgada quando apresentar peso 5, 4 ou 3 de declaratividade²³⁶.

²³³ Para Rennan Faria Krüger, a *res iudicata* só se forma, em verdade, se houver enfrentamento definitivo do mérito, uma vez que decisões processuais não adquirem a qualidade de coisa julgada (apenas transitam em julgado). THAMAY, Rennan Faria Krüger. A coisa julgada no direto processual civil brasileiro. In: **Revista de processo**. vol. 269. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2017, p. 154-155.

²³⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 125.

²³⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 136-137.

²³⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Tomo 1. Atualização: Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1998, p. 140.

Ou seja, para o referido autor, as sentenças que contêm um peso mínimo (1 ou 2) de declaratividade²³⁷ não são capazes de produzir a coisa julgada²³⁸, sendo esta a razão pela qual algumas sentenças não produzem o efeito da coisa julgada material²³⁹.

Para Pontes de Miranda, toda sentença possui um elemento preponderante, mas nenhuma é sempre pura, ou seja, com apenas um elemento²⁴⁰. Ao elemento declaratório – que não se confunde com a ação declaratória²⁴¹ – corresponde à eficácia de coisa julgada material.

Por isso, a função declaratória da sentença, seja preponderante ou apenas relevante, é a condição sem a qual não há coisa julgada material ou, nas palavras do autor: “força declarativa ou efeito declarativo mais indiscutibilidade é igual a força ou efeito de coisa julgada material”²⁴².

Na mesma linha de pensamento acima, Ovídio A. Baptista da Silva defende que nem todas as sentenças possuem aptidão para formar a coisa julgada material, uma vez que, em determinados casos, a “rarefação do elemento declaratório da sentença”, perde peso em favor da constitutividade ou mandamentalidade, que se sobrepõem em relação à eficácia declaratória²⁴³.

A associação da imutabilidade da coisa julgada ao elemento declaratório da sentença é defendida também por Pedro Henrique Nogueira²⁴⁴, para quem

A eficácia de declaração se liga diretamente à coisa julgada material, pois a sentença declarativa confere, após o seu trânsito em julgado, a indiscutibilidade ao direito declarado ou reconhecido no ato sentencial. Mas não apenas as sentenças preponderantemente declaratórias são aptas à irradiação da coisa julgada: qualquer

²³⁷ Como exemplo de sentenças com baixa declaratividade, o autor cita a sentença denegatória do Mandado de Segurança, em razão de não ser certo e líquido o direito, ou com a sentença que resolve dúvidas do oficial do registro de imóveis. MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Tomo 1. Atualização: Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1998, p. 140.

²³⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Tomo 1. Atualização: Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1998, p. 139.

²³⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Tomo 1. Atualização: Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1998, p.175

²⁴⁰ Elemento é a força que toda sentença possui, podendo ser declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental e executiva, a depender do elemento que prepondera sobre os demais. MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Tomo 1. Atualização: Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1998, p. 173-174.

²⁴¹ Para o autor, há elemento declaratório em toda ação e toda sentença, mas nem sempre tal elemento é relevante e nem preponderante. MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Tomo 1. Atualização: Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1998, p. 173.

²⁴² MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Tomo 1. Atualização: Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1998, p. 177

²⁴³ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. Vol. 1. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 468.

²⁴⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material**. Salvador: Juspodvim, 2008, p. 170.

sentença que eventualmente contenha eficácia imediata ou mediata de declaratividade²⁴⁵ está propensa à irradiação da coisa julgada material.

Tal ideia é defendida ainda por Beclaute Oliveira Silva, para quem tal imutabilidade recai sobre o elemento declarativo da sentença, uma vez que o único efeito da decisão atingido pela coisa julgada é o declaratório. Concordando com o pensamento, porém acrescentando que se trata de qualidade que se agrega ao efeito declaratório²⁴⁶, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidieiro afirmam que “nem todos os efeitos tornam-se imutáveis em decorrência da coisa julgada. Somente o efeito declaratório é que pode, efetivamente, tornar-se imutável em decorrência da coisa julgada”²⁴⁷.

Roberto P. Campos Gouveia Filho defende que a decisão judicial, por ser ato linguístico, “tem um dizer fundamental, sobre o qual as demais eficácias se erguem”. Para o autor, tal dizer consiste numa eficácia declaratória, que ele chama de “declaração-base”. Ou seja, a declaratória-base seria a única eficácia que tem a característica da indiscutibilidade inerente à coisa julgada²⁴⁸.

Para os autores acima referidos, observa-se que a coisa julgada estaria necessariamente vinculada ao seu elemento declarativo, não sendo formada se tal elemento for mínimo ou rarefeito²⁴⁹. Tal entendimento, porém, não é unânime.

Contrariando a ideia que acaba de ser exposta, ou seja, que a formação da coisa julgada material estaria necessariamente vinculada ao elemento declaratório da sentença, Paulo Roberto de Oliveira Lima²⁵⁰, faz crítica à Pontes de Miranda, afirmando que

²⁴⁵ Pontes de Miranda, ao tratar da eficácia das decisões, faz distinção entre a) força sentencial, que corresponde a sua eficácia preponderante (peso 5); b) eficácia imediata, que resulta da sentença, sem necessidade de novo pedido (peso 4) e c) eficácia mediata, que corresponde a uma questão prévia ou prejudicial ou a que enseja novo pedido (peso 3). Assim, para o referido autor, conforme já dito, além das sentenças que contenham peso 5 (eficácia sentencial – preponderante) de declaratividade, formarão a coisa julgada material as sentenças que contenham peso 4 (eficácia imediata) e peso 3 (eficácia mediata) de declaratividade. MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Tomo 1. Atualização: Wilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1998, p. 171-172.

²⁴⁶ A noção é inclusive idêntica a que é defendida por Ovídio A. Baptista da Silva, conforme acima já demonstrado (SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. Vol. 1. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 469). MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Processual Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 623 e 625

²⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Processual Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 626

²⁴⁸ GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Art. 502. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida (coord.) et al. **Novo Código de Processo Civil comentado**. Tomo II (art. 318 ao 770). São Paulo: Lualri, 2017, p. 283;286.

²⁴⁹ Comentando a teoria de Pontes de Miranda, Paulo Roberto Lyrio Pimenta afirma que o elemento declaratividade é encontrado em qualquer espécie de ação, ainda que com peso ínfimo; a declaração seria o pressuposto das demais cargas eficaciais, aparecendo com força preponderante nas ações declarativas. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A classificação das ações de Pontes de Miranda e a eficácia preponderante da decisão de inconstitucionalidade. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 514.

Em verdade, a produção da coisa julgada independe do elemento declarativo contido na sentença, dado que seja qual for a quantidade do elemento declarativo presente na decisão, o sistema há de reconhecer certa dose de imutabilidade no comando da sentença, tão logo esgotada a possibilidade do uso dos recursos.

A crítica feita por Paulo Roberto de Oliveira Lima e a ideia por ele defendida, segundo a qual a “imutabilidade das decisões independe da natureza jurídica da sentença”²⁵¹, não é capaz de infirmar, ao nosso ver, a teoria por ele criticada. É que o autor parte de uma análise feita exclusivamente do direito positivo então vigente, que não fazia (e ainda hoje não faz) tal diferenciação²⁵². Tanto que Paulo Roberto de Oliveira Lima admite que “a intangibilidade da coisa julgada é relativa e compete à lei definir o grau de imutabilidade de que deve revestir a decisão transitada em julgado”²⁵³.

Ora, o autor reconhece, portanto, que nem todas as sentenças possuem o mesmo grau de imutabilidade, o que é reforçado em sua afirmação, ao utilizar a expressão “certa dose de imutabilidade no comando da sentença”²⁵⁴. O que nos parece, portanto, é que, para o autor, partindo da análise do direito positivo, não há como se fazer a diferenciação, além do próprio direito positivo, entre sentenças que fazem a coisa julgada material.

Paulo Mendes de Oliveira também discorda da restrição quanto à formação da coisa julgada apenas nos casos em que a sentença contenha um elemento declarativo, no mínimo, imediato ou mediato. Para o referido autor, não há nada existente na natureza do elemento declaratório que não esteja presente também nos demais conteúdos da decisão, ao ponto de só se considerar incontestável aquilo que se declarou e indaga: “será que as necessidades práticas de estabilidade das relações jurídicas não recomendam que, por exemplo, ao se anular um contrato, submetam-se à imutabilidade a própria anulação, ou apenas ficará imune a declaração do direito de anular?”²⁵⁵

²⁵⁰ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 25-26.

²⁵¹ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 24.

²⁵² No Código de Processo Civil de 1973, analisado por Paulo Roberto de Oliveira Lima, o artigo 467 dispunha: “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. No Código de Processo Civil vigente, o artigo 502 dispõe: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. É fácil observar que em nenhum dos dois artigos, há qualquer restrição quanto às espécies de sentença que possuem aptidão de formar a coisa julgada material, sendo relevante apenas o fato de ela – a sentença – não se sujeitar a impugnação por recurso.

²⁵³ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 25.

²⁵⁴ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 26.

²⁵⁵ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa Julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 73

Ainda de acordo com Paulo Mendes de Oliveira, as próprias razões que justificam a existência da coisa julgada, mormente aquelas que dizem respeito à segurança jurídica, impõem que ela – a coisa julgada – torne imune não só o elemento declaratório do julgado, mas também o seu conteúdo constitutivo e condenatório, “sob pena de se reduzir significativamente o raio de alcance da autoridade da coisa julgada”²⁵⁶.

Uma das justificativas utilizadas pelo autor é que a utilidade da prestação jurisdicional não se restringe apenas à declaração da existência de um direito subjetivo, mas também em sua condenação e constituição quando assim é pleiteado pelas partes²⁵⁷.

As ideias de Paulo Mendes de Oliveira, a nosso ver, também não são capazes de infirmar a teoria de Pontes de Miranda. É que, conforme já salientamos, para Pontes de Miranda, nenhuma sentença é pura²⁵⁸, ou seja, só declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental ou executiva. O que se afirma em Pontes de Miranda é que as sentenças possuem uma força sentencial, que é sua eficácia preponderante, estando presentes todas as demais cargas eficaciais²⁵⁹.

Assim, quando uma sentença é constitutiva ou condenatória, não se diz que ela não pode produzir a coisa julgada material, mas que sua eficácia preponderante se sobrepõe a eficácia declaratória; tal eficácia, ainda que presente de forma imediata ou mediata faça com que se produza a coisa julgada.

Paulo Mendes de Oliveira parece não atentar para a premissa acima e, quando reivindica a imutabilidade da coisa julgada também para o conteúdo constitutivo e condenatório, o faz como se houvesse uma sentença pura, de apenas uma espécie de carga eficácia.

Para Jose Ignácio Botelho de Mesquita, o problema reside na diferenciação entre o elemento declaratório e o efeito declaratório da sentença. Para o referido autor, tais conceitos

²⁵⁶ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa Julgada e precedente**: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 87

²⁵⁷ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa Julgada e precedente**: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 73-75; 87.

²⁵⁸ No mesmo sentido, Pedro Henrique Nogueira: “quando se afirma, por exemplo, ser determinada sentença de natureza declaratória, apenas se está a dizer que nela a eficácia declarativa é a preponderante em relação aos demais elementos eficaciais também presentes”. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sentenças executivas e eficácia executiva das sentenças. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 523

²⁵⁹ Como adverte Pedro Henrique Nogueira, “até mesmo os que mantêm algumas restrições à teoria de Pontes de Miranda, não apontaram uma única sentença na qual não se verificassem os cinco elementos”. O autor esclarece ainda que a exceção veio apenas de Barbora Moreira, que enfrentou o problema, buscando demonstrar alguns exemplos de sentenças em que não haveria o elemento condenatório e constitutivo. Mesmo nos casos apontados por Barbora Moreira, contudo, Pedro Henrique Nogueira demonstra a existência de todos os cinco elementos. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 1185-186.

não se confundem, uma vez que o elemento declaratório da sentença consiste em sua declaração principal e está presente em todas as sentenças (condenatórias constitutivas e nas declaratórias).

Já os efeitos declaratórios apenas são produzidos pelas sentenças que julgam procedente o pedido formulado na ação declaratória²⁶⁰. Assim, de forma resumida, todas as sentenças possuem um elemento declaratório, mas só as sentenças que julgam procedente uma pretensão contida na ação declaratória dispõem do efeito declaratório²⁶¹.

Não podemos concordar com tal conclusão, pelo simples fato de que as sentenças de improcedência também produzem coisa julgada, em razão de sua força declarativa. Da mesma forma, os efeitos declaratórios também se fazem presentes em pedidos formulados em ações que não sejam declaratórias. Assim, as premissas de que parte Botelho de Mesquita também não invalida a afirmação de que a coisa julgada material está vinculada às sentenças nas quais o elemento declaratório não é mínimo.

Daí acreditarmos que assiste razão a Pontes de Miranda e àqueles que vinculam a coisa julgada à eficácia de declaração contida na sentença, desde que respeitados os três pressupostos teóricos nos quais a teoria daquele autor se apoia, ou seja, a) existem cinco categorias eficácias; b) as cinco categorias estão presentes em todas as sentenças²⁶²; c) a determinação do tipo de sentença depende do elemento eficácia preponderante²⁶³. Em suma: não há nenhuma sentença que possua apenas uma das referidas categorias eficácias.

Por isso, entendemos que a coisa julgada é uma situação jurídica que confere indiscutibilidade a norma oriunda da decisão judicial, portanto ao seu conteúdo, e que impede novos questionamentos em processos futuros, sendo de observância obrigatória em tais processos. Isso não significa, portanto, que os efeitos da decisão estejam acobertados pela coisa julgada. Daí porque a modificação dos efeitos produzidos por uma decisão não podem ser considerados com uma ofensa à coisa julgada.

²⁶⁰ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 4; 8-9.

²⁶¹ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 9

²⁶² Ainda que seja ponderável que o estudos dos efeitos mínimos seja de pouca relevância teórica e prática, isso não significa que eles sejam insignificantes e ausentes em algumas sentenças. Em qualquer sentença, todos os elementos estão presentes. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sentenças executivas e eficácia executiva das sentenças. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento**. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 525

²⁶³ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 163.

2.6 Limites da coisa julgada

Por abordarmos, neste trabalho, a previsão contida nos artigos 525, 12 e 535, § 8º do Código de Processo Civil, é preciso analisar os limites da coisa julgada, uma vez que, de acordo com os referidos dispositivos, a coisa julgada poderá ser desconstituída caso o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em que aquele se fundamente.

A coisa julgada, assim, atua em quatro domínios, que correspondem aos seus limites. Trata-se, em verdade, de indagar em que porção geográfica ela exerce seus efeitos (limite territorial); em que extensão do tempo (limite temporal); para quais pessoas (limites subjetivos) e quais questões ela torna imutáveis e indiscutíveis (limite objetivo)²⁶⁴.

Com efeito, a coisa julgada produzirá efeito vinculante de acordo com a extensão da jurisdição reconhecida aos órgãos que a produzirem; é o chamado limite territorial. No caso brasileiro, em razão do artigo 16²⁶⁵ do Código de Processo Civil, a coisa julgada é válida e eficaz em todo território nacional.

Há ainda a coisa julgada estrangeira, que só será eficaz no território nacional após o processo de homologação do Superior Tribunal de Justiça²⁶⁶. Não se pode confundir, entretanto, a coisa julgada estrangeira com a coisa julgada internacional, que é aquela oriunda de cortes internacionais e que são eficazes no território nacional, desde que o Brasil seja signatário do tratado ou convenção que constituiu a Corte produtora da coisa julgada.

Os limites temporais²⁶⁷, por sua vez, dizem respeito ao período de tempo, dentro do qual a coisa julgada produzirá seus efeitos. Via de regra, enquanto inalterada a situação fática e jurídica que culmina na produção da coisa julgada, esta conservará a sua eficácia, vinculando as partes ao que foi estabelecido.

Quanto aos limites subjetivos, ou seja, quanto às pessoas que se sujeitarão à coisa julgada, esta apenas atingirá aqueles que tiveram a oportunidade de discutir a sentença. Há

²⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Processual Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 623 e 627

²⁶⁵ Art. 16. A jurisdição civil é exercida pelos juízes e pelos tribunais em todo o território nacional, conforme as disposições deste Código.

²⁶⁶ Art. 102, I, i, da Constituição Federal e art. 515, VIII, do Código de Processo Civil.

²⁶⁷ Não há uniformidade na doutrina acerca do que seriam os limites temporais da coisa julgada. Por exemplo, Paulo Mendes de Oliveira apresenta o tema de forma diversa do que acabamos de expor. Para o referido autor, os limites temporais seriam a identificação do momento a partir do qual a norma abrangida pela coisa julgada não teriam mais a aptidão de reger os fatos jurídicos futuros, ou seja, a partir de qual não seria mais possível falar em estabilidade. O tema será melhor desenvolvido na parte em que cuidaremos da chamada relativização da coisa julgada. OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa Julgada e precedente**: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 111.

situações, porém, em que a ligação jurídica de algumas pessoas com as partes de um processo faz com que elas também se vinculem à coisa julgada. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de substituição processual e o sucessor na coisa litigiosa.

Situação delicada, no entanto, é a de terceiros que, não obstante tenham ficado fora da discussão tratada em juízo, acabam por se vincular à coisa julgada. Aqui uma ressalva precisa ser feita. É que não há qualquer vedação no Código de Processo Civil vigente no sentido de que terceiros não possam se beneficiar com a coisa julgada. É dizer, caso seja favorável ao terceiro, este pode reivindicar os benefícios da coisa julgada.

Exemplo interessante é trazido por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero²⁶⁸, ao explicarem os efeitos da coisa julgada sobre terceiros. Utilizam os referidos autores uma situação hipotética de uma sentença que decreta o despejo de alguém e que opera seus efeitos perante o inquilino, sua família (que o acompanhará), seus amigos (que reconhecerão que o inquilino não reside mais naquele local), credores (estes nas dívidas quesíveis, terão que procurar o inquilino-devedor em outro endereço) e o sublocatário.

Todas as pessoas acima mencionadas sofrerão os efeitos da decisão judicial. Contudo, apenas os que têm interesse jurídico em relação ao litígio, tem legitimidade para se opor, de alguma maneira, à produção dos efeitos que lhes afetem.

É o caso do próprio inquilino e do sublocatário que poderão se opor aos efeitos da decisão desfavorável, pelos meios processuais adequados. Contudo, caso o terceiro não seja juridicamente interessado (caso dos amigos dos credores), por não possuírem legitimidade para ingressar no processo em que se discute o despejo, sofrerá o que os autores do exemplo aqui tratado chamam de efeitos naturais da sentença. A lição merece transcrição:

Os terceiros que não tem interesse jurídico não precisam do fenômeno da coisa julgada para que a decisão se torna imutável...a questão da imutabilidade para os terceiros pode ser resumida a um problema de legitimação diante do litígio, não tendo propriamente relação com a coisa julgada. Quando o terceiro possui interesse jurídico - e assim legitimidade - ele pode opor-se aos efeitos da sentença. Quando não a possui, ele sofre naturalmente tais efeitos²⁶⁹.

Dentre as dimensões aqui mencionadas, a que apresenta maiores problemas e, por conseguinte, é objeto de maior debate, é aquela que diz respeito ao limite objetivo da coisa julgada, ou seja, após a formação desta última, é preciso saber quais questões não poderão

²⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Processual Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 623 e 630-631.

²⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Processual Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 631

mais ser discutidas entre as partes. A resposta, inicialmente simples, pode ser conferida por meio da afirmação segundo a qual apenas o que foi expressamente decidido na sentença estaria acobertado pela coisa julgada. Para tanto, deve o juiz ater-se ao pedido e a causa de pedir, que constituem, conforme entendemos, o mérito da causa²⁷⁰.

Assim, caso a questão tenha sido alegada pelas partes e tenha sido expressamente decidida, fica protegida pelos limites objetivos da coisa julgada. Caso não tenha sido, da mesma forma que as questões que poderiam ter sido formuladas, mas não foram, não integra tais limites, em razão da eficácia preclusiva da coisa julgada, consoante expressa determinação do artigo 508²⁷¹ do Código de Processo Civil.

É preciso salientar ainda que o limite objetivo da coisa julgada encontra-se na parte decisória da sentença e não necessariamente em sua parte dispositiva, considerada esta última em seu aspecto topológico. Explica-se: é que nem sempre a parte decisória será encontrada no dispositivo da decisão, podendo ser encontrada na própria fundamentação, nos casos em que é evidente que houve um pronunciamento judicial acerca do bem objeto do litígio, a exemplo do acolhimento da prescrição no início da fundamentação²⁷². Assim, nem sempre a parte decisória constará do final da sentença.

Isso sem contar no fato de que a motivação, a despeito de não constar da parte dispositiva, é fundamental para que se compreendam corretamente os limites da coisa julgada, devendo ser sempre analisada para que se entenda o seu verdadeiro alcance²⁷³. As premissas ou motivos da decisão constituem um modo de fiscalização sobre os processos intelectuais do juiz na formação lógica da sentença²⁷⁴.

Todavia, em relação às questões prejudiciais, há possibilidade de formação da coisa julgada, ainda que tais questões não sejam arguidas pelas partes, ou seja, a solução da questão

²⁷⁰ Para Roberto P. Campos Gouveia Filho, mérito é aquilo sobre o que se pronuncia. Porém, adverte o autor, que a noção de mérito é relativa, uma vez que depende de sua posição na dinâmica processual, ou seja, é aquilo que está (processualmente) posto à análise judicial. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Art. 502. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida (coord.) et al. **Novo Código de Processo Civil comentado**. Tomo II (art. 318 ao 770). São Paulo: Lualri, 2017, p.284.

²⁷¹ Art. 508. 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.

²⁷² O exemplo é de Joyce Araújo dos Santos. SANTOS, Joyce Araújo dos. **Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional**: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica. Porto Alegre: 2009, Nuria Fabris, p. 93-94.

²⁷³ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa Julgada e precedente**: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 98-99.

²⁷⁴ “Las premissas o motivos de la decisión constiuyen un modo de fiscalización sobre los procesos intelectuales del juez en la formación lógica de la sentencia”. COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 427.

prejudicial passa a ser alcançada pela autoridade da coisa julgada, não porque tenha havido a seu respeito a manifestação das partes, mas sim por conta da própria lei²⁷⁵.

Assim, a coisa julgada passa a alcançar não só a decisão proferida pelo órgão jurisdicional, em resposta ao pedido formulado pelo demandante, mas também, a resolução de questão prejudicial²⁷⁶, independentemente de requerimento das partes²⁷⁷. Nesse sentido, questão prejudicial é aquela que “condiciona o conteúdo do julgamento de outra questão, que numa perspectiva passa a ser encarada como questão subordinada”²⁷⁸.

Para que tal situação ocorra, é necessário que: a) da resolução da questão prejudicial dependa a resolução do mérito; b) que o juízo seja competente para conhecer a questão prejudicial; c) que tenha havido contraditório prévio e efetivo; d) que não existam restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial²⁷⁹.

Em outras palavras, pode-se afirmar que o limite objetivo da coisa julgada abrange a matéria que tenha sido objetivamente debatida e decidida, dentro de um processo no qual tenha sido observado o prévio e efetivo contraditório, bem como tenha se desenvolvido perante um juízo competente.

²⁷⁵ Neste sentido, Eduardo Juan Couture, afirma que as premissas ou fundamentos da decisão podem adquirir a autoridade de coisa julgada quando o dispositivo da sentença remete àqueles ou quando constituem um antecedente lógico absolutamente inseparável – questão prejudicial - do dispositivo. COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 431-432..

²⁷⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil brasileiro. In: MACÊDO, Lucas Buriel (org.); PEIXOTO, Ravi (org.); FREIRE, Alexandre (org.). **Coleção novo CPC: doutrina selecionada – processo de conhecimento e disposições finais e transitórias**. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 569

²⁷⁷ THAMAY, Rennan Faria Krüger. A coisa julgada no direito processual civil brasileiro. In: **Revista de processo**. vol. 269. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2017, p. 156.

²⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Processual Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 633

²⁷⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil brasileiro. In: MACÊDO, Lucas Buriel (org.); PEIXOTO, Ravi (org.); FREIRE, Alexandre (org.). **Coleção novo CPC: doutrina selecionada – processo de conhecimento e disposições finais e transitórias**. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 573

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O PROBLEMA DAS DECISÕES PROFERIDAS EM OFENSA À CONSTITUIÇÃO

Como o tema aqui proposto diz respeito à possibilidade de manejo da ação rescisória após a decisão do Supremo Tribunal Federal, que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em que se fundou a coisa julgada, é necessária uma análise dos principais aspectos do controle de constitucionalidade, mormente aqueles que tratam dos efeitos que a decisão proferida no exercício de controle de constitucionalidade pode produzir em relação à decisão transitada em julgado.

O problema da inexigibilidade do título executivo judicial e a decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, ou seja, da fixação do momento a partir do qual a decisão da suprema corte produzirá efeitos, guarda relação com dois temas que, caso não sejam esclarecidos, podem implicar uma solução completamente diversa da que aqui defendemos.

Tais problemas decorrem da noção que se adote acerca da jurisdição, bem como do conteúdo do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Para que tais noções sejam delimitadas, ficando clara a opção aqui adotada, trataremos de abordar os problemas em comento.

3.1 A noção de jurisdição e a denominada jurisdição constitucional

Boa parte dos problemas que envolvem a eficácia da decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal é ocasionada em razão de uma concepção de jurisdição, que tem sido cada vez menos defendida, e segundo a qual a atividade jurisdicional possuiria como finalidade a mera declaração ou revelação da lei em um caso concreto.

O esclarecimento de tal ideia é importante para os fins aqui propostos, uma vez que boa parte dos argumentos que defendem a eficácia retroativa das decisões de inconstitucionalidade sobre as decisões passadas em julgado ainda se sustenta na ideia de que a jurisdição tem como finalidade a atuação da vontade da lei.

Tal concepção decorre do próprio conceito de jurisdição que no Brasil já foi por muito tempo difundido e é fornecido por Chiovenda²⁸⁰, para quem a atividade jurisdicional consiste na aplicação da lei a um caso concreto.

²⁸⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. Trad. Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 2008, p. 9-11.

Todavia, esta não é a concepção aqui defendida. Isso porque, a atividade judicante, a nosso ver, é interpretativa e criativa²⁸¹, uma vez que, nas palavras de Cappelletti²⁸², a interpretação sempre implica certo grau de discricionariedade e escolha e, via de consequência, de criatividade²⁸³, uma vez que, a “decisão judicial constitui mais propriamente criação de algo a partir da lei do que criação de direito que independe de uma lei já existente”²⁸⁴.

O que se afirma aqui é que a atividade jurisdicional, ao promover a interpretação do produto do legislador, chega a um resultado que é autônomo em relação ao referido produto. Todavia, ela é criação a partir de algo que já existe – o objeto de interpretação – sendo mais uma reconstrução do que uma construção²⁸⁵.

Por isso, entendemos que a jurisdição é uma atividade decorrente de um processo de reconstrução interpretativa por meio de um processo estruturado pela argumentação jurídica. Neste sentido, a jurisdição, no Estado Constitucional, teria sempre como pano de fundo a colaboração da Constituição e da legislação para ser considerada uma atividade legítima²⁸⁶.

É claro que, na prestação da tutela jurisdicional, o Juiz não poderá se afastar jamais da Constituição. Isso não significa, todavia, que sua atividade não seja criativa, conforme aqui defendemos. Com efeito, a jurisdição é um dos mais importantes institutos do Direito Processual Civil, uma vez que é em seu âmbito que o Direito se realiza²⁸⁷, ou seja, uma de suas finalidades é a atuação do direito material²⁸⁸. A atual concepção de jurisdição não mais

²⁸¹ Neste mesmo sentido, Pedro Henrique Nogueira defende que o modelo brasileiro de direito, bem como as transformações vividas na última década, são melhor explicadas por uma noção de jurisdição com um viés criativo e não apenas como atividade de cunho meramente declaratório. NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 188.

²⁸² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p.23-24.

²⁸³ Jaldemiro, ao rechaçar o caráter meramente declaratório da jurisdição, afirma que a norma é criada pelo intérprete, defendendo ainda que, quando um novo precedente, com sentido diverso da anterior orientação jurisprudencial, é aplicado a fatos passados, há violação da regra da irretroatividade do direito. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 160

²⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**. 4 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 28

²⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**. 4 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 28

²⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Processual Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 157

²⁸⁷ SANTOS, Joyce Araújo dos. **Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional**: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica. Porto Alegre: 2009, Nuria Fabris, p. 103.

²⁸⁸ Para Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, é esta característica - de atuação do direito material – que faz com que a jurisdição tenha uma feição própria e se diferencie das demais funções estatais, uma vez que nenhuma outra função é exercida com o fito de dar efetividade, em casos concretos, ao direito material. DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 78.

admite que o juiz tenha apenas a função de declarar o Direito ou apenas de criar a norma individual que regulamenta o caso concreto.

O Estado Constitucional deixa claro que a legislação apenas pode ser interpretada e compreendida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais²⁸⁹. Neste cenário, a jurisdição tem o objetivo de tutelar os direitos e, em especial, os direitos fundamentais, não sendo possível admitir que, por meio de tal atividade, não se possa tutelar tais direitos, ainda que se esteja diante de uma omissão da própria legislação.

Aqui, por tutela de direito, deve-se entender a aplicação da lei, em situação concreta, a partir dos direitos fundamentais, e na exata medida da Constituição e dos valores nela encerrados²⁹⁰.

E mais: a atividade jurisdicional é essencial para a organização da sociedade, uma vez que proporciona a esta última a ordem e a segurança jurídica, sendo fundamental que os atos estatais, incluindo aí os de caráter jurisdicional, estejam sempre fundados na observância da segurança jurídica. Em outras palavras, a finalidade da jurisdição não se restringe ao exame da pretensão formulada pelas partes, sendo importante para que a ordem judicial seja estabelecida ou reestabelecida²⁹¹.

Como decorrência da noção de jurisdição aqui defendida, surge o que se costuma denominar de jurisdição constitucional. Com efeito, tal noção traz a ideia de que todos – Poder Judiciário, Poder Executivo, Poder Legislativo e os próprios cidadãos – tenham o dever de seguir os preceitos contidos na Constituição, sob pena de os comportamentos – comissivos ou omissivos – a ela contrários serem tidos como inconstitucionais²⁹².

Para tanto, a jurisdição constitucional se apresenta como um conjunto de técnicas garantidoras da congruência dos atos normativos com a Constituição²⁹³.

Independentemente da maneira como a inconstitucionalidade²⁹⁴ se faça presente, ela estará sujeita ao controle pelo Poder Judiciário, de forma que a atuação deste último

²⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Processual Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 116

²⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Processual Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 162

²⁹¹ SANTOS, Joyce Araújo dos. **Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional**: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica. Porto Alegre: 2009, Nuria Fabris, p. 106

²⁹² Em definição que já se tornou clássica, Jorge Miranda, afirma que as expressões constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação (relação entre a Constituição e uma norma ou ato), que surgem de forma lógica por dedução imediata e resultam do confronto de uma norma ou ato com a constituição. MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 11

²⁹³ LUNARDI, Soraya. **Teoria do processo constitucional**: análise de sua autonomia, natureza e elementos. São Paulo: Atlas, 2013, p. 26.

consistente na interpretação e aplicação da Constituição é exatamente o que se chama de jurisdição constitucional²⁹⁵, compreendendo, portanto, “o conjunto das atribuições jurisdicionais que digam respeito à salvaguarda e à efetividade das normas constitucionais”²⁹⁶.

Sua primeira função é coibir os excessos do poder público, permitindo ao judiciário inserir-se no equilíbrio de poderes²⁹⁷. É preciso esclarecer que, no que diz respeito à jurisdição constitucional, não existe um conflito intersubjetivo²⁹⁸, ou seja, o conflito posto perante o Poder Judiciário está entre a norma infraconstitucional e a própria Constituição. Neste conflito, a principal preocupação é a preservação ou restauração da ordem constitucional²⁹⁹.

Não obstante a inexistência de um conflito intersubjetivo, no controle concentrado, o STF tem exigido a pertinência temática³⁰⁰, ou seja, a exigência de “correlação entre as prerrogativas ou fins institucionais do órgão ou entidade legitimada para a propositura da ação direta com aquele ato normativo por meio dela questionado”³⁰¹. É de se ressaltar ainda que o caráter objetivo de tal processo não pode ser compreendido como um processo meramente formal, como se não houvesse qualquer conflito de interesses, uma vez que é justamente nele que “confluem os maiores conflitos políticos, sociais e econômicos da nação”³⁰².

Outro aspecto importante é que, na jurisdição constitucional, as sentenças possuem uma dimensão triádica, posto que, além de sua natureza jurídica, possuem um aspecto político e também um aspecto integrador ou interpretativo do direito, ou seja, hermenêutico

²⁹⁴ Para Pontes de Miranda, é infração, por lei ou outra regra jurídica, de texto constitucional ou de regra que esteja implícita na Constituição. A inconstitucionalidade não é declarada, é decretada, uma vez que, na opinião do autor, a eficácia preponderante da decisão é constitutiva negativa, uma vez que quem produziu a norma com infração da Constituição, o fez de norma nula. MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. Distrito Federal: Forense, 1961, v. 6, p. 43.

²⁹⁵ Isso não significa, nem é o que aqui se afirma, que a jurisdição constitucional tenha surgido apenas a partir da reformulação da noção de jurisdição defendida por Chiovenda. A jurisdição constitucional, como adverte Dirley da Cunha Júnior, não nasceu de um ato “genial de um só homem”, sendo ela resultado de um gradual processo de amadurecimento através de séculos de história. Ainda de acordo com o mesmo autor: a) tal processo remonta à antiguidade clássica, em especial à civilização ateniense. b) não obstante o item “a”, a ideia de supremacia da Constituição seja decorrente do constitucionalismo norte-americano, tendo o sistema da “judicial review” sido formado a partir do caso “Marbury v. Madison”, julgado em 1803, pelo Chief Justice John Marshall. CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 59-62.

²⁹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 20

²⁹⁷ ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 101

²⁹⁸ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 143-144

²⁹⁹ AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2008, p.84.

³⁰⁰ Nesse sentido, ADIN nº 2.258 e ADIN-MCN nº 1096.

³⁰¹ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 144

³⁰² BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 149

constitucional, sendo este último a “manifestação da atividade integradora e interpretativa do ordenamento em seu conjunto”,³⁰³.

A jurisdição constitucional, portanto, é consequência do próprio Estado Constitucional, disciplinando não só a produção das leis e atos normativos, como também os limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado³⁰⁴.

Ela compreende “o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição”,³⁰⁵.

E não é só isso: o controle de constitucionalidade também serve aos direitos fundamentais. Assim, no controle de constitucionalidade não pode haver violação a tais direitos, sob pena de desvirtuamento de sua própria finalidade. Nesse sentido, não se pode esquecer o caráter fundamental da segurança jurídica, que também deve estar incluído dentre as preocupações de salvaguarda da jurisdição constitucional.

É exatamente a serviço dos direitos fundamentais que a jurisdição constitucional exerce uma de suas principais missões, qual seja, a de assegurar “contra eventuais maiorias, a pauta de direitos fundamentais e a sobrevivência das minorias políticas”³⁰⁶; ela deverá, como instância do poder contramajoritário, intervir sempre a favor da democracia, sob pena de a suprallegalidade constitucional tornar-se “letra morta ou simples adorno do sistema jurídico positivo”,³⁰⁷.

3.2 Características da jurisdição constitucional no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade

Para uma melhor compreensão da temática aqui proposta, é importante analisarmos a maneira como o controle de constitucionalidade é realizado no Estado brasileiro. Isso porque é exatamente no exercício de tal controle que a decisão do Supremo Tribunal Federal, de acordo com os artigos 525 §§, 12 e 15, além do art. 535, § 8º, do Código de Processo Civil,

³⁰³ ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 111

³⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 439

³⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 440

³⁰⁶ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 10

³⁰⁷ DANTAS, Ivo; LACERDA, Rafaella Maria Chiappetta de. **Teoria da inconstitucionalidade: norma constitucional inconstitucional – coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: LTR, 2007, p. 92-93

pode fazer com que a obrigação reconhecida em um título executivo judicial fundado no ato normativo objeto daquele controle seja tido como inexigível e passível de impugnação pela via da Ação Rescisória.

Em outros termos, a análise proposta no presente trabalho consistirá em verificar compatibilidade dos dispositivos legais acima mencionados com o princípio da segurança jurídica, na forma como desenvolvido no primeiro capítulo.

Por tal razão, a análise do funcionamento do controle de constitucionalidade no Brasil é importante até mesmo como forma de assentarmos algumas das premissas que serão utilizadas em nossas conclusões, sobretudo no que toca aos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no exercício do controle de constitucionalidade, sobre a coisa julgada.

É oportuno salientar que não é a finalidade deste trabalho abordar todas as nuances e problemas que circundam o assunto, mas apenas de analisar os pontos que são necessários para o estudo dos dispositivos legais acima mencionados.

No Brasil, a jurisdição constitucional é exercida por todos os juízes e tribunais, estando o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. Por meio dela, é possível controlar a aplicação direta da Constituição às situações nela previstas ou ainda sua aplicação indireta, que se dá quando o intérprete a utiliza como “parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional”³⁰⁸.

Apesar disto, adota-se, aqui, um modelo dual ou paralelo³⁰⁹, pois, além do controle repressivo, ora referido, há o controle preventivo-político, realizado por órgãos políticos como o Poder Executivo (ao vetar um projeto de lei por inconstitucionalidade) e o Poder Legislativo (parecer terminativo da Comissão de Constituição e Justiça)³¹⁰.

O sistema brasileiro decorre de uma combinação³¹¹ da matriz americana, na qual qualquer juiz ou tribunal possui competência para decidir acerca da (in)constitucionalidade da

³⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 439-440

³⁰⁹ MORAES, Guilherme Peña. **Justiça constitucional**: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2012, p. 22

³¹⁰ Não se pode olvidar também, que além das formas mencionadas, em caráter excepcional, podemos ter o controle repressivo-político, quando se susta um ato normativo do Poder Executivo que exorbite o poder regulamentar, bem como o controle preventivo-judicial, por meio de mandado de segurança impetrado contra proposta de emenda que viole cláusula pétrea da Constituição. MORAES, Guilherme Peña. **Justiça constitucional**: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2012, p. 22

³¹¹ Para Leonardo Greco, não se deve mais fazer a distinção entre sistemas de constitucionalidade, com base na prevalência da eficácia *ex nunc* ou *ex tunc*. A regra que prevalece, mesmo nos sistemas que adotam o modelo Kelseniano, é o da eficácia retroativa (*ex tunc*), uma vez que tal regra é corolário da força dos direitos fundamentais. GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou

norma no caso concreto e a matriz europeia, onde ações diretas com o objetivo específico de discutir a constitucionalidade de atos normativos são propostas perante uma Corte constitucional. Salientando que, em relação a esta última matriz (europeia), o sistema brasileiro maximizou a fórmula copiada do velho continente, ampliando o número de ações diretas, bem como a legitimidade para sua propositura³¹².

Além dos efeitos que a decisão de inconstitucionalidade pode produzir sobre a coisa julgada, ela também pode determinar, a depender do meio processual em que é arguida, a extensão da imutabilidade que a referida coisa julgada terá.

Em outros termos, a produção (ou não) dos efeitos *erga omnes* da coisa julgada dependerá do meio em que a questão da constitucionalidade foi posta em juízo, ou seja, se através de controle incidental ou através de controle abstrato.

O controle de constitucionalidade da norma é apenas um dos aspectos da jurisdição constitucional e, para os fins aqui propostos, interessarão apenas o controle de constitucionalidade que se dá no julgamento de casos concretos³¹³ (controle incidental e difuso) e o controle que ocorre no julgamento de ação proposta exclusivamente para se obter a declaração da inconstitucionalidade de determinada norma (controle abstrato e concentrado), bem como aquele que ocorre por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

As demais formas de controle de constitucionalidade não serão aqui abordadas por não serem capazes de produzir efeitos diretos em relação à coisa julgada e, por conseguinte, não possuírem importância para o problema da exigibilidade dos títulos executivos judiciais, ou seja, tais títulos dificilmente poderão ser afetados no futuro por uma decisão proferida nas formas de controle de constitucionalidade aqui não abordadas.

inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.) **Relativização da coisa julgada**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 258.

³¹² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 443

³¹³ Guilherme Peña de Moraes esclarecer que, nos sistemas contemporâneos, os modelos difuso-incidental e concentrado-principal são objeto de flexibilização ou relativização, havendo um intercâmbio entre tais modelos denominado de “concretização do controle abstrato” e “abstrativização do controle concreto”. O primeiro pode ser observado por meio da admissão do *amicus curiae*, da modulação temporal da eficácia da declaração de inconstitucionalidade. Já o segundo é observado por meio da expansão da força normativa, característica do controle concreto-principal. MORAES, Guilherme Peña. **Justiça constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 23

3.2.1. Controle difuso-incidental de constitucionalidade

Tal forma de controle tem previsão no artigo 102, III³¹⁴, da Constituição Federal, sendo arguida de forma prejudicial, como condição para solução da própria pretensão deduzida em juízo. Ele é difuso, pois passível de solução por qualquer juiz ou tribunal a quem seja apresentada a questão incidental, ao contrário do controle abstrato, que é conhecido por um único tribunal.

Outra característica ocorre em razão do fato de que a questão constitucional suscitada não é o objeto principal do processo, mas uma questão prejudicial, que é suscitada por uma das partes como condição de julgamento do mérito, ou seja, “desde que se possa deduzir uma pretensão acerca de algum bem da vida ou na defesa de algum interesse subjetivo, pode o interessado arguir, em sede concreta, a inconstitucionalidade como seu fundamento jurídico”³¹⁵.

Nesta espécie de controle, o indivíduo postula que a norma tida por ele como inconstitucional deixe de incidir no caso concreto e, por conseguinte, deixe de produzir seus efeitos jurídicos³¹⁶. O pedido principal formulado pela parte, contudo, não é o de produção da decisão de inconstitucionalidade; tal produção funciona, todavia, como “pressupostos para a certificação do direito da parte”³¹⁷.

No Brasil, prevalece o entendimento de que o ato em contraste com a constituição é nulo, conforme discorreremos mais adiante. A decisão exercida nessa espécie de controle é declaratória³¹⁸ e retroagirá à origem do ato impugnado para pronunciar a sua nulidade, ou seja, “a nulidade retroage à origem mesma do ato; ataca-o *ex tunc*”³¹⁹.

³¹⁴ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

³¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 111

³¹⁶ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 118.

³¹⁷ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 120.

³¹⁸ De acordo com Paulo Roberto Lyrio Pimenta, tal decisão apresenta também uma carga de constitutividade, uma vez que a não aplicação da lei inconstitucional equivaleria a retirada de eficácia de tal norma dentro do processo em que houve a declaração de inconstitucionalidade. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 101.

³¹⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 166

Todavia, o Poder Judiciário, pode, em cada caso, ao promover a declaração da inconstitucionalidade, atribuir à decisão efeitos *ex nunc* ou prospectivos. Isso faz com que, nos países onde não se adote o *stare decisis*, seja possível existir atos normativos constitucionais para uns e inconstitucionais para outros³²⁰.

O próprio Supremo Tribunal Federal tem encampado o entendimento que permite a produção de eficácia *erga omnes* nas decisões de controle de constitucionalidade concreto difuso e incidental³²¹. Neste mesmo sentido, não se pode olvidar também o disposto no artigo 489, § 1º, VI³²², do Código de Processo Civil, que não considera como fundamentada a decisão judicial que deixar de seguir, dentre outros, o precedente invocado pela parte, sem que deixe demonstrada a existência de distinção ou a superação do entendimento.

Tal situação caracteriza a eficácia expansiva do controle de constitucionalidade. Decerto, contrariando a afirmação de que os efeitos da ação incidental de inconstitucionalidade alcançam apenas as partes envolvidas no processo em que houve o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma.

Quando tal reconhecimento ocorre por meio de decisão do Supremo Tribunal Federal, que conhecerá da matéria após a interposição de Recurso Extraordinário, é preciso ressaltar que tais decisões naturalmente possuem “vocação expansiva”³²³ de seus efeitos.

É que, nesta forma de controle, quando a procedência do pedido depende da análise da legitimidade (constitucionalidade) de um ato normativo, há uma situa o especial que merece tratamento e considera es de igual ordem. Isso ocorre porque, apesar de a coisa julgada nestes processos, apenas produzir efeitos entre as partes, não se estendendo a terceiros, ela passa a ganhar contornos diferentes, caso o julgador tenha feito um juízo a respeito da constitucionalidade de determinado ato normativo.

Ora, se por meio de uma determinada a o, se questiona a validade de um ato normativo – por natureza genérico – ainda que isso ocorra no julgamento de um caso

³²⁰ Para evitar tal problema, o artigo 52, X, da Constitui o Federal, admite que o Senado Federal suspenda a execu o “no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

³²¹ É o que ocorreu, por exemplo, na Reclama o Constitucional de n  4.335-5/AC).

³²² Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 1  Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distin o no caso em julgamento ou a supera o do entendimento.

³²³ A expressão   de Teori Albino Zavascki. ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdi o constitucional**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 31

concreto, é natural que se comece a questionar também a aptidão de tal preceito para incidir nas demais situações semelhantes³²⁴.

Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes alerta que, nos casos em que o Supremo Tribunal Federal já tenha se pronunciado sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo questionado, em decisão proferida *incidenter tantum*, não há necessidade de encaminhamento da matéria ao plenário do tribunal, tornando desnecessário o procedimento previsto no artigo 97³²⁵ da Constituição Federal. Ainda de acordo com o referido autor, tal entendimento “passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto”³²⁶.

Em suma, se o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema, os órgãos fracionários dos outros tribunais podem decidir, com base na decisão da suprema Corte, proferida no exercício do controle de constitucionalidade incidental, sem que tenham a obrigação de encaminhar o tema ao pleno ou órgão especial do tribunal a que se encontrem vinculados.

Tal situação torna-se ainda mais clara se levarmos em consideração que, por exigência do princípio da igualdade perante a lei, há necessidade de que em casos idênticos seja ofertado o mesmo tratamento pelo Poder Judiciário. Isso sem contar na exigência decorrente da própria segurança jurídica, que não comporta a apresentação de soluções divergentes para situações idênticas.

Todas essas razões demonstram que as decisões acerca da (in)constitucionalidade do ato normativo, ainda que digam respeito a apenas um caso particular, possuem natural vocação para expandir seus efeitos para além dos casos em que foram proferidas.

Sem mencionar a vocação expansiva, mas trazendo a mesma ideia, Rennan Faria Krüger observa que, em relação aos efeitos do controle difuso, há possibilidade de que, em cada declaração, se faça presente um conjunto de efeitos distintos.

Por exemplo, nos casos em que a discussão ocorre apenas entre as partes, sem que esteja presente relevância exterior do caso sobre a norma e justificando apenas uma declaração no caso concreto, os efeitos seriam *inter partes* e *ex tunc*, ou seja, perante o caso concreto e não atingindo terceiros. Já nos casos em que a discussão produz reflexos

³²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 32

³²⁵ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

³²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 268-269.

exteriores, provocando a análise do Supremo Tribunal Federal, os efeitos produzidos pela declaração de inconstitucionalidade, poderiam ser *erga omnes e ex nunc*³²⁷.

Assim, no sistema brasileiro de controle difuso da constitucionalidade de normas, a despeito de as decisões tomadas terem sido sempre consideradas como vinculantes apenas para as partes litigantes, é forçoso reconhecer a expansão de efeitos que tais decisões podem provocar para além do processo em que foram proferidas, quebrando assim a característica sempre mencionada no estudo de tal forma difusa de controle da constitucionalidade. Nesse sentido

já não é compatível com o atual sistema normativo, que, sob um olhar mais abrangente, revela que a eficácia dessas decisões, quando proferidas pelo STF, não é tão restrita como aparenta ser. Pelo contrário, elas produzem efeitos indiretos, cujas consequências aproximam o sistema brasileiro da doutrina do *stare decisis*.³²⁸

Esta natural vocação expansiva das decisões proferidas no exercício do controle incidental e difuso de constitucionalidade, fez surgir outra realidade, que decorre da necessidade de adoção de mecanismos para preservação dos princípios da segurança jurídica e também da isonomia.

Tais mecanismos podem ser assim sintetizados: a) possibilidade de o Senado suspender a execução do ato normativo declarado inconstitucional; b) caráter vinculante das decisões do STF no exercício do controle de constitucionalidade; c) força dos precedentes da Corte Suprema, por meio do julgamento simplificado de recursos e a possibilidade de manejo da ação rescisória³²⁹.

É preciso esclarecer, contudo, que tal efeito expansivo, verificado no controle difuso de constitucionalidade, tem provocado decisões discricionárias por parte do Supremo Tribunal Federal, contrariando o próprio texto expresso da Constituição³³⁰ e abrindo as partes para um decisionismo que é contrário ao Estado Democrático de Direito³³¹.

³²⁷ THAMAY, Rennan Faria Krüger. **A relativização da coisa julgada pelo Supremo Tribunal Federal: o caso das ações declaratórias de (in)constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 147-148.

³²⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 35

³²⁹ Os mecanismos mencionados forma o que Teori Albino Zavascki denomina de eficácia “reflexa ou anexa” das decisões do STF em matéria constitucional. ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 35-35.

³³⁰ Exemplo de tal posicionamento é a dispensa de prequestionamento no Recurso Extraordinário para assegurar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre questão constitucional, conforme decidido no Agravo de Instrumento de nº 375.011.

³³¹ ABBoud, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 100.

Aqui, vale trazer à tona a advertência de Georges Abboud, para quem tal conduta da Corte Suprema não impede que ela passe a dispensar institutos como a coisa julgada ou o ato jurídico perfeito para promover a adequação do caso ao seu posicionamento³³².

3.2.2. Controle concentrado de constitucionalidade

Nesta modalidade de controle, o Supremo Tribunal Federal, por meio de uma ação direta, fiscaliza abstratamente os atos normativos do Poder Público que estejam em desconformidade com a Constituição. Isso tudo é feito, frise-se sem que se analise nenhum caso concreto ou conflito intersubjetivo, com a finalidade de se manter a supremacia da Constituição.

Em outras palavras, não há a finalidade de se resolver uma controvérsia ou conflito entre partes em um caso concreto. O que há é apenas “a defesa objetiva da Constituição”³³³, por meio da aferição da compatibilidade vertical entre esta última e um ato normativo.

Neste processo não existem partes, não há litígio, disputa ou tutela de direitos subjetivos, fazendo com que ele seja denominado de processo objetivo³³⁴. Não obstante, há formação de coisa julgada, não estando sujeita ao manejo da ação rescisória, conforme previsão expressa do artigo 26³³⁵ da Lei Federal nº 9.868/99.

Tal modalidade de controle, portanto, é feita por meio das seguintes ações diretas, a saber: ação direta de inconstitucionalidade por ação (ADI); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI por omissão), ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADI interventiva ou Representação Interventiva), ação declaratória de constitucionalidade (ADC), arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Em razão dos limites do presente trabalho, abordaremos aqui apenas a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a ação arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que as demais ações diretas não tem relevância para o estudo aqui proposto, consoante já justificamos no início da presente seção.

³³² ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 98-99

³³³ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 192

³³⁴ LUNARDI, Soraya. **Teoria do processo constitucional: análise de sua autonomia, natureza e elementos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 27.

³³⁵ Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

a) Ação direta de inconstitucionalidade

Prevista no artigo 102, I, a, da Constituição, tal ação serve para a “defesa genérica de todas as normas constitucionais, quando forem violadas por algum ato normativo emanado do poder público”³³⁶. Por meio dela, não há composição de nenhum conflito de interesses, mas apenas de conflito entre normas e, uma vez proposta, não se admite a desistência do pedido, uma vez que o objeto do litígio é um bem de ordem pública³³⁷.

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir de forma definitiva a ação direta de inconstitucionalidade, declarando a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado ou questionado, o faz com efeitos *erga omnes*, vinculando os órgãos do Poder Judiciário e também da Administração pública, em todas as suas esferas.

Além disso, a norma declarada inconstitucional, é imediatamente expulsa do ordenamento jurídico³³⁸, com a pronúncia “*ab initio* da lei ou do ato normativo atacado”³³⁹.

É de se salientar também que, além dos efeitos *erga omnes*, bem como do caráter declaratório³⁴⁰ da decisão definitiva proferida no controle abstrato, com efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos para atingir o ato normativo, desde o seu início, é possível também a produção de efeitos repristinatórios, ou seja, para restabelecer a legislação anterior que foi revogada pela lei declarada nula, conforme inclusive autoriza o artigo 11, § 2º³⁴¹, da Lei Federal nº 9.868/99.

Analisando a extensão temporal da decisão de inconstitucionalidade, nesta modalidade de ação, Walber Agra Moura afirma que a norma ou o ato normativo declarado

³³⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 212

³³⁷ AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 84

³³⁸ AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 84

³³⁹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 382. Para Rennan Faria Krüger, o ato declarado inconstitucional é nulo, destituído de qualquer eficácia jurídica. THAMAY, Rennan Faria Krüger. **A relativização da coisa julgada pelo Supremo Tribunal Federal: o caso das ações declaratórias de (in)constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 158.

³⁴⁰ Analisando a eficácia preponderante neste tipo de ação, Paulo Roberto Lyrio Pimenta afirma que ela possui “eficácia constitutivo-negativa da eficácia legal do ato normativo e declaratória da invalidade”. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A classificação das ações de Pontes de Miranda e a eficácia preponderante da decisão de inconstitucionalidade. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento**. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 517.

³⁴¹ Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

inconstitucional são nulos, com eficácia *ex tunc*, sem necessidade de intermediação de nenhum outro órgão ou poder³⁴².

Não se pode olvidar ainda o fato de que, conforme autorização do artigo 27, da lei acima referida, o Supremo Tribunal Federal pode relativizar a eficácia retroativa das decisões proferidas no exercício do controle concentrado, ou seja, poderá restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ao permitir que seus efeitos só se produzam a partir do trânsito em julgado da decisão declaratória ou, ainda, de outro momento fixado na própria decisão.

Observe-se que tal possibilidade é admitida não só em relação à eficácia *erga omnes* da decisão como também em relação aos efeitos retroativos, sendo esta última possibilidade chamada de modulação da eficácia temporal. Sobre isso, tornaremos a falar mais adiante.

b) Ação Declaratória de Constitucionalidade

O controle incidental de constitucionalidade, dadas as suas particularidades já analisadas anteriormente, mormente em relação aos seus efeitos, pode gerar grave controvérsia acerca da constitucionalidade de determinado ato normativo.

Buscando solucionar a referida controvérsia, a fim de afastar qualquer dúvida quanto à constitucionalidade do ato normativo questionado, surge a ação declaratória de constitucionalidade, prevista no artigo 102, I, a e § 2º, da Constituição.

Observa-se, portanto, que a existência de uma controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da norma objeto da referida ação é seu pressuposto de admissibilidade.

Por meio de tal ação, as decisões do Supremo Tribunal Federal passaram a gozar de maior amplitude e abrangência, buscando evitar a proliferação das divergências jurisdicionais e garantindo o “conteúdo sistêmico da Constituição”³⁴³, nos casos em que houver relevante controvérsia sobre aplicação de lei ou ato normativo federal, não sendo possível, portanto, a utilização deste mecanismo no caso de controvérsia sobre aplicação de lei estadual ou federal³⁴⁴.

³⁴² AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodvim, 2008, p. 85.

³⁴³ AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodvim, 2008, p. 106

³⁴⁴ Para Walber Agra Moura, com a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade, as normas paralelas (leis estaduais ou municipais) com o mesmo conteúdo da norma federal objeto da referida ação, são também declaradas constitucionais. AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodvim, 2008, p. 109.

Quanto aos efeitos, o mesmo que foi dito em relação à ação direta de inconstitucionalidade serve para a ação declaratória de constitucionalidade, com a ressalva de que, nesta última, com a procedência do pedido nela formulado haverá a declaração da constitucionalidade do ato normativo que constitui seu objeto³⁴⁵.

Todavia, há quem sustente que nas ações declaratórias de constitucionalidade não há a formação de coisa julgada material, mas tão somente formal³⁴⁶.

Tal decisão, em nosso ordenamento, possui eficácia declaratória e, subjetivamente, produzem seus efeitos *erga omnes* vinculando ainda todas as autoridades (no que diz respeito à declaração nela contida em relação à constitucionalidade da norma questionada). A norma declarada constitucional continua a vigor, só que agora com o selo da certeza jurídica de sua legitimidade.

Decerto, ao contrário da ADIN, a Ação Declaratória de Constitucionalidade não busca a retirada da norma do ordenamento jurídico, mas sim a permanência daquela última, através do reconhecimento de sua constitucionalidade. Tanto é assim que, após a decisão de mérito do STF, com a declaração de constitucionalidade da norma, não haverá mais a possibilidade de propositura da ADIN³⁴⁷.

Isso não significa, porém que haja preclusão para o Supremo Tribunal Federal voltar a se manifestar sobre o assunto quando, mesmo já tendo sido julgada procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade), houver mudança no ordenamento jurídico, na relação de fato subjacente à norma ou na própria percepção do Direito³⁴⁸.

³⁴⁵ Tal característica faz com que tais ações tenham natureza dúplici e encontra-se prevista no artigo 24 da Lei federal nº 9.868/99, que prevê: “Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.”

³⁴⁶ Isso ocorreria porque a formação da coisa julgada material nesta espécie de ação impediria a evolução interpretativa, impedindo que o texto constitucional pudesse ser aplicado a alterações fáticas posteriores à declaração de constitucionalidade de determinado ato normativo. Além disso, haveria outro argumento de natureza lógica a impedir a formação da coisa julgada em tais ações, pois se a inconstitucionalidade de uma lei pode ser suscitada a qualquer momento, como fica a coisa julgada formada nas ações declaratórias de constitucionalidade? ABBoud, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 181-184

³⁴⁷ AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodvim, 2008, p. 106

³⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, e-book, parágrafo 11.196

Outro ponto que merece ser destacado, é que a vinculação, nesta modalidade de ação não alcança o Poder Legislativo, que pode alterar ou revogar o ato após a declaração de sua constitucionalidade³⁴⁹.

c) Arguição de descumprimento de preceito fundamental³⁵⁰

Atualmente, prevista no § 1º do artigo 102 da Constituição e regulamentada pela lei federal nº 9.882/99, que dispõe sobre seu procedimento, a Arguição de descumprimento de preceito fundamental³⁵¹ (ADPF) tem como finalidade provocar a “jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal”, tutelando a supremacia dos preceitos de maior importância da Constituição³⁵².

Para Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi, o objetivo de tal ação é “impedir que condutas ou normas contrárias a preceitos fundamentais decorrentes da Constituição comprometam a regularidade do sistema normativo, afetando a supremacia constitucional”³⁵³.

Com caráter subsidiário, podendo apenas ser utilizada quando não exista outra ação capaz de afastar a lesão a preceito fundamental, seu objetivo é proteger os preceitos fundamentais decorrentes da Constituição.

Para Dirley da Cunha, preceito fundamental³⁵⁴ é toda norma constitucional (princípio e regra) que “serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado”, veiculando os valores supremos de uma sociedade³⁵⁵.

³⁴⁹ THAMAY, Rennan Faria Krüger. **A relativização da coisa julgada pelo Supremo Tribunal Federal: o caso das ações declaratórias de (in)constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 162.

³⁵⁰ De todas as ações de controle concentrado, talvez por ser a mais nova em nosso ordenamento, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, é a que apresenta a maior quantidade de divergência doutrinária e jurisprudencial em seus diversos aspectos. A exposição de tais divergências, além de incompatível com os limites do presente trabalho, não importa para o tema aqui proposto, motivo pelo qual nos limitaremos a descrever apenas os principais pontos da referida ação.

³⁵¹ Elival da Silva Ramos, ao propor uma reforma para o Recurso Extraordinário, defende o caráter dispensável da ADPF, pois, de acordo com o autor, não há nenhum aspecto de tal ação que não pudesse ser abrangido por aquele recurso. RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 411.

³⁵² Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 320. No mesmo sentido: AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2008, p.114

³⁵³ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 161.

³⁵⁴ O conceito de preceito fundamental é trazido pela doutrina, sem que haja uniformidade em relação a ele. Por exemplo, para Walber de Moura Agra, é qualquer direito fundamental defendido pela Constituição. AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2008, p.113. Para Rennan Faria Krüger Thamay, são aqueles dispositivos nos artigos 1º ao 5º, 6º, 7º, 34, VII, bem como aqueles previstos no artigo 60, § 4º, todos da Constituição. THAMAY, Rennan Faria Krüger. **A relativização da coisa julgada pelo Supremo Tribunal Federal: o caso das ações declaratórias de**

O descumprimento³⁵⁶ que enseja a propositura da ADPF pode resultar da elaboração de uma lei ou ato normativo, da expedição ou prática de um ato normativo e de decisões judiciais, sejam tais atos provenientes, quando for o caso, de órgãos públicos ou de pessoas físicas e jurídicas privadas³⁵⁷.

Já Walber de Moura Agra entende que tal ação apenas é cabível quando houver ação ou omissão, de lei ou atos normativos, concretos ou abstratos, de qualquer ente da federação³⁵⁸.

A decisão de mérito proferida nesta ação, em relação ao tempo, possui eficácia *ex tunc* e, em relação aos sujeitos por ela atingidos, é *erga omnes*, ressalvadas as decisões já transitadas em julgado, sendo vinculante para todos os órgãos do Poder Público³⁵⁹.

Em relação ao seu conteúdo, pode possuir natureza diversa, pois tanto pode declarar a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de certo ato normativo como pode ordenar outras providências, necessárias para reestabelecimento do preceito violado³⁶⁰.

3.3 Os efeitos declaratórios da decisão de inconstitucionalidade: o dogma da lei inconstitucional

Quando o assunto é o controle de constitucionalidade, não se pode deixar de mencionar o princípio da nulidade da lei inconstitucional, segundo o qual a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, torna a lei nula desde sua edição, tendo eficácia retroativa e fazendo com que todos os atos praticados com base na lei impugnada sejam inválidos.

Isso porque, conforme já dito, o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, admite a eficácia *ex tunc* das decisões declaratórias, como consequência lógica do princípio da Supremacia da Constituição.

(in)constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 163.

³⁵⁵ Dirley. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 325

³⁵⁶ O termo “descumprimento” é mais amplo que “inconstitucionalidade”, uma vez que, além de abranger o desrespeito à Constituição por meio de ato normativo, inclui também a violação por atos de execução material ou atos de particulares. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 170.

³⁵⁷ Dirley. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 328

³⁵⁸ AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2008, p.115.

³⁵⁹ AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2008, p.120.

³⁶⁰ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 178.

Para Elival da Silva Ramos, há certo consenso doutrinário quanto à afirmação de que o princípio da Supremacia da Constituição está na “base da fundamentação teórica do controle de constitucionalidade”. Embora o denominado princípio seja visto como uma norma-princípio, deve ser concebido como uma “regra estrutural do ordenamento”, que indica as relações estabelecidas entre os elementos “normativos e não normativos do sistema”³⁶¹.

A advertência acima formulada serve apenas para deixar clara nossa opinião quanto à natureza do que se denomina de princípio da Supremacia da Constituição, entendendo se tratar de espécie normativa do tipo regra. A utilização da expressão “princípio” ocorre apenas em razão de seu uso consagrado na doutrina³⁶².

Feita a observação acima, voltemos ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. De fato, a natureza da decisão que reconhece a inconstitucionalidade da lei é declaratória³⁶³ e não constitutiva, ou seja, ela não cria a inconstitucionalidade³⁶⁴, mas apenas reconhece o estado já existente.

A forma como tal princípio será encarado no presente trabalho precisa ser esclarecida, de antemão, uma vez que ela influenciará a forma de análise da eficácia da decisão de inconstitucionalidade, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, sobre as decisões transitadas em julgado.

Em primeiro lugar, o que se verifica é que o sistema brasileiro não foge à regra observada tanto nos países de controle de constitucionalidade difuso, como concentrado ou misto, nos quais prevalece o princípio da nulidade da lei inconstitucional, com ressalvas e exceções, no sentido de afastar a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade em alguns casos³⁶⁵.

³⁶¹ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19-25.

³⁶² A título de exemplo, podemos encontrar a expressão “princípio da Supremacia da Constituição” em: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 202; CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. Salvador: Juspodvim, 2011, p. 107.

³⁶³ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 56-57. RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 296.

³⁶⁴ Para Canotilho, a teoria clássica da inconstitucionalidade foi elaborada a partir de duas premissas fundamentais, a saber: a) toda lei que viola norma constitucional é inconstitucional e b) a norma inconstitucional é, *ipso iure*, nula (nulidade absoluta). Tal teoria, de acordo com o autor, acaba criando um silogismo tautológico, uma vez que: 1) a lei inconstitucional é nula; 2) é nula porque é inconstitucional; 3) a inconstitucionalidade reconduz-se à nulidade e a nulidade à inconstitucionalidade. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 947-948.

³⁶⁵ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia temporal**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 185

Em segundo lugar, uma advertência precisa ser feita em relação ao princípio ora em comento. É que, como já tivemos a oportunidade de afirmar no segundo capítulo do presente trabalho, os atos judiciais também são submetidos ao controle de constitucionalidade.

Todavia, o princípio da nulidade da lei inconstitucional, não significa admitir o controle de constitucionalidade das decisões judiciais, mas apenas e tão somente ao controle de constitucionalidade das leis³⁶⁶.

Para uma melhor análise do princípio em questão, faremos, mais uma vez, breve incursão na teoria do fato jurídico, uma vez que a norma, enquanto produto dos órgãos constitucionalmente autorizados, também é um ato jurídico e, como tal, pode ser analisada de acordo com o plano da existência, da validade e da eficácia.

No caso de norma declarada inconstitucional, o vício opera no plano da validade³⁶⁷, projetando-se para o plano seguinte, ou seja, o da eficácia³⁶⁸. Isso porque, ao violar a Constituição, a norma violadora deixa de preencher um dos requisitos de sua validade, que é a conformidade com a lei maior³⁶⁹.

É preciso salientar, contudo, que a inconstitucionalidade de uma lei não se confunde com sua revogação, uma vez que nesta a retirada da norma do mundo jurídico opera no plano da existência, ao passo que naquela, o problema é verificado no plano da validade³⁷⁰.

Inconstitucionalidade e nulidade, portanto, não se confundem, pois a) a nulidade é uma consequência da inconstitucionalidade, sendo uma reação da ordem jurídica por conta da

³⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**. 4 ed. São Paulo: RT, 2016, p. 22

³⁶⁷ Sobre o fundamento da validade, Marcos Bernardes de Mello afirma que as normas jurídicas, ao contrário das leis naturais, podem ser violadas, sem que isso afete sua validade (vigência). Para preservação de suas normas, o Direito traz sanções às condutas que lhe são contrárias. Tais sanções são variáveis, dependendo da gravidade da violação. A imputação da sanção, em si mesma, apesar de sua relação com a natureza do ato e gravidade da violação, é resultado da atividade valorativa do legislador. Para que os atos jurídicos sejam válidos, há necessidade de preenchimento dos requisitos previstos no modelo jurídico correspondente, sob pena de serem repelidos pela ordem jurídica por meio da sanção de invalidade. Por isso a invalidade, seja de que natureza for, serve como sanção que busca assegurar a “integridade da vigência do sistema jurídico”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 6-8.

³⁶⁸ Para Elival da Silva Ramos, a nulidade da lei inconstitucional faz com que não se reconhece qualquer eficácia ao ato normativo declarado inconstitucional. De sua indevida aplicação, contudo, ocorrem “alterações no plano fático cuja preservação se impõe”. RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 298.

³⁶⁹ De acordo com Marcos Bernardes de Mello, se uma lei contém uma norma que, de forma indireta, viola a Constituição, há inconstitucionalidade “por fraude a preceito constitucional”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 96.

³⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, e-book, parágrafo 9.46

violação de normas constitucionais e b) a nulidade não é consequência lógica e necessária da inconstitucionalidade, pois existem casos de sanções diferentes para esta última³⁷¹.

Para Luis Roberto Barroso, a nulidade da lei inconstitucional é corolário do fato de que nenhum ato legislativo pode ser contrário à Constituição e, se esta é a lei suprema, a aplicação de uma lei com ela incompatível viola tal supremacia.

Em outras palavras, ao se admitir que uma lei inconstitucional regulamente uma situação e produza efeitos válidos, estar-se-ia admitindo também a negativa de vigência da própria Constituição³⁷².

Apesar de ser considerado nulo, os efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade podem ser limitados em graus diferentes, fazendo com que o Poder Judiciário reconheça efeitos pretéritos do ato inconstitucional nas relações subjacentes concretas³⁷³.

Dessa forma, circunstâncias de ordem prática, têm levado à atenuação do rigor técnico na aplicação do princípio ora em comento, em razão da repercussão que a decisão de inconstitucionalidade pode ter em relações jurídicas já consolidadas e fundadas na lei ou ato normativo declarado inconstitucional³⁷⁴. São elucidativas, a este respeito as palavras de Gustavo Binbenbojm³⁷⁵:

Os conceitos e institutos jurídicos são criados para conformar a realidade; em inúmeras situações, todavia, os fatos derrotam as normas, obrigando o jurista a reavaliar suas noções teóricas, de modo a adequá-las às novas necessidades e aspirações sociais. A flexibilização dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade é uma dessas imposições da experiência à lógica jurídica.

Neste sentido, Oswaldo Luiz Palu defende que os atos praticados com fundamento na lei declarada inconstitucional restam sem fundamento jurídico, uma vez que a lei inconstitucional é nula e a norma nela contida nunca possui eficácia substancial, mas apenas formal. Os limites de tal retroatividade, todavia, podem ser fixados pelo Supremo Tribunal

³⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 953.

³⁷² BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, e-book, parágrafo 9.52

³⁷³ PALU, Luiz Oswaldo. **Controle de constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 151.

³⁷⁴ Paulo Bonavides faz um rico apanhado, tendo como base a doutrina alemã e o modelo austríaco, das posições que atualmente vigoram na Europa sobre a mitigação da nulidade da lei inconstitucional, nas quais se observam “manifestas tendências para um desvio de rumo quanto à nulidade *ipso iure* das normas jurídicas inconstitucionais”, defendendo que, independentemente da forma de controle normativo – abstrato ou concreto – deve-se ter em vista o teor material do acórdão, “a fim de conjurar ou precaver apenas os direitos subjetivos, os quais a ordem jurídica tutela e não podem ficar vulneráveis a atos de arbítrio”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 333-343.

³⁷⁵ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 222

Federal, existindo ainda fórmulas de preclusão, que se fundam no princípio da segurança jurídica, a exemplo da coisa julgada e da prescrição³⁷⁶.

Como forma de atenuar o rigor na aplicação do princípio ora em comento, uma das ressalvas a ele formuladas, é encontrada na Lei Federal nº 9.868/99 que, no artigo 27³⁷⁷, permite a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, desde que feita por 2/3 dos membros do STF, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Todavia, o fundamento para a restrição da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade não se encontra exclusivamente no artigo 27 do diploma legal sobredito, mas principalmente na proteção de outras garantias como, por exemplo, a segurança jurídica³⁷⁸, que é posta em risco pelos efeitos *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade³⁷⁹.

O que se percebe, portanto, é que o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem sofrido mitigações não só do Supremo Tribunal Federal, mas da lei acima referida, cedendo em casos em que há nítida colisão com as situações jurídicas já consolidadas, garantia da segurança jurídica, em todos os seus elementos.

Isso porque a realidade da vida é muito mais complexa do que a melhor das teorias³⁸⁰, fazendo com que em situações excepcionais sejam mantidas as situações jurídicas já consolidadas na vigência da lei posteriormente declarada inconstitucional.

3.4 A coisa julgada proferida em ofensa à Constituição Federal (coisa julgada inconstitucional)

O ponto central do tema aqui proposto possui estreita relação com aquilo que a doutrina costuma chamar de coisa julgada inconstitucional. Isso porque o legislador, ao

³⁷⁶ PALU, Luiz Oswaldo. **Controle de constitucionalidade**: conceito, sistemas e efeitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 158-159.

³⁷⁷ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

³⁷⁸ Apesar da afirmação, é necessário esclarecer que, no Brasil, apenas o STF pode realizar a modulação dos efeitos da decisão proferida no exercício do controle de constitucionalidade. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro**: aspectos constitucionais e processuais. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 56-57. RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63-64. AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodvim, 2008, p.64-66.

³⁷⁹ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 222

³⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, e-book, parágrafo 9.62

considerar inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial (que mais tarde tem a lei ou ato normativo em que se fundou, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal), o faz sob o pretexto de proteger a supremacia da Constituição, entendendo que nem mesmo a coisa julgada pode subsistir se contrária a algum dispositivo de origem constitucional.

Antes, porém, que se trate da coisa julgada inconstitucional propriamente dita, é preciso, ainda que apenas para contextualizar o assunto aqui abordado, tratar de um tema que, a despeito de já não ser mais novidade nos estudos do Direito Processual, encontra-se longe de ter uma solução que seja abraçada pela maioria da doutrina. Trata-se da chamada relativização da coisa julgada³⁸¹.

Não cuidaremos aqui de abordar todas as correntes que promovem a defesa ou que buscam rechaçar a possibilidade do que se convencionou denominar de relativização da coisa julgada³⁸², mas apenas de permitir a contextualização da chamada coisa julgada inconstitucional, conforme já dissemos acima.

Neste sentido, é pertinente a advertência de Alexandre Freitas Câmara, para quem, em relação ao tema ora desenvolvido, há argumentos de peso em ambos os sentidos, “não sendo possível a qualquer processualista nos dias de hoje permanecer indiferente ao tema”³⁸³.

Em primeiro lugar, a nosso ver, é preciso frisar que o tema da relativização parece ser colocado em termos inadequados³⁸⁴, uma vez que parte da premissa de que estamos tratando da possibilidade de relativização de algo que é absoluto.

³⁸¹ Sérgio Gilberto Porto, ao tratar do tema, defende que a defesa da relativização da coisa julgada ocorre sob a defesa de determinadas ideias centrais, que ele denomina de ondas. Assim, a primeira onda, consiste na defesa do afastamento da coisa julgada, com fundamento na tese de que os direitos fundamentais, diante de seu caráter relativo, podem ceder frente a um conflito com outra garantia fundamental (porém, tudo sendo operado no plano constitucional); a segunda onda, consiste na possibilidade de relativização da garantia da coisa julgada por lei infraconstitucional; a terceira onda propõe a relativização por meio da superação da técnica de uso de um catálogo expresso e técnica determinada, fazendo surgir uma “nova e desformalizada conduta processual”, que é duramente criticada pelo autor, pois partem de situações casuísticas de inconformidade observadas na realidade forense. PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 134-140

³⁸² Numa abordagem descritiva dos posicionamentos contrários e favoráveis à relativização da coisa julgada: SANTOS, Joyce Araújo dos. **Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional**: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica. Porto Alegre: 2009, Nuria Fabris, p. 122-140. DANTAS, Ivo; LACERDA, Rafaella Maria Chiappeta de. **Teoria da inconstitucionalidade**: norma constitucional inconstitucional – coisa julgada inconstitucional. São Paulo: LTr, 2007, p. 144-151.

³⁸³ CAMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.) **Relativização da coisa julgada**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 24

³⁸⁴ Leonardo Greco afirma que o tema deve ser analisado, tendo em mente certas premissas sem as quais o intérprete o jurista podem encarar o problema movidos emocionalmente por um nobre sentimento de busca por justiça, mas já influenciados por uma prévia valoração do que é justo ou injusto, buscando argumentos que fundamentem conclusões já previamente estabelecidas. Tais premissas, de forma resumida, são: a) a coisa julgada, no Brasil, sempre foi (e continua sendo) muito frágil; b) ela é um direito fundamental; c) não existe coisa julgada *erga omnes* na jurisdição constitucional, que seja capaz de desfazer a coisa julgada anteriormente formada. GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou

Ora, só se relativiza aquilo que já não é relativo e a coisa julgada, ao que nos parece, já é relativizada pelo próprio sistema processual. Não há sentido algum pretender a relativização de algo que já é relativo³⁸⁵.

Em segundo lugar, é possível constatar que as teses favoráveis à relativização da coisa julgada sustentam-se sob dois pilares: o da injustiça da decisão e o de sua inconstitucionalidade.

É possível perceber ainda que aqueles que defendem o afastamento da coisa julgada ou sua desconstituição, o fazem sob o argumento de não ser possível permitir que uma injustiça prevaleça sob a proteção de uma imutabilidade ou que não é possível tolerar a existência de uma decisão judicial contrária à Constituição, sob pena de ofensa à supremacia desta última. Aqui, os argumentos ora resumidos parecem não nos convencer, pelos motivos que ora trataremos de expor.

Inicialmente, defender o afastamento (ou relativização) da coisa julgada nas hipóteses em que esta revelar uma decisão injusta³⁸⁶, parece-nos contrariar a própria escolha feita pelo ordenamento jurídico. Com efeito, conforme já vimos no segundo capítulo deste trabalho, a coisa julgada é resultante de ponderação, feita pelo legislador constituinte, que optou por ela – a coisa julgada – como instrumento de proteção da segurança jurídica, privilegiando a estabilidade das relações jurídicas.

Trata-se, portanto, de opção política do legislador, ao determinar que, a partir de certo ponto, não mais é possível, dentro do Estado de Direito, continuar a discutir aquilo que já foi discutido e está agora coberto pelo manto da coisa julgada. Com isso, fica encerrado, de forma definitiva, o conflito, como “ato de soberania do Estado”³⁸⁷.

inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.) **Relativização da coisa julgada**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 251-259.

³⁸⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.) **Relativização da coisa julgada**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 221

³⁸⁶ É o caso, por exemplo, de Cândido Rangel Dinamarco, ao defender que a coisa julgada deve conduzir a produção de resultados justos, admite sua relativização em situações excepcionais. A despeito de buscar critérios objetivos para tal relativização, em situações excepcionais, o autor admite que sua angústia quase é reduzida a uma “questão de fé”. Ao nosso ver, o autor não consegue estabelecer critérios objetivos para a relativização proposta, limitando-se a analisar casos extremos, apreciados pelo Poder Judiciário, e nos quais a coisa julgada foi relativizada. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 216-269. Em outra ocasião, o mesmo autor admite que sua proposta de relativização, em casos excepcionais, tem “fortíssima conotação axiológica-cultural voltada ao confronto de valores”. Tal conotação consiste na recusa de imunização à coisa julgada quando esta colide com valores mais elevados que a segurança jurídica, a exemplo da moralidade pública e razoabilidade. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6 ed. Tomo II. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1152-1153.

³⁸⁷ PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 135

Nesse sentido, também entendemos que a finalidade da coisa julgada é a de realizar a justiça formal, pois a justiça material não é possível de ser aferida de pronto, já que cada parte em um processo possui a sua concepção de justiça.

Em outras palavras, de acordo com a opção política ora em comento, haverá um momento em que a preocupação de evitar a eternização do litígio se sobrepõe à de fazer justiça e, uma vez formada a coisa julgada, fica proibida a discussão daquilo que já foi decidido³⁸⁸.

Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, “subordinar a prevalência da *res iudicata*, em termos que extravasem do álveo do direito positivo à justiça da decisão, a ser aferida depois do término do processo, é esvaziar o instituto de seu sentido essencial”³⁸⁹.

O que se percebe, por meio das ideias que defendem esta possibilidade de afastamento da coisa julgada sob o fundamento exclusivo de injustiça da decisão, é que há uma discussão de forte carga axiológica, na qual, por meio de situações excepcionalíssimas, tenta-se justificar o afastamento da coisa julgada já existente³⁹⁰.

O que se apresenta, contudo, é o retorno de uma aflição que sempre marcou os estudos dos operadores do direito, consistente no choque dos valores justiça *versus* segurança jurídica, mas ignorando por completo o fato de que a “ausência de segurança jurídica representa uma extraordinária e indiscutível injustiça social”³⁹¹.

Há ainda outro problema a ser levado em consideração, ao se permitir o afastamento ou relativização da coisa julgada nos casos de julgamento injusto. É que, uma vez aberta a possibilidade novo julgamento do caso, sob o exclusivo fundamento de que o anterior foi injusto, seremos obrigados a aceitar uma série sucessiva e indefinida de processos com o mesmo desiderato e cujo ponto final apenas seria colocado quando o poder financeiro ou a obstinação e a calma deixassem³⁹².

³⁸⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.) **Relativização da coisa julgada**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 231

³⁸⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.) **Relativização da coisa julgada**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 232

³⁹⁰ É o caso, por exemplo, de Rennan Faria Krüger, que defende a relativização da coisa julgada em decorrência de “decisões aberrantes, inconstitucionais ou simplesmente inaceitáveis”, com a finalidade de ser recuperar a dignidade, constitucionalidade e justiça da decisão judicial. Para o autor, a relativização serve como um dos instrumentos para combate da crise do Poder Judiciário e alcance da justiça. THAMAY, Rennan Faria Krüger. **A relativização da coisa julgada pelo Supremo Tribunal Federal: o caso das ações declaratórias de (in)constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 86; 115.

³⁹¹ PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 142

³⁹² CAMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.) **Relativização da coisa julgada**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 31

Não se pode, portanto, permitir que a parte insatisfeita com a decisão transitada em julgado deduza pretensão de novo julgamento daquilo que já foi decidido, sob o fundamento de que o julgamento anterior foi injusto. Tal situação, inadmissível a nosso ver, acabaria com a coisa julgada, permitindo que qualquer juízo estivesse autorizado a promover a rediscussão daquilo que se considera indiscutível como forma de garantir a própria segurança jurídica.

Com a mesma preocupação, afirma Juan Felipe Vallejo Osorio³⁹³, ao comentar sobre a relativização da coisa julgada permitida na Colômbia:

No obstante muchas veces se utilizan también dichos mecanismos como instrumentos para dilatar el cumplimiento y eficacia del proceso que se falló regular y oportunamente em las instancias procesales pertinentes, incluso para revivir actuaciones y decisiones que la parte vencida se niega aceptar muchas veces causadas por su propia negligencia. Lo que constituye más de lo mismo, esto es, que permite catapultar el proceso jurisdiccional como um mecanismos que em vez de solucionar los conflictos los perpetúa.

A ideia que permite a relativização da coisa julgada com fundamento na injustiça da decisão comete, a nosso ver, duas radicalizações: uma primeira, consistente na oposição entre segurança e justiça³⁹⁴; uma segunda, da própria justiça contra a segurança. Ora, a própria segurança jurídica já é um instrumento da justiça e é justamente em nome daquela que se garante a proteção à coisa julgada, conforme explica Tércio Sampaio Ferraz Junior³⁹⁵

...falar de justiça como um valor iminente, ao qual a segurança se opõe como outro valor, é entrar num jogo de contraposições de entidades supostamente diferentes. Afinal, a justiça pode ser entendida como um valor, mas segurança é um direito fundamental, como o é a liberdade, a vida, a propriedade, a igualdade. Em termos comparativos, se todos os direitos importam valores, a justiça não é, em si, um direito fundamental. Nesse sentido é um equívoco supor a justiça como uma entidade absoluta, em contraposição a direitos fundamentais.

Por tal razão, entendemos que o argumento elevado como condição para a relativização da coisa julgada, consistente no fato de a decisão apresentar injustiça –

³⁹³ OSORIO, Juan Felipe Vallejo. La cosa juzgada em Colombia: entre la seguridad jurídica y la justicia de la decision. In: AURELLI, Arlete Inês (coord.). et. al. **O direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem a Thereza Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 843.

³⁹⁴ Alexandre Freitas Câmara parte justamente desta oposição. Porém, concorda o autor que, apesar de o processo ser instrumento de acesso à justiça, não há justiça sem segurança jurídica. CAMARA, Alexandre Freitas. **Relativização da coisa julgada material**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.) *Relativização da coisa julgada*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 17

³⁹⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: RIHJ, Belo Horizonte, v. 1. n. 3. Jan./dez. 2005. p. 127. Disponível na Internet: <http://bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=79252&p=62#>. Acesso em: 17 de setembro de 2017, às 21:10h

independente da adjetivação que se dê a esta última (grave, gravíssima, flagrante etc.) – não serve ao propósito da própria coisa julgada³⁹⁶.

Por isso, se alguma injustiça é eternizada pelo manto da coisa julgada, “esse é o preço que o ordenamento entendeu razoável pagar como contrapartida da preservação de outros valores”³⁹⁷, a exemplo da própria segurança jurídica que, juntamente com aquela última, é elemento característico do Estado de Direito.

O segundo argumento que é utilizado em defesa da relativização da coisa julgada é o da chamada coisa julgada inconstitucional³⁹⁸. Aqui, a defesa é que a coisa julgada deve ceder diante da supremacia da constituição.

O problema, contudo, carece de uma maior reflexão, pois normalmente é apresentado seguido de soluções, a nosso ver, simplistas³⁹⁹, como o da produção incondicional de efeitos *ex tunc* da decisão que declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em que se fundou a coisa julgada. Sem contar nas soluções fundadas em técnicas das ciências da causalidade ou das ciências naturais, que devem ser evitadas em razão da natureza própria da ciência do Direito, como adverte Francisco Wildo Lacerda Dantas⁴⁰⁰.

Já tivemos a oportunidade de demonstrar acima que, a despeito de no Brasil, vigorar o princípio da nulidade da lei inconstitucional, não há mais uma aplicação irrestrita deste princípio nas situações jurídicas já consolidadas⁴⁰¹.

³⁹⁶ Para José Joaquim Calmon de Passos, “a dimensão da justiça no processo se esgota nas tradicionais garantia do devido processo legal, que hoje poderíamos ampliar para entendê-las como garantias do devido processo constitucional de produção jurisdicional do direito”. PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo**: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 63

³⁹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.) **Relativização da coisa julgada**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 234

³⁹⁸ Usamos aqui a expressão “coisa julgada inconstitucional” apenas pela sua consagração, posto que dela discordamos por entender que a coisa julgada nunca é inconstitucional. A expressão, além de revelar uma contradição em termo (a coisa julgada é uma garantia fundamental prevista na constituição e, portanto, não pode ser inconstitucional), parece apresentar uma carga ideológica que já tentaria, por si, sustentar a tese de sua relativização/desconsideração. O que pode vir a ser inconstitucional é o conteúdo da decisão, a norma que lhe serve de fundamento, mas não a coisa julgada em si.

³⁹⁹ Isso sem contar no caráter pitoresco dos exemplos (caso de alguém condenado a entregar um peso de sua carne por conta de dívida não honrada, bem como da mulher condenada aos préstimos de prostituta em cumprimento a uma cláusula contratual) que são utilizados para corroborar a tese que defende a relativização da coisa julgada em situações de inconstitucionalidade de sua norma fundamentadora, sendo a maioria de tais exemplos improváveis de ocorrência no mundo real. Ademais, tais situações hipotéticas se sustentam em uma premissa teórica controversa na doutrina, ou seja, a de que a autoridade da coisa julgada se vincula unicamente aos efeitos da sentença. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.) **Relativização da coisa julgada**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 237-239

⁴⁰⁰ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Considerações sobre a desconstituição e a relativização da coisa julgada. In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. Nº 56, Abril/Junho, 2004, p. 166-187.

⁴⁰¹ Walber de Moura Agra adverte que, a despeito do entendimento do STF sobre o tema, considerando nulo o ato normativo declarado inconstitucional, tal situação vem sendo flexibilizada, não mais sendo considerado de forma absoluta, ou seja, podendo a norma ser considerada anulável, conforme as circunstâncias fáticas, por meio

Diante de situações excepcionais, nas quais o prejuízo pela desconsideração de tais situações já consolidadas é flagrante, em que estejam em risco a própria segurança jurídica ou assim recomende o interesse social, admite-se que o princípio ora em comento seja relativizado.

Não há como negar que, dentre os erros mais graves que podem estar presentes em uma decisão (como em qualquer ato jurídico), encontra-se a violação à Constituição⁴⁰². Por isso, o próprio sistema processual cria mecanismos de controle desta decisão, destacando-se os recursos e, após o trânsito em julgado, a ação rescisória.

O problema, contudo, a nosso ver, está na defesa do afastamento ou relativização, como se prefira chamar, da coisa julgada existente em desconformidade com a Constituição. Isso porque, para os que defendem tal tese⁴⁰³, a desconstituição da coisa julgada produzida em desconformidade com a Constituição, poderia ocorrer a qualquer momento, uma vez que sequer haveria a produção de coisa julgada, não sendo esta possível quando ocorresse a violação a dispositivo normativo constitucional.

O entendimento acima resumido não nos parece correto, uma vez que, a decisão proferida em desconformidade com a constituição é plenamente capaz de produzir a coisa julgada. A justificativa para a defesa aqui proposta é extraída da própria teoria do fato jurídico, uma vez que os elementos previstos no suporte fático para a ocorrência do fato jurídico – trânsito em julgado – ocorrem independentemente da (in)constitucionalidade da norma jurídica em que se fundou a decisão.

Há ainda o problema, comentado por Antonio do Passo Cabral, decorrente do caráter analítico da Constituição brasileira, permitindo que diversas matérias possam encontrar fundamento naquela última. Tal situação acaba fazendo com que os limites, que definam

de uma sentença constitutiva-negativa. AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodvim, 2008, p.31.

⁴⁰² Ao tratar do tema, Francisco Wildo Lacerda Dantas apresenta solução que parte de três distinções: a) sentenças inexistentes (que corresponde às sentenças nenhuma do direito Português), que violam o direito objetivo e não necessitam de impugnação pela via da ação rescisória, sendo suficiente a propositura de ação declaratória de inexistência; b) sentenças rescindíveis (correspondentes às sentenças algumas do direito Português), podendo ser impugnadas apenas pela via da ação rescisória e c) sentenças eivadas de nulidade *ipso iure*, que podem ter sua nulidade alegada a qualquer tempo. No caso da coisa julgada inconstitucional, o autor diferencia aquelas que violam normas-princípios (cuja solução é dada por meio das regras destinadas à solução dos conflitos constitucionais) e as que violam normas-regras (que se revela como sentença rescindível, por ofensa à literal disposição de lei constitucional). DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Considerações sobre a desconstituição e a relativização da coisa julgada. In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. Nº 56, Abril/Junho, 2004, p. 166-187.

⁴⁰³ É caso, por exemplo, de Ivo Dantas e Rafaella Chiappetta de Lacerda, que negam que a sentença que venha a ser proferida em violação à Constituição possa existir; para os referidos autores, tal sentença é inexistente e sequer forma a coisa julgada. DANTAS, Ivo; LACERDA, Rafaella Maria Chiappetta de. **Teoria da inconstitucionalidade: norma constitucional inconstitucional – coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: LTR, 2007, p. 92-93

quando a estabilidade da coisa julgada seja mantida ou rompida, sejam muito tênues⁴⁰⁴.

Adverte em seguida o referido autor:

Ademais, deve-se ter em conta que, num ambiente constitucional, pleno de cláusulas gerais, e dada a “textura aberta” de muitas normas da Constituição de 1988, reconduzir a questão ao patamar constitucional poderia levar à conclusão de uma fluidez de parâmetros. É o que ocorre com o “interesse público” (como nas ações de desapropriação) e “a dignidade da pessoa humana” (como na hipótese clássica do DNA).

Outro ponto que merece ser refletido é que, se admitirmos que a chamada coisa julgada inconstitucional é nula (porque a lei declarada inconstitucional também o é) e, por conta disso, não se está diante de coisa julgada, então a possibilidade de ação rescisória para combater tal decisão é, no mínimo, contraditória, uma vez que não seria necessária a propositura de ação para desconstituir o que já é nulo. Este ponto em especial será desenvolvido com maior profundidade no próximo capítulo.

Ora, não se nega aqui que a sentença e os acórdãos, assim como todos os atos jurídicos, devem estar sujeitos aos requisitos de existência e validade. Assim, para ser considerado existente, o ato deve preencher os elementos mínimos de seu suporte fático, ao passo que para ser válido, não pode apresentar vício que lhe retire a perfeição. A sentença que é proferida em desconformidade com a ordem constitucional padece de vício de invalidade e não de inexistência que, após o trânsito em julgado, se converte em rescindibilidade⁴⁰⁵.

Em nosso sistema, entendemos que os meios de controle de constitucionalidade previstos no ordenamento já são suficientes para garantir tal finalidade, sendo desnecessária a adoção de uma modalidade de desconsideração não prevista. Ainda assim, é preciso fazer a ressalva de que, mesmo nos casos de utilização dos mecanismos processuais expressamente previstos, há necessidade de que estes sejam interpretados à luz da segurança jurídica, com seu caráter fundamental, e também da coisa julgada como instrumento de sua realização⁴⁰⁶.

Entendemos que a desconsideração da coisa julgada nos moldes acima resumidos, ou seja, com fundamento exclusivo na injustiça da decisão ou na inconstitucionalidade da norma em que se fundou a sentença, sem que haja qualquer previsão no ordenamento jurídico, corre risco de afrontar seriamente a garantia da segurança jurídica.

⁴⁰⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2 ed. Salvador: Juspodvim, 2014, p. 543.

⁴⁰⁵ SANTOS, Joyce Araújo dos. **Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional**: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica. Porto Alegre: 2009, Nuria Fabris, p. 143-144

⁴⁰⁶ GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.) **Relativização da coisa julgada**. 2 ed. Salvador: Juspodvim, 2008, p. 260.

De acordo com Sérgio Gilberto Porto, em razão das possibilidades de descon sideração acima comentadas, foi introduzida na processualística nacional a ideia de que a coisa julgada deve ser compreendida, no mínimo, “em dois patamares diversos”. O primeiro diz respeito ao modo tradicional de enxergar a coisa julgada, verificado após o trânsito em julgado de determinada decisão judicial, ficando imune a futuras discussões⁴⁰⁷.

A segunda forma de compreensão, diz respeito ao fato de que, mesmo tendo a decisão judicial adquirido o selo da imutabilidade, após esgotadas todas as possibilidades recursais, ela ainda estaria sujeita a um prazo decadencial para poder tornar-se “definitivamente definitiva”⁴⁰⁸, posto que, acaso possua algum vício grave, poderá ser desconstituída por meio de ação rescisória⁴⁰⁹.

É justamente nessa última perspectiva que se enquadra a chamada coisa soberanamente julgada, verificada quando a decisão atinge sua preclusão máxima e compreendida esta não só pelo esgotamento dos recursos possíveis como também pelo transcurso do prazo decadencial para propositura da ação rescisória.

É preciso salientar, contudo, que a denominada coisa soberanamente julgada não representa uma nova espécie de coisa julgada, mas apenas um recurso “didático-retórico”⁴¹⁰ para explicar uma das várias hipóteses de decadência previstas em nosso ordenamento.

⁴⁰⁷ PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 148

⁴⁰⁸ PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 149

⁴⁰⁹ PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 149

⁴¹⁰ PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 150

4 A SENTENÇA E A INEXIGIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO FUNDADA EM LEI OU ATO NORMATIVO INCONSTITUCIONAL E A GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA

Após analisarmos os aspectos já expostos nos capítulos anteriores, tidos como importantes para fixação das premissas que permitem o embasamento do tema aqui proposto, é chegada a hora de tratar do problema central, ou seja, se as previsões contidas nos artigos 525, § 15 e 535, § 8º, do Código de Processo Civil são compatíveis com a segurança jurídica e, portanto, com a Constituição Federal.

Em outros termos, é constitucional a possibilidade de propositura da ação rescisória com seu prazo contado após o trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconhece a inconstitucionalidade da norma em que se fundou a decisão rescindenda?

Tentaremos responder à pergunta acima formulada, com base em tudo o que já foi até aqui analisado, bem como com fundamento nas ideias que serão desenvolvidas no presente capítulo.

4.1 A inexigibilidade da obrigação reconhecida em sentença fundada em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal

A existência de um título executivo não é garantia de validade do processo executivo; é preciso que a obrigação nele representada possua o atributo da certeza, da liquidez e da exigibilidade, consoante previsão dos artigos 783⁴¹¹, 786⁴¹² e 803, I⁴¹³, do Código de Processo Civil. Para os fins aqui propostos, interessa-nos o último dos atributos acima mencionados, uma vez que é a inexigibilidade uma das matérias que podem ser objeto de arguição, na forma do artigo 525, §§ 12 e 15, 538, § 8º, do aludido diploma legal⁴¹⁴.

⁴¹¹ Art. 783. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.

⁴¹² Art. 786. A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível substanciada em título executivo.

⁴¹³ Art. 803. É nula a execução se:

I - o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível;

⁴¹⁴ Para Luis Alberto Reichelt, quem afirma que o título é inexigível está impondo restrições a parte interessada em pleitear o cumprimento da sentença mediante tutela jurisdicional, não havendo consequências em relação ao cumprimento espontâneo da mesma obrigação. Já quando se afirma que a obrigação é inexigível, o comando decorrente da decisão que a impõe não traz qualquer tipo de transformação ou efeito no plano do direito material. REICHELTL, Luis Alberto. Reflexões sobre a relativização da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. In: **Revista de processo**. vol. 255. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016, p. 169.

Há de se destacar ainda que o título executivo se forma independentemente da coisa julgada, uma vez que esta, conforme já se viu, decorre da eficácia declaratória da decisão que, por seu turno, não se executa⁴¹⁵.

Em outras palavras “nem sempre o título executivo judicial decorre do dispositivo da sentença judicial transitada em julgada”⁴¹⁶, pois enquanto a coisa julgada decorre do efeito declaratório da sentença, a exequibilidade decorre de sua eficácia executiva.

É importante a distinção acima, uma vez que a regra contida no artigo 525, § 12, do Código de Processo Civil não afirma que a sentença seja inexistente ou que não houve a formação da coisa julgada, mas trata tão somente da fase de exigibilidade do direito⁴¹⁷.

Tradicionalmente, a exigibilidade é definida como o atributo segundo o qual a obrigação não está sujeita a termo⁴¹⁸ ou a condição suspensiva, sendo, portanto, exigível⁴¹⁹.

Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco a define como a ausência de impedimentos para que seja satisfeita, pelo devedor, a pretensão do credor, entendendo ainda ser um “natural imperativo lógico a impossibilidade de um não-adimplemento relevante para o direito enquanto não tiver chegando o momento de adimplir”⁴²⁰.

Ampliando a noção usualmente utilizada para definir tal atributo, o legislador, no artigo 525, § 12 do Código de Processo Civil, passou a considerar como inexigíveis as obrigações reconhecidas em título executivo judicial que se fundem em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou ainda quando esteja fundado

⁴¹⁵ SILVA, Beclate Oliveira. Coisa julgada baseada em lei inconstitucional (?): análise sob o prisma da teoria das cargas de eficácia da sentença em Pontes de Miranda. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 70

⁴¹⁶ SILVA, Beclate Oliveira. Coisa julgada baseada em lei inconstitucional (?): análise sob o prisma da teoria das cargas de eficácia da sentença em Pontes de Miranda. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 70.

⁴¹⁷ SILVA, Beclate Oliveira. Coisa julgada baseada em lei inconstitucional (?): análise sob o prisma da teoria das cargas de eficácia da sentença em Pontes de Miranda. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 71.

⁴¹⁸ “Termo é o fato natural, verificado no próprio título, e por esta razão carece de qualquer prova, em princípio, tirante do chamado termo incerto”. ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p 214. Isso não significa que as obrigações que não estejam sujeitas a um termo não possam ser exigíveis. Nesse sentido, adverte Cândido Rangel Dinamarco que “variam as regras jurídico-substanciais responsáveis pela determinação do momento em que a obrigação se torna exigível e, portanto, exequível”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3 ed. vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 191.

⁴¹⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7 ed. vol 4. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 264

⁴²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3 ed. vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 186.

em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tido por aquele mesmo tribunal como incompatível com a nossa Constituição. É de se ressaltar que tal controle pode ocorrer tanto de forma difusa como na forma concentrada, a teor do que dispõe o artigo ora em comento.

Como se percebe, o dispositivo acima mencionado não trata da hipótese tradicionalmente rotulada como inexigibilidade do título. Não há relação com o aspecto da atualidade do crédito, portanto, sem relação com o inadimplemento do executado. É hipótese, na verdade, de “inexequibilidade do próprio título”⁴²¹. Todavia, se entendida como supressão da eficácia executiva da decisão judicial⁴²², e é esta a concepção que nos parece mais adequada, o caso tratado no artigo em comento é de inexigibilidade.

Não nos parece correta, contudo, a posição de Cândido Rangel Dinamarco⁴²³, para quem, comentando a disposições equivalentes (arts. 475-L, § 1º e art. 741), no Código de Processo Civil revogado, ao artigo 525, § 12, do Código de Processo Civil vigente, entende que o caso de inexigibilidade da sentença fundada em lei inconstitucional seria, em verdade, de inexistência do próprio título executivo.

A única maneira de interpretar os dispositivos, então analisados, de acordo com a Constituição, seria considerando inexistentes os títulos executivos nas hipóteses ali previstas, conforme lição abaixo transcrita:

Sua única salvação consistirá em interpretá-la restritivamente, no sentido de que não há título com eficácia para a execução forçada quando a sentença houver sido proferida (a) depois de declarada a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal ao cabo de um controle concentrado (ação direta), porque esse julgamento produz a ineficácia da norma inconstitucional, retirando-a incontinentemente da ordem jurídica; ou b) depois de suspensa a eficácia da norma inconstitucional pelo Senado Federal, em caso de controle difuso.

Isso porque, ainda que o título executivo tenha sido proferido em momento posterior a declaração de inconstitucionalidade do ato em normativo em que se fundou, ele não pode ser considerado como inexistente.

Pelas razões que já expusemos acima, o caso não é de inexistência do título, que pode existir independentemente da formação da própria coisa julgada. O caso, a nosso ver, é de perda de eficácia executiva da sentença.

⁴²¹ ASSIS, Araken. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.) **Relativização da coisa julgada**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 55

⁴²² SILVA, Beclaute Oliveira. Coisa julgada baseada em lei inconstitucional (?): análise sob o prisma da teoria das cargas de eficácia da sentença em Pontes de Miranda. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 73.

⁴²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3 ed. vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 792-793.

Para Beclaute Oliveira Silva⁴²⁴, a inexigibilidade, por se tratar de conceito negativo, para ser compreendida, exige a delimitação de seu oposto, ou seja, a exigibilidade. Neste sentido, afirma o autor:

A exigibilidade é uma fase eficaz do direito subjetivo. No caso, com o surgimento da relação jurídica emerge, inexoravelmente, o direito subjetivo, ou seja, um poder conferido ao sujeito ativo da relação jurídica consistente em ter uma faculdade. Como correlato necessário desse direito, há o dever, este se encontra relacionado ao sujeito passivo da relação jurídica.

Ao poder acima referido, conferido pela ordem jurídica, se agrega uma outra eficácia, correspondente a pretensão ou fase de exigibilidade, que apenas se materializa “quando o seu titular o transforma em ato, no caso, o ato de exigir do outro o cumprimento da obrigação”⁴²⁵. A inexigibilidade surgiria assim “quando um direito subjetivo não pode ser exercido por se encontrar, de certa forma, mutilado”⁴²⁶.

A inexigibilidade (inexequibilidade) mencionada no dispositivo legal ora em comento, baseada na decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, deve ter sido essencial para que o pedido reconhecido no título impugnado tenha sido acolhido.

Em outros termos, caso o ato normativo declarado inconstitucional fosse afastado e, ainda assim, o conteúdo do título executivo fosse mantido, não haveria sentido em reconhecê-lo como portador de uma obrigação inexigível.

No sentido acima, esclarecem Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que “se a questão da constitucionalidade da norma desempenhou papel circunstancial, não se mostrando imprescindível para a manutenção da condenação. A obrigação documentada no título continuará exigível”⁴²⁷.

⁴²⁴ SILVA, Beclaute Oliveira. Coisa julgada baseada em lei inconstitucional (?): análise sob o prisma da teoria das cargas de eficácia da sentença em Pontes de Miranda. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 71.

⁴²⁵ SILVA, Beclaute Oliveira. Coisa julgada baseada em lei inconstitucional (?): análise sob o prisma da teoria das cargas de eficácia da sentença em Pontes de Miranda. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 71.

⁴²⁶ SILVA, Beclaute Oliveira. Coisa julgada baseada em lei inconstitucional (?): análise sob o prisma da teoria das cargas de eficácia da sentença em Pontes de Miranda. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 72.

⁴²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**: comentado artigo por artigo. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 473.

Há necessidade, portanto, de que exista “uma relação de causa e efeito, de sorte que, afastada a lei que fundamenta a sentença, a conclusão desta seja, inevitavelmente, alterada”,⁴²⁸ ou ainda que a referida sentença esteja fundada exclusivamente na norma declarada inconstitucional⁴²⁹.

Por conta disso, deve o poder judiciário, na situação ora em comento, recepcionar a declaração de inconstitucionalidade, na condição de evento superveniente, na forma do que dispõe o artigo 493⁴³⁰ do Código de Processo Civil.

O que acaba de ser dito, porém, apenas é possível, quando tal declaração de inconstitucionalidade ocorre no curso da demanda, ou seja, antes do trânsito em julgado, sendo totalmente diferente o problema que se apresenta quando tal declaração é posterior à formação da coisa julgada, que cuidaremos no item a seguir.

4.2 A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato em que se funda a sentença antes do seu trânsito em julgado

O problema dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada pode ser analisado em duas situações: a) caso a decisão de inconstitucionalidade seja anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda e b) caso a decisão de inconstitucionalidade seja posterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda. Este capítulo discorrerá sobre a primeira situação, de solução mais simples que a segunda, a respeito da qual dedicaremos o próximo item deste capítulo⁴³¹.

Para Luís Alberto Reichelt, a distinção acima apontada, ou seja, o momento em que a decisão de inconstitucionalidade surge, somada ao § 14⁴³², do artigo 525, do Código de Processo Civil, traz uma situação discriminatória injustificável, uma vez que não haveria sentido em diferenciar as causas idênticas de duas pessoas, submetidas a decisões diferentes, sendo uma conforme a orientação do STF e outra contrária, tão só pelo fato de a decisão de

⁴²⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7 ed. vol 4. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 545

⁴²⁹ GROS, Yasmin Padilla. Sentença fundada em lei ou ato normativo reputado inconstitucional pelo STF. In: **Revista de processo**. vol. 240. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 167.

⁴³⁰ Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

⁴³¹ Para Yasmin Padilla Gros, não importa o momento em que o STF declarou a inconstitucionalidade da norma na qual se funda a decisão exequenda (se antes ou após a formação do título executivo), opinião esta com a qual não concordamos, conforme discorreremos ao longo do texto. GROS, Yasmin Padilla. Sentença fundada em lei ou ato normativo reputado inconstitucional pelo STF. In: **Revista de processo**. vol. 240. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016, p. 167.

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

inconstitucionalidade da suprema corte ter sido posterior ao trânsito em julgado de uma das referidas decisões.

A existência ou não de trânsito em julgado da decisão exequenda ao tempo em que proferida a decisão paradigma do STF deve ser tomada como um fato irrelevante se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade retroagem de modo a alcançar fatos anteriores ao citado trânsito em julgado.⁴³³

O argumento acima, apesar de reconhecermos a possibilidade de tratamento diferenciado entre causas idênticas, em virtude do trânsito em julgado de uma das decisões ter sido anterior e outro posterior à decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, não nos parece correto.

Isso porque a possibilidade de decisões diferentes em situações análogas não é provocada nem permitida exclusivamente pelos dispositivos em comento. Suas causas e mecanismos para combate são bem mais complexos e sua análise extrapolaria os limites deste trabalho.

Ademais, tornar irrelevante o trânsito em julgado parece ser algo tão ruim quanto admitir a existência de soluções contraditórias, pois tornaria a coisa julgada garantia completamente inútil diante das decisões do Supremo Tribunal Federal, pouco importando o momento em que tais decisões fossem proferidas.

Feitas estas observações, passamos a comentar as duas situações mencionadas no início deste item. Decerto, quando a decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal é anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda, a solução é simples, pois a obrigação reconhecida na sentença proferida em desacordo com a orientação da Corte suprema já nasce inexigível e tal alegação pode ser formulada por meio da impugnação prevista no artigo 525⁴³⁴ do Código de Processo Civil.

Observe-se que nesta situação ainda não há, necessariamente, a formação da coisa julgada⁴³⁵, por exemplo, quando o cumprimento de sentença se inicia na pendência de recurso

⁴³³ REICHELDT, Luis Alberto. Reflexões sobre a relativização da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. In: **Revista de processo**. vol. 255. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016, p. 169.

⁴³⁴ 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.

⁴³⁵ Não afirmamos aqui que a decisão de inconstitucionalidade impede a formação da coisa julgada. Já tivemos a oportunidade de afirmar que a coisa julgada se forma independentemente do título executivo judicial. Nesse sentido, Beclate Oliveira Silva adverte que a eficácia executiva independe do trânsito em julgado, “pois se pode executar decisão judicial definitiva pendente de recurso sem efeitos suspensivos”. SILVA, Beclate Oliveira. Coisa julgada baseada em lei inconstitucional (?): análise sob o prisma da teoria das cargas de eficácia da sentença em Pontes de Miranda. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 73

sem efeito suspensivo; por isso, há possibilidade de uso da impugnação à execução e não de ação rescisória.

O título executivo judicial, é preciso advertir, apenas poderia ser atingido pela decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal se tal pronunciamento fosse anterior ao trânsito em julgado do aludido título executivo.

Apenas nesse caso, conforme lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁴³⁶, a disposição legal acima referida seria aplicável e, ainda assim, se observado o prazo para oferecimento da impugnação.

A impugnação é meio de defesa do devedor na fase de cumprimento de sentença, oferecida nos próprios autos do cumprimento de sentença e sem a necessidade de qualquer espécie de garantia ou de depósito prévio, por meio da qual o executado veicula as exceções e objeções substantivas e processuais, caracterizando-se como verdadeira “oposição do executado contra a execução”⁴³⁷.

Quando apresentada com a finalidade de arguir a inexigibilidade (inexequibilidade) do título, na forma do artigo 525, § 12, a finalidade da impugnação não é a de desconstituir a decisão proferida em desacordo com a orientação do Supremo Tribunal Federal⁴³⁸, mas tão somente impedir que o título executivo produza seus efeitos e, conseqüentemente, o prosseguimento da fase executiva (cumprimento de sentença)⁴³⁹.

Alexandre Del Rios Minatti⁴⁴⁰ defende a imposição de limitação temporal para a utilização da impugnação, no caso aqui tratado. Para o autor, tal limitação deveria ocorrer nos mesmos limites já previstos para a ação rescisória, dentro do prazo decadencial desta última. Afinal, se a lei já prevê um mecanismo mais célere e sem as formalidades da ação rescisória, seria exagerado conferir a possibilidade de revisão a qualquer momento.

Apesar de reconhecermos que o prazo já previsto, no *caput* do artigo 525, para oferecimento da impugnação é por demais exíguo (quase nunca a decisão de

⁴³⁶ Para os mesmos autores, após o prazo para oferecimento da impugnação, restaria apenas o prazo de dois anos para desconstituir o título executivo em razão de violação de “literal disposição de lei”, conforme previsto no artigo 966, inciso V, do Código de Processo Civil. Após o prazo de dois anos, sem a propositura da ação rescisória, a coisa julgada seria inatacável, contestada ou impugnada. A posição dos autores, neste ponto, ao nosso ver, é radicalmente contrária ao disposto no § 15, do artigo 525 do CPC. NERY JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.308.

⁴³⁷ ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p 1644

⁴³⁸ Em sentido contrário, defendendo que a decisão de inconstitucionalidade desconstitui o título executivo: MINATTI, Alexandre Del Rios. Art. 525. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida (coord.) et al. **Novo Código de Processo Civil comentado**. Tomo II (art. 318 ao 770). São Paulo: Lualri, 2017, p.339.

⁴³⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7 ed. vol 4. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 546

⁴⁴⁰ MINATTI, Alexandre Del Rios. Art. 525. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida (coord.) et al. **Novo Código de Processo Civil comentado**. Tomo II (art. 318 ao 770). São Paulo: Lualri, 2017, p.339.

inconstitucionalidade será proferida nos 15 dias subsequentes ao término do prazo de cumprimento voluntário da obrigação⁴⁴¹), a solução acima proposta, ao permitir o alargamento de tal prazo incorre, a nosso ver, em certo casuísmo, que também é ruim para a segurança jurídica.

Quando o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal é anterior, há a obrigatoriedade do judiciário de julgar em conformidade com aquele pronunciamento, que é vinculativo no atual Código de Processo Civil⁴⁴². Tal situação ocorre até mesmo em razão do comando do artigo 493 do referido diploma legal, já mencionado, que se aplica em qualquer grau de jurisdição⁴⁴³.

É preciso salientar, portanto, que, caso a decisão do Supremo Tribunal Federal, que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tenha sido proferida enquanto ainda não haja a formação da coisa julgada, sua observação se impõe no caso concreto, em razão dos argumentos acima expostos.

Outrossim, ainda que a decisão da Suprema Corte não tenha sido observada, quando proferida a decisão exequenda, é possível arguir a inexigibilidade (inexequibilidade) daquela decisão, que embasará a fase de cumprimento de sentença, mas que se encontra em desconformidade com o precedente oriundo da Suprema Corte brasileira.

Se a decisão exequenda é proferida de forma contrária ao entendimento que já se encontra firmado no Supremo Tribunal Federal, o problema é de simples solução, posto que caberá ao executado arguir a inexigibilidade (inexequibilidade) do título executivo por meio da impugnação à execução.

Neste caso, tal impugnação não desconstitui nem rescinde a decisão, limitando-se a reconhecer a inexigibilidade da obrigação estabelecida com base em uma norma que já havia

⁴⁴¹ Luís Alberto Reichelt adverte que “a demora do STF em definir o padrão a ser seguidos pelos demais julgadores faz com que as decisões tomadas por julgadores em casos individuais que se revelem dissonantes em relação ao standard posteriormente definido continuem alimentando expectativas e justificando a prática de atos jurídicos nesse ínterim”. REICHELTL, Luis Alberto. Reflexões sobre a relativização da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. In: **Revista de processo**. vol. 255. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016, p. 170.

⁴⁴² José Miguel Garcia Medina, ao comentar o artigo 475-L, inciso VI, do Código de Processo Civil revogado, defendia que a alegação da inexigibilidade em virtude de declaração de inconstitucionalidade da norma em que se baseia o título executivo apenas poderia ocorrer se “à decisão de inconstitucionalidade se tiverem imprimido efeitos *ex tunc*”. A advertência do autor, contudo, parece querer criar uma exceção para aquilo que já é a regra. Ora, a decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle concentrado, possui eficácia *ex tunc*, sendo a exceção a modulação de seus efeitos. Talvez o comentário se justificasse apenas nos casos em que a decisão de inconstitucionalidade ocorrer quando do exercício do controle incidental. MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 465.

⁴⁴³ ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p 1667

sido declarada inconstitucional ou que veio a ser declarada antes da formação da coisa julgada⁴⁴⁴.

No caso acima, portanto, a impugnação “se restringe a obter o reconhecimento da inexigibilidade e a impedir o cumprimento de sentença”⁴⁴⁵, não desfazendo nem rescindindo a decisão e tampouco permitindo a repetição de valores eventualmente já pagos em razão de determinação contida na decisão exequenda.

Isso porque, não obstante, como regra, a declaração de inconstitucionalidade faz desaparecer todos os atos praticados sob a vigência da lei declarada inconstitucional, a desconstituição da coisa julgada não pode ocorrer por meio da impugnação à execução, mas apenas por meio das ações autônomas de desconstituição admitidas em nosso ordenamento, conforme entendemos.

Não se ignora aqui, tampouco é isso que se afirma, que a lei inconstitucional não incida. A incidência da lei inconstitucional é problema que opera no plano da eficácia e não no da validade⁴⁴⁶. Ademais, ao se afirmar que a lei inconstitucional é nula, não se pode acreditar que a Constituição, diante da norma inconstitucional, atue tão somente para impor a sanção de invalidade à norma violadora. Pensar desta maneira seria enxergar a Constituição não como garantia efetiva, mas sim como forma⁴⁴⁷.

Em outros termos, a declaração de inconstitucionalidade, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, não obstante a possibilidade e produção de efeitos retroativos, não tem o condão de desconstituir automaticamente a coisa julgada. Em relação aos casos julgados, tal

⁴⁴⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 13 ed. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 497

⁴⁴⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 13 ed. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 497

⁴⁴⁶ Como adverte Beclaute Oliveira Silva, “não há paradoxo entre (in)constitucionalidade e incidência, pois as categorias estão em planos distintos: a primeira no plano da validade e a segunda no plano da eficácia. O paradoxo, caso existente, é eficaz, ou seja, ele se refere a quem incide em caso de conflito: a Constituição ou a lei inconstitucional. Para solução do problema, o autor propõe que: a) caso a lei inconstitucional viole regra de conduta constitucional, aquela não incide, incidindo a própria Constituição, uma vez que a lei inconstitucional “estaria a interferir na incidência de regra que não pode revogar, já que inferior”; b) se é violada regra de estrutura, pode incidir a Constituição, uma vez que esta última “não está regulando de forma específica a conduta humana ou outra norma procedimental. Quem faz é a lei inconstitucional”. Neste último caso, como há duas incidências cronologicamente separadas (primeiro a Constituição, depois a lei infraconstitucional), então a norma produzida “mesmo que defeituosa, teria aptidão para incidir, desde que não haja incompatibilidade entre conceitos que ambas veiculam”. SILVA, Beclaute Oliveira. **Incidência da regra jurídica inconstitucional: notas à margem de Pontes de Miranda**. p. 8-10. Disponível em: < <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31847-36990-1-PB.pdf>> Acesso em: 07 de abril de 2018, às 22:22h.

⁴⁴⁷ SILVA, Beclaute Oliveira. **Incidência da regra jurídica inconstitucional: notas à margem de Pontes de Miranda**. p. 6. Disponível em: < <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31847-36990-1-PB.pdf>> Acesso em: 07 de abril de 2018, às 22:22h.

declaração de inconstitucionalidade atinge apenas os efeitos executivos da decisão⁴⁴⁸, ingressando como “antecedente de norma que cria uma nova hipótese de inexigibilidade”⁴⁴⁹. Daí porque a pretensão de executar exigida no título pode ser inadmissível, mas a coisa julgada não será suprimida⁴⁵⁰.

Até mesmo porque, o fato de uma decisão judicial ter sido fundamentada em ato normativo declarado inconstitucional, não faz com que a decisão seja inexistente, tampouco tenha sua validade elidida, caso não impugnada pelos meios processualmente previstos⁴⁵¹.

4.3 A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato em que se funda a sentença após o seu trânsito em julgado: a decisão superveniente do STF

Com efeito, já se viu que, no Brasil, qualquer juiz tem o poder e dever de recusar aplicação a uma norma inconstitucional, ou seja, qualquer juiz tem o poder para interpretar a Constituição, diferentemente do que ocorre nos países de controle exclusivamente concentrado.

Some-se à característica acima mencionada o fato de que, em nosso sistema, tal controle também pode ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de ações diretas, fazendo com que o referido sistema de controle de constitucionalidade seja considerado como misto.

Tal situação, contudo, não ocorre nos sistemas em que o controle de constitucionalidade é exclusivamente concentrado, nos quais o juiz comum não está autorizado a tratar de questões constitucionais⁴⁵², as quais, quando presentes, fazem com que

⁴⁴⁸SILVA, Beclaute Oliveira. Coisa julgada baseada em lei inconstitucional (?): análise sob o prisma da teoria das cargas de eficácia da sentença em Pontes de Miranda. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 75.

⁴⁴⁹ SILVA, Beclaute Oliveira. Coisa julgada baseada em lei inconstitucional (?): análise sob o prisma da teoria das cargas de eficácia da sentença em Pontes de Miranda. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 76.

⁴⁵⁰ ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p 1666

⁴⁵¹ SILVA, Beclaute Oliveira. Coisa julgada baseada em lei inconstitucional (?): análise sob o prisma da teoria das cargas de eficácia da sentença em Pontes de Miranda. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 76.

⁴⁵² Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam que há um parentesco entre o artigo 525, § 12, do CPC e o par. 79 da Lei do Tribunal Constitucional Alemão. Ocorre que no sistema alemão, de acordo com os referidos autores, o juiz ordinário não tem poder para analisar questão de constitucionalidade, sendo tal poder exclusivo do Tribunal Constitucional, ao contrário do que se verifica no Brasil, onde qualquer juízo tem o pode-dever de examinar tal questão. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz;

o processo fique suspenso, aguardando a decisão do órgão competente para a apreciação da questão constitucional⁴⁵³. Pensamos que esta característica é fundamental para explicar o efeito que a decisão superveniente de inconstitucionalidade pode produzir em relação à coisa julgada.

Isso porque, consoante já visto, no Brasil, o juiz tem a obrigação de não aplicar a norma inconstitucional, quer faça isso de ofício ou por provocação, significando assim que “quando a alegação de inconstitucionalidade não é feita, a aplicação da lei pelo juiz significa a admissão da sua constitucionalidade”⁴⁵⁴.

O problema, a nosso ver, parece ser resolvido pela eficácia preclusiva da coisa julgada⁴⁵⁵, prevista no artigo 508⁴⁵⁶ do Código de Processo Civil, de maneira que, havendo o trânsito em julgado da decisão, com ou sem a arguição de inconstitucionalidade feita no processo, não há como infirmar a solução que foi dada à causa, com fundamento na inconstitucionalidade de norma. Neste mesmo sentido, são elucidativas as palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

Portanto, diante de uma questão constitucional de natureza prejudicial à resolução de um caso concreto, ou o juiz dá a sua interpretação, analisando-a como questão incidental, ou aplica a lei, admitindo a sua constitucionalidade. Tanto no caso em que o juiz decide a questão constitucional, quanto na hipótese em que o juiz aplica a lei, admitindo-a como constitucional, não mais se admite a alegação da questão constitucional, estando a parte a tanto vedada em virtude do efeito preclusivo da coisa julgada material, Sublinhe-se que a eficácia preclusiva da coisa julgada também abrange as questões de direito que o juiz poderia ter conhecido de ofício.

A eficácia preclusiva, admitida no sistema processual brasileiro, diz respeito ao fundamento, de fato ou de direito, que a parte poderia ter alegado, mas não o fez⁴⁵⁷. Assim,

MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 506. No mesmo sentido, acrescentando que no sistema alemão, as decisões baseadas em norma declarada inconstitucional permaneçam intactas, mas sem a possibilidade de sua execução: SERPA, Luciane. A defesa do devedor no cumprimento de sentença fundada na inexigibilidade da obrigação reconhecida por sentença inconstitucional e o julgamento da ADI 2418/DF. In: **Revista de processo**. vol. 278. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2018, p. 437.

⁴⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**. 4 ed. São Paulo: RT, 2016, p. 18

⁴⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**. 4 ed. São Paulo: RT, 2016, p. 18

⁴⁵⁵ Uma vez decidida a questão através de uma decisão de mérito, é proibido à parte promover novamente a discussão de questões já decididas em relação às quais tenha operado uma das modalidades de preclusão, bem como a coisa julgada, tornando a decisão imutável (coisa julgada) e indiscutível (preclusão). Assim, todas as questões que merecem conhecimento judicial devem ser suscitadas, mas caso não o sejam, restarão preclusas, caso haja o trânsito em julgado. THAMAY, Rennan Faria Krüger. A coisa julgada no direito processual civil brasileiro. In: **Revista de processo**. vol. 269. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2017, p. 168-171.

⁴⁵⁶ Art. 508. 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.

⁴⁵⁷ TESHEINER, José Maria. Art. 508. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.733

são irrelevantes os argumentos e provas que poderiam ter sido alegados ou produzidos, pelo autor ou réu, em seu favor. Isso ocorre porque

a coisa julgada cria uma armadura para a decisão, tornando irrelevantes quaisquer razões que se deduzam no intuito de revê-la. Nem mesmo questões que devem ser examinadas a qualquer tempo, como a falta de pressupostos processuais, podem ser arguidas – o “a qualquer tempo” deve ser compreendido como “a qualquer tempo até a coisa julgada”.⁴⁵⁸

A questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma pode, por si só, constituir a causa de pedir de determinada demanda, mas ainda que não tenha sido alegada por qualquer das partes, pode ser conhecida pelo juiz, de ofício, quando no exercício do controle difuso que lhe cabe.

Daí porque, caso não alegada, tal questão fica acobertada, a nosso ver, pela eficácia preclusiva da coisa julgada, não sendo lícito a qualquer das partes renovar a demanda com fundamento exclusivo em tal questão, posto que preclusa a oportunidade de formular tal alegação em virtude da formação da coisa julgada em processo no qual ela poderia ter sido formulada⁴⁵⁹.

Outros dois argumentos, extraídos do próprio sistema brasileiro, podem ser trazidos para corroborar a sujeição do controle de constitucionalidade difuso e incidental à eficácia preclusiva da coisa julgada.

O primeiro diz respeito ao fato de que o Superior Tribunal de Justiça não pode, em sede de Recurso Especial, rever e enfrentar questões constitucionais já decididas pelos tribunais inferiores. Se o faz, ou usurpa a competência do Supremo Tribunal Federal, ou ressuscita matéria já preclusa⁴⁶⁰.

Em segundo lugar, é preciso frisar que o Supremo Tribunal Federal recusa a possibilidade de declaração judicial, de ofício, da inconstitucionalidade de lei, caso tenha sido

⁴⁵⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 548

⁴⁵⁹ No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero afirmam que a “possibilidade de a inconstitucionalidade vir a ser sucessivamente invocada para impedir a execução constitui evidente e inconcebível violação à regra de que a coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível (eficácia preclusiva da coisa julgada)”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**: comentado artigo por artigo. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 473.

⁴⁶⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 145.589-RJ. Agravante: José Augusto Pessoa Salinas. Agravado: Juliana Marques de Almeida. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Publicado no DJU em 24.06.94. In: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1540630>>. Acesso em 28/10/17, às 20:15h.

interposto Recurso Extraordinário, no qual esta questão não tenha sido prequestionada, conforme já assentado em seus julgamentos⁴⁶¹.

Ora, não fosse a eficácia preclusiva da coisa julgada em relação ao controle de constitucionalidade difuso, nada impediria que o Supremo Tribunal Federal, conhecesse de tal matéria, ainda que ela não estivesse prequestionada.

Isso não significa, porém, que no controle concentrado, a decisão que declara uma norma constitucional ou inconstitucional seja imutável no tempo⁴⁶². Nestes casos, a eficácia preclusiva da coisa julgada é mais ampla, podendo a decisão de inconstitucionalidade ser questionada novamente, se a causa de pedir for distinta e, “ainda que essa nova causa de pedir possa ter sido alegada no processo anterior, ela não fica preclusa, uma vez que não faria o mínimo sentido alegar-se eficácia preclusiva da coisa julgada em processo no qual a causa de pedir é aberta”⁴⁶³.

Isso ocorre porque, como já se disse, o processo existente no controle concentrado é abstrato e não possui partes, litigando entre si e postulando por interesses individuais subjetivos⁴⁶⁴. Não há litígio, uma vez que não há fato controvertido, mas sim a busca pela manutenção da integridade da Constituição⁴⁶⁵.

É preciso esclarecer: quando o Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle concentrado, declara que uma lei é inconstitucional, ele fica vinculado a sua decisão, não podendo, em processo posterior, contrariar a coisa julgada por ele produzida⁴⁶⁶, no sentido de submeter o mesmo ato normativo a outro controle de constitucionalidade⁴⁶⁷.

⁴⁶¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 117.805-PR. Recorrente: Estado do Paraná. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Publicado no DJU em 27.08.93. In: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1540630>>. Acesso em 28/10/17, às 20:32h; BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 117.805-PR. Recorrente: Estado do Paraná. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Publicado no DJU em 27.08.93. In: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1540630>>. Acesso em 28/10/17, às 20:32h.

⁴⁶² Para Luís Roberto Barroso, a eficácia preclusiva da coisa julgada, no controle concentrado, opera apenas nos casos de improcedência da ação que declara a inconstitucionalidade da norma. Quando há procedência, nada ocorre com o ato normativo objeto da ação, sendo possível que o Supremo Tribunal Federal, em ocasião posterior, aprecie novamente a matéria. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, *e-book*, parágrafos 11.94-11.97

⁴⁶³ ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 155

⁴⁶⁴ PALU, Luiz Oswaldo. **Controle de constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 151.

⁴⁶⁵ THAMAY, Rennan Faria Krüger. **A relativização da coisa julgada pelo Supremo Tribunal Federal: o caso das ações declaratórias de (in)constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 149.

⁴⁶⁶ Sobre este tema, merece atenção a observação de Rennan Faria Krüger, para quem tanto no controle de constitucionalidade difuso quando no concentrado, há formação de coisa julgada formal e material. THAMAY, Rennan Faria Krüger. **A relativização da coisa julgada pelo Supremo Tribunal Federal: o caso das ações**

Todavia, nos casos em que o Supremo Tribunal Federal utiliza a técnica da interpretação conforme à Constituição Federal ou a arguição de nulidade sem redução de texto, é possível que a única interpretação considerada constitucional, ou a interpretação afastada porque era incompatível com a Constituição, sejam revistas por aquela Corte Suprema⁴⁶⁸.

Sobre o tema, analisando a possibilidade de relativização da coisa julgada no controle de constitucionalidade, Rennan Faria Krüger⁴⁶⁹ afirma:

Importante pensar na relativização da coisa julgada no processo objetivo, que ocorre em conformidade com o processo subjetivo, distinguindo-se em relação ao seu alcance, que no processo objetivo é maior, sendo a eficácia *erga omnes*, e não *inter partes*. Outra grande distinção está nas partes e no conteúdo a ser discutido, haja vista que no processo subjetivo existem partes e litígio embasado em ocorrências eminentemente fáticas, já no processo objetivo não há partes, mas sim alguns legitimados a suscitar a discussão e a matéria sobre a qual se controverte a própria lei.

No controle concentrado e abstrato, “não há um caso jurídico enquanto suporte fático a ser decidido-normatizado, impedindo que o STF possa prever toda a constelação de casos que surgirão diante da aplicação da lei que foi objeto de sentença interpretativa”⁴⁷⁰.

Assim, caso o Supremo Tribunal Federal tenha julgado improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade ou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade, considerando em dado momento a norma constitucional, ele não fica vinculado⁴⁷¹, no futuro, às referidas decisões. Isso ocorre porque “uma lei ou ato normativo que tenha sido declarado

declaratórias de (in)constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 167-170.

⁴⁶⁷ Georges Abboud esclarece, todavia, que essa vinculação dos tribunais constitucionais as suas próprias decisões “não é inexorável diante de mutações jurídicas ou de alterações fáticas significativas”, defendendo ainda que o STF pode “afastar ou rever suas decisões, possuindo o ônus da argumentação para tanto”. ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 151.

⁴⁶⁸ ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 156-157

⁴⁶⁹ THAMAY, Rennan Faria Krüger. **A relativização da coisa julgada pelo Supremo Tribunal Federal: o caso das ações declaratórias de (in)constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 177.

⁴⁷⁰ ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 157

⁴⁷¹ Há que se distinguir efeito vinculante e coisa julgada. O primeiro pode ocorrer após a decisão tomada, correspondendo ao poder “que cerca os órgãos do Poder Judiciário e autoridades administrativas”. A coisa julgada diz respeito a impossibilidade de discussão da questão anteriormente decidida. THAMAY, Rennan Faria Krüger. **A relativização da coisa julgada pelo Supremo Tribunal Federal: o caso das ações declaratórias de (in)constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 184.

constitucional, em um dado momento, poderá não mais ser constitucional em momento posterior, por terem ocorrido mudanças de costumes e condutas”,⁴⁷².

Tais alterações também podem ocorrer não só quando alteradas as circunstâncias fáticas e jurídicas relevantes, como também em razão de nova composição do tribunal. O mesmo ocorre quando o Supremo Tribunal Federal declara a constitucionalidade de uma lei, uma vez que, ao realizar tal declaração, ele não é capaz de antever todos os desdobramentos que o texto declarado constitucional trará.

Discordamos que estas alterações, contudo, possam ser consideradas como violação à coisa julgada anteriormente formulada, uma vez que as novas circunstâncias fáticas trarão a modificação da causa de pedir e dos pedidos, formando, portanto, nova ação e não a repetição da pretensão anteriormente deduzida e que deu origem a formação da coisa julgada.

Por isso, caso o texto anteriormente interpretado, nas situações acima mencionadas, venha dar ensejo a interpretações inconstitucionais, o Supremo Tribunal Federal pode apreciar novamente a questão sem que esteja sujeito à eficácia preclusiva da coisa julgada⁴⁷³.

O perigo de proibir ao Supremo Tribunal Federal rever suas decisões, nas quais tenha declarado a constitucionalidade de uma norma, é algo patente, pois aquele tribunal estaria obrigado a, em certas situações, aplicar normas inconstitucionais.

Tal problema, contudo, inexistente no controle difuso, posto que, independentemente de como o texto tenha sido interpretado pelos demais órgãos do Poder Judiciário, ele sempre poderá ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, através do controle abstrato e concentrado, sem que seja afetada a regra da eficácia preclusiva da coisa julgada, que aqui defendemos no exercício do controle difuso.

Por conta de tal eficácia preclusiva, não podemos concordar com a ideia de Araken de Assis, quando este afirma que a decisão de inconstitucionalidade, ainda que surgida após o trânsito em julgado torna sob condição a eficácia de coisa julgada presente no título executivo judicial.

que, preponderante ou exclusivamente, serviu de fundamento da resolução do juiz. Pode-se dizer então, que toda sentença assumirá uma transparência eventual, sempre passível de ataque via embargos ou impugnação. E a coisa julgada, em qualquer processo, adquiriu a incomum e a insólita característica de surgir e substituir *sub conditione*.

⁴⁷² THAMAY, Rennan Faria Krüger. **A relativização da coisa julgada pelo Supremo Tribunal Federal: o caso das ações declaratórias de (in)constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 179.

⁴⁷³ ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 159

Entender que toda coisa julgada, em qualquer processo, é formada sob uma condição resolutiva, que faz com que ela desapareça por conta de uma inconstitucionalidade superveniente, é negar não só a essência do instituto, como torná-lo instrumento de pouca utilidade a serviço da segurança jurídica.

Isso sem contar que esta submissão – da decisão passada em julgado a um evento condicionante de sua validade, representado pela confirmação ou não do juízo de constitucionalidade nela realizado – condicionaria também a qualidade e a efetividade do sistema difuso de controle de constitucionalidade, uma vez que este dependeria de o “juiz ordinário “adivinhar” a interpretação futura do Supremo Tribunal Federal”⁴⁷⁴.

Daí porque, entendemos que a coisa julgada, ao ser atingida pela decisão superveniente de inconstitucionalidade, retira do juiz o próprio poder de realização do controle difuso de constitucionalidade.

De que adianta então o controle difuso se admitirmos a ação rescisória, a qualquer momento, para desconstituir a coisa julgada? Qual a serventia dos artigos 97⁴⁷⁵ e 102, III⁴⁷⁶ da Constituição Federal? A nosso ver, tal admissão equivale implementar uma condição resolutória a qualquer decisão judicial emanada de órgão diferente do Supremo Tribunal Federal

Por isso, não há como admitir que uma execução iniciada após o trânsito em julgado da decisão exequenda possa simplesmente ser reduzida a um nada por conta de uma decisão superveniente de inconstitucionalidade, “pois não há como conceber uma vinculação capaz de apagar os efeitos de uma decisão legitimamente tomada no exercício do controle difuso”⁴⁷⁷. O próprio juiz da execução deve obediência a coisa julgada já formada como consequência do efeito positivo que ela produz.

É imperioso aqui frisar que não somos contrários ao manejo da ação rescisória com fundamento na inconstitucionalidade da norma em que se fundou a coisa julgada, em razão de decisão superveniente do Supremo Tribunal Federal. O que não admitimos é a eternização da

⁴⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**. 4 ed. São Paulo: RT, 2016, p. 32

⁴⁷⁵ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

⁴⁷⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

⁴⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**. 4 ed. São Paulo: RT, 2016, p. 21

possibilidade de propositura de tal ação, trazida pelos artigos 525, § 15 e 535, § 8º, do Código de Processo Civil.

Isso porque, ao permitir a propositura da ação rescisória com seu prazo decadencial sendo contado após o trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal, e não do trânsito em julgado da decisão rescindenda, o legislador, sob o pretexto de garantir a supremacia da Constituição, bem como da força vinculante dos precedentes daquela Corte, subordina toda e qualquer coisa julgada a uma condição resolutive, contrariando a própria essência da coisa julgada, que é a garantia da segurança jurídica e proteção da confiança.

Nesta ordem de ideias, é crucial que retomemos alguns dos pontos que foram já fixados anteriormente. Com efeito, conforme já tivemos a oportunidade de discorrer no terceiro capítulo do presente trabalho, no Brasil, a declaração de inconstitucionalidade possui efeitos *ex tunc*, vigorando entre nós o princípio da nulidade da lei inconstitucional.

Tal fato, todavia, não autoriza a afirmação de que a coisa julgada - fundada em ato normativo posteriormente declarado inconstitucional - é inexistente⁴⁷⁸. A observação é de extrema importância, uma vez que, caso considerássemos, nesta hipótese, a coisa julgada como inexistente, ela não mereceria nenhuma consideração do juiz, sendo incapaz de gerar quaisquer efeitos. E não é isto que se verifica.

Defendendo a ideia de que a coisa julgada contrária à Constituição sequer chega a ser formada, sendo, portanto, inexistente, Carlos Henrique Soares, combate o uso da ação rescisória para modificação da denominada coisa julgada inconstitucional⁴⁷⁹. É que o autor defende que um dos pressupostos de formação da coisa julgada é a existência de um processo que se desenvolva dentro da legitimidade constitucional⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ DANTAS, Ivo; LACERDA, Rafaella Maria Chiappetta de. **Teoria da inconstitucionalidade:** norma constitucional inconstitucional – coisa julgada inconstitucional. São Paulo: LTR, 2007, p. 92-93.

⁴⁷⁹ SOARES, Carlos Henrique. **Coisa julgada inconstitucional:** teoria tridimensional da coisa julgada: justiça, segurança jurídica e verdade. Coimbra: Almedina, 2009, p. 246. No mesmo sentido, porém classificando a violação à constituição como um vício “transtemporal”, insanável, que impede a formação da coisa julgada, Cláudio Sinoé Ardenghy dos Santos, afirma que a coisa julgada inconstitucional não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais, não dependendo da ação rescisória para eliminação do referido vício. SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy dos. **A coisa julgada relativa e os vícios transtemporais:** revisitando o tema com casos concretos. Porto Alegre: Cidadela Editorial, 2004, p. 46 e 53.

⁴⁸⁰ De acordo com Carlos Henrique Soares, “só podem transitar em julgado as decisões que encontram legitimidade em sua formação”, sendo necessário, para garantia de tal legitimidade, a “existência de um espaço linguístico que garantia uma situação paritária dos participantes no processo de tomada de decisão”, o que só seria possível em um procedimento em contraditório. Por conta disso, o autor entende que o trânsito em julgado não seria apenas o efeito da preclusão (não cabimento de recurso), mas uma consequência da legitimidade das decisões jurisdicionais. SOARES, Carlos Henrique. **Coisa julgada inconstitucional:** teoria tridimensional da coisa julgada: justiça, segurança jurídica e verdade. Coimbra: Almedina, 2009, p. 232-235.

Em outras palavras, de acordo com o referido autor, a decisão que viola a Constituição não transita em julgado, posto que proferida em um processo ilegítimo⁴⁸¹. Assim, sendo a coisa julgada um dos requisitos para o ajuizamento da ação rescisória, esta não poderia ser utilizada em um processo no qual não houve sequer a formação daquela última, defendendo, por conta disso, o manejo da *querella nulitatis*.

Não podemos concordar com a tese de Carlos Henrique Soares por duas razões: a primeira porque o Código de Processo Civil vigente, em seu artigo 966, inciso V, permite a utilização de Ação Rescisória quando a coisa julgada viola manifestamente norma jurídica, aí incluída a própria norma constitucional.

A segunda razão decorre das próprias premissas adotadas no presente trabalho, as quais se mostram incompatíveis com a afirmação de que uma decisão que viola norma constitucional seria uma decisão inexistente.

A noção de que a coisa julgada baseada em norma constitucional é ato inexistente decorre de clara confusão entre os planos da inexistência, da invalidade e da ineficácia, cuja distinção é imperiosa para que se chegue a uma solução adequada.

Ora, a coisa julgada, ainda que fundada em ato normativo posteriormente declarado inconstitucional é ato existente e que, por conta disso, caso apresente algum defeito, precisa ser desconstituída por “resolução do órgão do judiciário”⁴⁸².

Já o provimento inexistente é incapaz de produzir a coisa julgada, sendo desnecessário o emprego de ação rescisória para combatê-lo, posto que inexistente ato a ser rescindido. Em outras palavras, a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, pode fundamentar a ação rescisória. Nesse sentido, são elucidativas as palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁴⁸³:

É óbvio que as decisões do Supremo Tribunal Federal que podem sustentar impugnação também podem fundamentar ação rescisória. As decisões proferidas no controle principal de inconstitucionalidade têm eficácia *erga omnes* e, por isso, não podem ser negadas por qualquer juiz ou tribunal.

Aqui, cabe ainda uma advertência: apesar de nosso ordenamento trazer a previsão expressa de que apenas a parte dispositiva da decisão faz a coisa julgada, entendemos que os tribunais e juízes não estão vinculados apenas à parte dispositiva da decisão de

⁴⁸¹ SOARES, Carlos Henrique. **Coisa julgada inconstitucional**: teoria tridimensional da coisa julgada: justiça, segurança jurídica e verdade. Coimbra: Almedina, 2009, p. 246-247.

⁴⁸² ASSIS, Araken. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.) **Relativização da coisa julgada**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 47-48

⁴⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Ação rescisória**: do juízo rescindente ao juízo rescisório. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 225.

inconstitucionalidade, mas também à eficácia obrigatória dos fundamentos que foram determinantes para aquela mesma decisão.

Ou seja, não é apenas a parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade que vinculará aqueles que devem obedecer ao que ficou decidido pela Suprema Corte⁴⁸⁴. Mais uma vez, cumpre transcrever as lições de Marinoni e Daniel Mitidiero⁴⁸⁵

...os tribunais e juízes não estão sujeitos apenas a eficácia *erga omnes* (que diz respeito à parte dispositiva da decisão), mas também à eficácia obrigatória dos seus fundamentos determinantes (*ratio decidendi*). Note-se que há diferença entre aplicar lei já declarada inconstitucional e aplicar lei cuja inconstitucionalidade está positivada nos fundamentos determinantes de decisão que declarou a inconstitucionalidade de outra lei.

Sobre o tema, Antonio do Passo Cabral esclarece que a restrição da coisa julgada ao contido no dispositivo da decisão teria derivado da ideia de que apenas a vontade do Estado é que deveria ser coberta pela estabilidade, ficando de fora os antecedentes “intelectivos que precederam a expressão da vontade estatal”⁴⁸⁶.

Ainda para o referido autor, tal postura, consistente na supervalorização do conteúdo volitivo do processo, reflete uma característica do modelo europeu-continental, que dá ênfase à autoridade do julgado, ao passo que, nos sistemas do *commom law*, a ênfase é posta nas razões do julgado⁴⁸⁷. E arremata:

...a decisão final não significa apenas um “sim” ou “não” em relação ao pedido, mas uma resposta *qualificada* porque inclui inúmeras outras considerações para a solução do conflito de interesses. De fato, a cognição judicial é um raciocínio lógico extremamente complexo, formado por uma cadeia de entrelaçamento entre os diversos pontos controvertidos no processo e que contém uma indissociável relação entre *cognitio* e *judicium*. E, se o conteúdo das valorações do juiz só pode ser extraído da fundamentação, então este teor não se depreende só da conclusão

⁴⁸⁴ Georges Abboud é contrário ao posicionamento aqui defendido, sob o argumento de que tal vinculação, no Brasil, engessaria o sistema constitucional e impediria a evolução do direito constitucional, além de violar o princípio da congruência. ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 136-143.

⁴⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 225. Ao tratar da coisa julgada, Rennan Faria Krüger, apresenta posicionamento contrário ao que acaba de ser aqui afirmado, pois, para ele, o raciocínio de que os fundamentos da decisão fazem coisa julgada, uma vez que compõem a estrutura da decisão de mérito, faz sentido, porém, em outro sistema que não o nosso, uma vez que o sistema brasileiro afastou tal possibilidade “pela determinação normativa e pela vontade do legislador”. THAMAY, Rennan Faria Krüger. A coisa julgada no direito processual civil brasileiro. In: **Revista de processo**. vol. 269. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2017, p. 158-161.

⁴⁸⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2 ed. Salvador: Juspodvim, 2014, p. 412.

⁴⁸⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2 ed. Salvador: Juspodvim, 2014, p. 412.

exposta no dispositivo, mas também a motivação da decisão, que deve ser abrangida pelos efeitos preclusivos⁴⁸⁸.

Daí entendermos ser cabível a ação rescisória não só a decisão que descumpra a parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também da decisão que “nega os fundamentos determinantes de decisão proferida no controle principal ou de decisão tomada em controle incidental”⁴⁸⁹.

Pois bem, feita a observação acima, é preciso esclarecer, contudo, que a desconstituição da coisa julgada, com fundamento na inconstitucionalidade do ato normativo em que aquela se fundou, apenas pode ser realizado dentro do prazo para propositura da ação rescisória, contado do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

Ademais, a invalidação da coisa julgada em virtude da decisão superveniente de inconstitucionalidade, representa a adoção de uma noção antiquada da atividade jurisdicional – cuja definição e contornos atuais já tivemos a oportunidade de tratar no capítulo anterior – pois encara o papel do juiz como mero aplicador da lei.

Ora, a atividade jurisdicional é fruto da interpretação promovida por um juiz que tem o dever de exercer o controle de constitucionalidade, não representando a pura e simples aplicação de uma lei, que mais tarde é declarada inconstitucional. Isso equivaleria a anular o próprio juízo de constitucionalidade.

Note-se que é muito diferente proibir que uma lei, declarada inconstitucional, produza seus efeitos e proibir que um juízo de constitucionalidade, legitimado pela própria constituição, produza seus efeitos⁴⁹⁰.

O que se faz, ao afetar a coisa julgada em razão de decisão superveniente de inconstitucionalidade é exatamente o que foi dito no parágrafo anterior, ou seja, impedir que um juízo de constitucionalidade - legitimado pela Constituição Federal que, repita-se, permite e obriga a todo juiz o exercício de tal atividade de controle de constitucionalidade - produza seus efeitos.

⁴⁸⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2 ed. Salvador: Juspodvim, 2014, p. 412-413.

⁴⁸⁹ Para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, a possibilidade prevista no artigo 525, §12, do CPC, ao abrir oportunidade para que se fundamente a impugnação com a decisão de inconstitucionalidade proferida no controle difuso, seria uma admissão clara da eficácia obrigatória das “*rationes decidendi*” firmadas pelo STF. A observação feita pelos autores, somada ao que já dissemos em relação aos efeitos expansivos da decisão proferida em tal modalidade de controle, faz com que concordemos com a ideia exposta. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Ação rescisória**: do juízo rescindente ao juízo rescisório. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 225.

⁴⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**. 4 ed. São Paulo: RT, 2016, p. 29

Outro ponto que merece ser comentado e que é corolário da noção de jurisdição que aqui foi assumida, é que a admissão dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada, como consequência automática, não se coaduna com o papel atual da jurisdição, onde o juiz não é um mero aplicador da lei. Se assim fosse, então também teríamos que admitir a desconsideração da coisa julgada quando este mesmo juiz deixasse de aplicar corretamente uma lei ordinária.

Claro que em situações desta natureza – violação dos comandos legais e constitucionais – as decisões judiciais podem ser objeto de controle, por meio dos mecanismos previstos no próprio ordenamento como, por exemplo, a ação rescisória, de que cuidaremos no próximo título, ou mesmo através da impugnação do devedor, que já foi objeto de análise no início deste capítulo.

A decisão produzida por um juiz, em um país que, como o Brasil, adota o sistema difuso de controle de constitucionalidade, fundada em uma lei declarada inconstitucional de forma superveniente ao seu trânsito em julgado, é uma decisão válida e, portanto, apta, a produzir seus efeitos e, por conta disso, não pode ser desconstituída a qualquer momento e de qualquer forma. Tal juízo sobre a constitucionalidade da norma é legítimo, desde que, no momento da decisão, a norma não tenha sido anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁹¹.

Ainda sobre a decisão superveniente de inconstitucionalidade e seus efeitos sobre a coisa julgada, é necessária uma última observação, que diz respeito à possibilidade de modulação dos efeitos da referida decisão, de forma a preservar os atos anteriores àquela decisão de inconstitucionalidade.

O Código de Processo Civil, no § 13⁴⁹², do artigo 525, permite a modulação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, em atenção à segurança jurídica. Tal modulação não é novidade em nosso ordenamento, já tendo inclusive sido objeto de positivação, no artigo 27⁴⁹³, da lei Federal nº 9.868/99 e artigo 11⁴⁹⁴ da Lei Federal nº 9.882/99.

⁴⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 511.

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

⁴⁹³ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

⁴⁹⁴ Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os

Tal modulação no tempo diz respeito à possibilidade de produção de efeitos *ex nunc* pela decisão do Supremo Tribunal Federal. A diferença é que o dispositivo do Código de Processo Civil exige que tal controle se dê em atenção à segurança jurídica, nada mencionando em relação às razões de excepcional interesse social, tampouco em relação ao quorum de maioria de dois terços dos membros daquela corte e que são exigidos pela lei Federal nº 9.868/99, em seu artigo 27, assim como no artigo 11 da Lei Federal nº 9.882/99.

Parece um tanto que evidente que o problema que aqui apresentamos estará resolvido se o Supremo Tribunal Federal, ao promover o controle de constitucionalidade, fizer a modulação de efeitos, salvaguardando os casos já julgados. Nesta hipótese, não caberá ação rescisória, diante da não retroatividade em relação à coisa julgada e nenhum arranhão sofrerá a garantia da segurança jurídica. Só que tal solução também torna inútil, a nosso ver, o texto contido no § 15 do artigo 521.

Se o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo, modular os efeitos de sua decisão, colocando a salvo os casos já julgados, então qual a utilidade de ser permitir a propositura de uma ação rescisória que não poderá desconstituir as decisões que transitaram em julgado antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, as quais ficaram protegidas, em razão da referida modulação?

O problema que enxergamos, porém, ocorre justamente quando tal modulação não é realizada, uma vez que o Supremo Tribunal Federal não é obrigado a modular os efeitos de sua decisão. Tanto é assim que, caso nenhuma ressalva seja feita na decisão que declarar a inconstitucionalidade da norma, a regra é que tal decisão terá efeitos retroativos⁴⁹⁵.

Por tal razão, não acreditamos que a possibilidade de modulação, prevista no § 13, do art. 525, do Código de Processo Civil, seja a salvação para o que dispõe o § 15 do mesmo artigo.

Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha tentam conciliar os dispositivos acima mencionados, argumentando que, caso haja modulação e a decisão de inconstitucionalidade possua efeitos retroativos, fixando o Supremo Tribunal Federal uma data a partir da qual tais efeitos são produzidos, apenas será cabível a ação rescisória no período abrangido pela modulação. Caso contrário, ou seja, se a decisão produzir apenas efeitos prospectivos, então a

efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

⁴⁹⁵ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 211-212

ação rescisória não será cabível para desconstituir a coisa julgada anterior à decisão proferida pela Suprema Corte⁴⁹⁶.

Há quem entenda que, para análise do cabimento da medida processual, “na hipótese de declaração de inconstitucionalidade pelo STF, evidentemente deve ser observada eventual modulação, no tempo, dos efeitos da decisão”⁴⁹⁷.

Discordamos de ambas as posições acima. Com efeito, a tese da compatibilidade do artigo 525, § 15, do Código de Processo Civil, com a garantia da segurança jurídica por conta do amparo fornecido pelo disposto no § 13, do mesmo dispositivo legal não nos convence pelas seguintes razões: em primeiro lugar porque a possibilidade de modulação conferida no artigo 525, em seu § 13, não chega a ser propriamente uma novidade, pois tal possibilidade já existia antes mesmo de sua positivação verificada com o advento dos artigos 27 e 11, das leis federais números 9.868/99 e 9.882/99, respectivamente.

Talvez a inovação trazida pelo dispositivo que consagra a possibilidade de uso da modulação acima referida esteja no fato de que ela pode ocorrer no controle difuso⁴⁹⁸, já que o mesmo dispositivo não faz qualquer restrição à espécie de controle de constitucionalidade em que ela ocorra, como fazem os dispositivos contidos nos artigos 27 e 11, das leis federais números 9.868/99 e 9.882/99, respectivamente. Isso não autoriza afirmar que a modulação agora apenas é possível por conta do acréscimo feito no Código de Processo Civil.

Em outros termos, ainda que tal regra não existisse dentro do Código de Processo Civil, haveria a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade.

Em segundo lugar, a modulação, além de não ser a regra, não tem cabimento em todas as situações. Isso sem contar que não há certeza “quanto à adequada aplicação da modulação pela Corte Suprema”⁴⁹⁹. O próprio Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento nos Recursos Extraordinários de nº 353.657/PR⁵⁰⁰ e 370.682/SC⁵⁰¹, no sentido de que os efeitos

⁴⁹⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 13 ed. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 467-468

⁴⁹⁷ REDONDO, Bruno Garcia Redondo. Art. 525. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.761.

⁴⁹⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 13 ed. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 467

⁴⁹⁹ MOLLICA, Rogerio; NETO, Elias Marques de Medeiros. O § 15 do art. 525 e o § 8 do art. 535 do novo CPC: considerações sobre a reabertura do prazo para o ajuizamento de ação rescisória e a segurança jurídica. In: **Revista de processo**. vol. 262. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016, p. 226

⁵⁰⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 353.657-PR. Recorrente: União. Recorrido: Madeira Santo Antônio Ltda. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJE em 20.08.10. In: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2048749>>. Acesso em 05/11/17, às 07:32h.

prospectivos só seriam possíveis na declaração de inconstitucionalidade quando houvesse posição consolidada no Tribunal, que permitisse uma base de confiança para a modulação.

Nestes mesmos julgados, o Ministro Marco Aurélio foi contra a modulação, por não admiti-la em situação alguma. Outro dado que corrobora a excepcionalidade da modulação é que, das cerca de 3.800 (três mil e oitocentas) ADIns existentes até o ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal apenas realizou a modulação em 32 (trinta e dois) casos, ou seja, menos de 1%⁵⁰².

Note-se que, conforme acima demonstrado, o Supremo Tribunal Federal não faz, via de regra, a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade⁵⁰³, mantendo-se, portanto, na íntegra, a possibilidade contida no artigo 525, § 15 e, dessa forma, permitindo que a ação rescisória seja proposta para desconstituir casos que já transitaram em julgado há anos.

Não é demais lembrar: o prazo da ação rescisória, de acordo com o dispositivo legal aqui mencionado, conta-se do trânsito em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal. Ou seja, acreditar que a possibilidade de uso da modulação salvará o dispositivo aqui comentado de ofensa à garantia da segurança jurídica é fechar os olhos para a maneira como a Suprema Corte vem realização tal modulação, desde a promulgação da atual Constituição.

Em terceiro lugar, a modulação prevista em nosso ordenamento, é realizada pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁰⁴, exclusivamente conforme seu entendimento, uma vez que os critérios para sua realização, estabelecidos em lei, são fixados por meio de termos semanticamente indeterminados; já a Constituição sequer apresenta quais seriam tais critérios.

A própria doutrina diverge⁵⁰⁵ com relação a quais seriam os critérios para que a modulação possa ser realizada. Em suma: a modulação acaba sendo realizada, por meio da

⁵⁰¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 370.682-SC. Recorrente: União. Recorrido: Indústria de Embalagens Plásticas Guará Ltda. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJE em 17.11.17. In: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2082739>>. Acesso em 05/11/17, às 08:16h.

⁵⁰² DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 217

⁵⁰³ O Ministro Teori Zavascki, no voto proferido no Recurso Extraordinário nº 590.809, admite que o STF “raramente atribuição modulação temporal aos seus julgados”.

⁵⁰⁴ Nesse sentido, o enunciado nº 176 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC, assim dispõe: (art. 525, § 13) Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal modular os efeitos da decisão prevista no § 13 do art. 525.

⁵⁰⁵ Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi afirmam que são defendidos, na doutrina brasileira, os seguintes critérios para realização da modulação, sendo eles: a) a aplicação das regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu*; b) um juízo intuitivo com base na noção de “justiça”; c) a comparação entre os benefícios e inconvenientes da modulação. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 214

decisão exclusiva do Supremo Tribunal Federal, que acaba por decidir também quando e em que intensidade ela será realizada⁵⁰⁶.

Todos os fatores acima elencados nos levam a acreditar que a possibilidade de modulação contida no § 13, do artigo 525 do Código de Processo Civil, não é capaz de salvar o contido no § 15 de uma ofensa à segurança jurídica, nos moldes acima já expostos.

Em comentário aos dispositivos aqui mencionados, Teresa Arruda Alvim et al⁵⁰⁷ defendem que o vício de inconstitucionalidade não preclui, podendo ser alegado em Ação Rescisória⁵⁰⁸ ou declaratória de inexistência. Não obstante tal afirmação, de forma aparentemente contraditória, afirmam que

se por hipótese, uma decisão condenatória houver transitado em julgado, mesmo que advenha outra decisão do STF em sentido contrário, declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo que serviu de base para a decisão passada em julgado, deverá ser respeitada a coisa julgada formada anteriormente.

Com relação ao argumento de que o vício de inconstitucionalidade não preclui e que, por isso, poderia ser alegado em ação declaratória de inexistência, não podemos concordar com tal afirmação. É que, como já dissemos acima, defendemos a aplicação da regra da eficácia preclusiva em relação à coisa julgada, uma vez que em nosso sistema vigora também o controle de constitucionalidade difuso, ou seja, qualquer órgão jurisdicional tem o poder dever de realizar o exame da questão de constitucionalidade.

Ademais, também já tivemos a oportunidade de afirmar que a decisão judicial transitada em julgado que porventura traga a aplicação de ato normativo anteriormente declarado inconstitucional não decisão é inexistente.

⁵⁰⁶ Em pesquisa realizada no site do próprio STF, entre 1988 até o ano de 2015, Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi chegaram a conclusão de que as 32 ADIns que traziam a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, tinham o fator econômico como decisivo, de maneira direta ou indireta. Ou seja, a modulação realizada pelo STF é utilizada para evitar “modificações retroativas de cunho econômico ou social-institucional com reflexo econômico indireto”. Em apenas uma das decisões pesquisadas (ADIn n 3.660) a segurança jurídica foi utilizada como argumento para realização da modulação. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 214-218

⁵⁰⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 965-966.

⁵⁰⁸ Cristiano Imhof, ao comentar os mesmos dispositivos legais, também defende, sem apresentação de qualquer ressalva, a propositura de ação rescisória em tais situações, o que faz com que discordemos da opinião do referido autor pelas mesmas razões apresentadas ao longo deste capítulo. IMHOF, Cristiano. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2 ed. São Paulo: Booklaw, 2016, p. 828. Da mesma forma, sem também analisar a constitucionalidade do artigo em comento, com abordagem exclusivamente descritiva do tema: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. **Execução civil no novo CPC**. São Paulo: Lualri, 2016, p. 126; SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. **Ação rescisória**. São Paulo: Lualri, 2017, p. 45-47; 103.

Inexistente “é o julgado que não reúne as mínimas condições sequer para aparentar o ato processual que pretende ser”⁵⁰⁹. O problema situa-se no plano de sua validade, devendo ser combatido pelos instrumentos processuais cabíveis, a exemplo da ação rescisória.

4.4 A propositura da ação rescisória contra sentença fundada em lei ou ato declarado inconstitucional pelo STF

A ação rescisória, mecanismo típico de desconstituição da coisa julgada, possui a natureza de ação autônoma, que apenas poder ser proposta para desconstituir “capítulo da decisão de mérito transitada em julgado”⁵¹⁰, se presentes os pressupostos objetivos que autorizam o seu manejo. Em passagem esclarecedora, Pontes de Miranda⁵¹¹ já afirmava:

Se o direito subjetivo da parte pudesse, violado, fundamentar o pedido de rescisão, seria inoperante a fixação dos pressupostos objetivos da ação rescisória. Não é a injustiça da sentença, mas a existência de algum daqueles pressupostos que permite, com eficácia final, invocar-se o remédio jurídico rescindente e ser procedente a ação. Não se trata de um meio jurídico que julgue a prestação jurisdicional apenas *apresentada*, como os recursos, e sim remédio jurídico para exame da prestação já entregue, em casos que mais interessam à ordem social que ao direito das partes.

O Código de Processo Civil vigente, em seu artigo 966, traz a previsão do cabimento da ação rescisória para desconstituir a coisa julgada⁵¹². Não é a única ação autônoma, frise-se, admitida em nosso ordenamento para desconstituição da decisão passada em julgado, mas, pela relação direta com o tema aqui apresentado, será a única ação autônoma com tal finalidade a ser aqui abordada.

⁵⁰⁹ TESHEINER, José Maria. Ação rescisória no novo Código de Processo Civil. In: **Revista de processo**. vol. 244. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 214.

⁵¹⁰ Advertindo também acerca da possibilidade de rescisão, prevista no § 2º do artigo 966, da decisão que, mesmo não sendo de mérito, impede a propositura de nova demanda. SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. **Ação rescisória**. São Paulo: Lualri, 2017, p. 23; 104.

⁵¹¹ MIRANDA, Pontes de. Tratado da ação rescisória: das sentenças e de outras decisões. Atualizado por Nelson Nery Junior, Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 123. Ainda para o mesmo autor, em outra obra, na ação rescisória, há o julgamento do julgamento, pois nela não se examina o direito de alguém mas a sentença transitada em julgado. Seu objetivo é a sentença rescindenda. MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. Distrito Federal: Forense, 1961, v. 6, p. 184.

⁵¹² Para Beclaute Oliveira Silva, a ação rescisória dirige-se “de forma oblíqua à coisa julgada material, mas de forma direta à sentença de mérito”. ILVA, Beclaute Oliveira. Coisa julgada baseada em lei inconstitucional (?): análise sob o prisma da teoria das cargas de eficácia da sentença em Pontes de Miranda. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 68.

É preciso esclarecer, contudo, que a hipótese de cabimento da ação rescisória, prevista no art. 966, V⁵¹³, não se confunde com a que é tratada no presente trabalho e, em especial, na presente seção.

Isso porque, o artigo 966, V, traz a possibilidade de propositura da ação rescisória quando a coisa julgada “violou manifestamente norma jurídica”. Neste caso, a violação ocorre ao resultado da interpretação e, se esta é controvertida, não é possível utilizar a referida ação, sobretudo se o Supremo Tribunal Federal não resolveu a controvérsia sobre qual interpretação seria adequada.

Por violação manifesta, entendemos aquela que pode ser demonstrada com a prova pré-constituída juntada pelo autor, de maneira que, se há necessidade de dilação probatória, é incabível a ação rescisória com fundamento no dispositivo aqui mencionado⁵¹⁴.

Já o artigo 525, § 15, do Código de Processo Civil apresenta outra hipótese de cabimento para ação rescisória⁵¹⁵, distinta daquelas que estão relacionadas no artigo 966 do mesmo diploma legal. Trata-se da possibilidade de rescisão do julgado por conta de decisão de inconstitucionalidade, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, após o trânsito em julgado da decisão exequenda.

Neste caso, não só a hipótese de cabimento é diferente – decisão superveniente de inconstitucionalidade, proferida pelo Supremo Tribunal Federal – como também o prazo para propositura da ação rescisória tem regramento diverso do previsto no artigo 975⁵¹⁶ do Código de Processo Civil.

É que, no caso de decisão superveniente de inconstitucionalidade, emanada do Supremo Tribunal Federal, o prazo para propositura da ação rescisória contar-se-á da data do trânsito em julgado da decisão da Suprema Corte e não do trânsito em julgado da decisão exequenda, como seria de se esperar e como é a regra geral da própria ação rescisória⁵¹⁷.

⁵¹³ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: V - violar manifestamente norma jurídica;

⁵¹⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 13 ed. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 494-495

⁵¹⁵ Araken de Assis, ao comentar o artigo 741, parágrafo único do CPC revogado, afirmou que a importância da coisa julgada e da ação rescisória tenderia a diminuir em futuro próximo, sendo o dispositivo legal objeto da análise por ele realizada, uma medida adotada nesse contexto de progressivo enfraquecimento. Entendemos que a observação serve também para os dispositivos legais equivalentes no Código de Processo Civil vigente. ASSIS, Araken. **Eficácia da coisa julgada inconstitucional**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.) *Relativização da coisa julgada*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 45-46

⁵¹⁶ Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

⁵¹⁷ Para Rogerio Mollica e Elias Marques de Medeiros Neto, a permissão de reabertura do prazo para ajuizamento da ação rescisória passou um tanto quando esquecida por todos os doutrinadores que se debruçaram sobre o novo código. MOLLICA, Rogerio; NETO, Elias Marques de Medeiros. O § 15 do art. 525 e o § 8 do art.

Frise-se, mais uma vez, que não se trata de decisão inexistente a ser rescindida por meio de ação rescisória. Afinal, como adverte José Maria Tesheiner, “o que não existe não pode ser rescindido, de sorte que não há que se falar em ação rescisória sobre sentença inexistente, tal como a que é prolatada por quem não é juiz ou proferida sem os pressupostos do processo judicial, ou a que nunca foi publicada oficialmente.”⁵¹⁸

Por meio do artigo 525, §§ 12 e 15, o legislador deu tratamento diverso à decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito a eficácia que ela produzirá em relação à decisão exequenda.

Produzida a coisa julgada sem que o executado tenha apresentado a impugnação e já existindo a decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, o meio cabível para rescindi-la é a ação rescisória. Aqui, é preciso observar que a coisa julgada, quando de sua formação, possuía como fundamento uma norma que já havia sido declarada como inconstitucional. Dessa forma, a ação rescisória, além de cabível, obedecerá ao prazo previsto no artigo 975, já mencionado.

Outro ponto que precisa a ser ressaltado é que a decisão de inconstitucionalidade será fundamento da ação rescisória⁵¹⁹, sendo, portanto, matéria de mérito e não referente à admissibilidade daquela ação⁵²⁰. Nestes casos, quando fundada em decisão posterior de inconstitucionalidade, a ação rescisória não se preocupa com o teor da decisão rescindenda, “sendo necessário apenas um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal com sinal contrário ao da decisão rescindenda”⁵²¹.

O problema surge, contudo, quando a decisão de inconstitucionalidade, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, é posterior à formação da coisa julgada, uma vez que, de acordo

535 do novo CPC: considerações sobre a reabertura do prazo para o ajuizamento de ação rescisória e a segurança jurídica. In: **Revista de processo**. vol. 262. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016, p. 223.

⁵¹⁸ TESHEINER, José Maria. Ação rescisória no novo Código de Processo Civil. In: **Revista de processo**. vol. 244. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 213.

⁵¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 226. Na concepção de Pontes de Miranda, todavia, tratar-se-ia de um pressuposto objetivo, uma vez que, para o referido autor, os pressupostos são ligados à ação cuja sentença se quer rescindir, ou seja, são os casos de rescisão. Ainda de acordo com Pontes de Miranda, há que se diferenciar a apreciação de um processo por outro processo e a apreciação interior dos fatos de um processo por ele mesmo; o que se aprecia na ação rescisória é a sentença rescindenda. MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. Distrito Federal: Forense, 1961, v. 6, p. 205-207.

⁵²⁰ Nesse sentido, em voto de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o STJ, ao julgar os Embargos de Divergência, opostos em Recurso Especial nº 608.112, defendeu-se que a ação rescisória é procedente por violar a Constituição, trazendo como consequência lógica o fato de que o novo julgamento teria que se ajustar ao procedimento da Suprema Corte, ou seja, assentou-se o entendimento de que a decisão na Ação Rescisória, quando procedente em razão de a decisão rescindida fundar-se em ato normativo inconstitucional seria homologatória da decisão da Suprema Corte.

⁵²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Ação rescisória**: do juízo rescindente ao juízo rescisório. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 239.

com a previsão contida no § 15, do artigo 525, do Código de Processo Civil o prazo para propositura da ação rescisória conta-se do trânsito em julgado da decisão da Suprema Corte, conforme já observado⁵²².

Frise-se, por oportuno, que, nesta situação, não há manifesta violação à norma jurídica, uma vez que, quando da formação da coisa julgada, não havia nenhuma decisão do Supremo Tribunal Federal que declarasse a inconstitucionalidade da norma em que aquela se baseou. Por isso, nesta hipótese, é incabível a ação rescisória com fundamento no artigo 966, V, do Código de Processo Civil, de acordo com o que aqui defendemos.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, defendem que a pretensão rescisória “extinta pela decadência não pode renascer pela decisão futura do STF”, de sorte que estaríamos diante de “pretensão perpétua, que pode ser ajuizada dois, cinco, dez, vinte anos depois da entrada em vigor da lei apontada inconstitucional”⁵²³.

Os mesmos autores, porém, buscando uma interpretação que compatibilize o § 15 do artigo 525 com a segurança jurídica, defendem a propositura da ação, a partir do trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal, apenas seria possível “se ainda não tiver sido extinta a pretensão rescisória cujo prazo tenha-se iniciado do trânsito em julgado da decisão exequenda”. O texto legal, dessa forma, estaria autorizando uma espécie de alargamento do prazo da rescisória que está em curso⁵²⁴.

A solução apontada por Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery busca compatibilizar a disposição contida no artigo 525, § 15 com a coisa julgada e a segurança jurídica. Apesar da razoabilidade do posicionamento dos referidos autores, discordamos dele por entendermos que não mantém a regra interpretada, mas sim cria outra completamente diferente. O dispositivo interpretado é claro: o prazo para propositura da ação rescisória conta-se da data do trânsito em julgado da decisão de inconstitucionalidade do Supremo.

⁵²² De acordo com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, o dispositivo em comento é “irremediavelmente inconstitucional”, sendo fruto de uma “inserção descuidada, dessas que são feitas em uma lei de grande amplitude no apagar das luzes da discussão parlamentar”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Ação rescisória**: do juízo rescindente ao juízo rescisório. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 226.

⁵²³ NERY JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.309. No mesmo sentido, Rogerio Mollica e Elias Marques de Medeiros Neto afirmam que os dispositivos legais em comento, caso aplicados às decisões já transitadas em julgado farão com que a insegurança jurídica reine, “pois nunca se saberá se a decisão transitada em julgado será imputável, pois muitos anos após o trânsito em julgado poderá ser prolatada uma decisão pelo STF em sentido diverso, sendo possível a reabertura do prazo para o ajuizamento de Ação Rescisória. MOLLICA, Rogerio; NETO, Elias Marques de Medeiros. O § 15 do art. 525 e o § 8 do art. 535 do novo CPC: considerações sobre a reabertura do prazo para o ajuizamento de ação rescisória e a segurança jurídica. In: **Revista de processo**. vol. 262. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016, p. 226.

⁵²⁴ NERY JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.309.

Também buscando a compatibilização ora referida, por meio de uma interpretação sistemática, mas sem fornecer uma solução neste sentido, Alexandre Del Rios Minatti defende que a defesa que vise desconstituir a coisa julgada sob o fundamento de ser contrária a decisão posterior de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal deve ser confinada a “algum prazo razoável”, pois não se pode admitir que tal revisão ocorra a qualquer tempo⁵²⁵.

Já afirmamos que permitir à decisão do Supremo Tribunal Federal a produção de efeitos retroativos sobre a coisa julgada equivale a fazer com que esta última surja sempre em um estado provisório⁵²⁶, sujeita a uma condição que nega seus fundamentos de existência, ou seja, a segurança jurídica e a proteção da confiança⁵²⁷.

É preciso aqui afastar a ideia de que a retroação da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada, por meio da rescisão desta última, tem como finalidade afirmar a constitucionalidade sobre a inconstitucionalidade⁵²⁸. Isso porque a garantia da coisa julgada não protege os efeitos de uma lei inconstitucional. Ao contrário, ela ressalva os efeitos de um “juízo constitucional que aplicou uma lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal”⁵²⁹.

Para Flávio Luiz Yarshell⁵³⁰, a posterior declaração de inconstitucionalidade não é suficiente para infirmar a garantia de imutabilidade da decisão, sendo o caso, no máximo, de cabimento da ação rescisória, dentro do prazo decadencial. A eficácia da decisão de

⁵²⁵ Por isso, o autor defende que ou a norma em comento deve ser reconhecida inconstitucional, por violação à segurança jurídica e à coisa julgada, ou deve-se buscar uma interpretação que permita a atribuição de um *termo ad quem*. MINATTI, Alexandre Del Rios. Art. 525. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida (coord.) et al. **Novo Código de Processo Civil comentado**. Tomo II (art. 318 ao 770). São Paulo: Lualri, 2017, p.339-340.

⁵²⁶ É por esta razão também que não concordamos com a afirmação de Araken de Assis de que a superveniência da decisão de inconstitucionalidade “implica o desfazimento da *autoritas rei iudicate*, e, consequentemente sua exequibilidade. Para o autor, “a qualquer momento, pronunciada a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo, desaparecerá a autoridade da coisa julgada”. ASSIS, Araken. **Processo civil brasileiro**. 2 ed. Vol. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1515.

⁵²⁷ Beclaute Oliveira Silva, ao comentar o dispositivo 475-L do Código de Processo Civil revogado afirmou que a regra ali prevista não poderia ser aplicado se a decisão de inconstitucionalidade fosse superveniente, sob pena de mácula à segurança jurídica. Tanto que, para o autor, caso houvesse o adimplemento de crédito exigível, não caberia repetição, ainda que o STF, posteriormente, se pronunciasse sobre a inconstitucionalidade. ILVA, Beclaute Oliveira. Coisa julgada baseada em lei inconstitucional (?): análise sob o prisma da teoria das cargas de eficácia da sentença em Pontes de Miranda. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 78.

⁵²⁸ Em sentido contrário, Luciane Serpa afirma que a finalidade dos dispositivos em questão é manter a harmonia entre a coisa julgada e a supremacia da Constituição Federal. SERPA, Luciane. A defesa do devedor no cumprimento de sentença fundada na inexigibilidade da obrigação reconhecida por sentença inconstitucional e o julgamento da ADI 2418/DF. In: **Revista de processo**. vol. 278. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2018, p. 437.

⁵²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 227.

⁵³⁰ O autor, ao comentar o artigo 741 do Código de Processo Civil Revogado, defendeu a inconstitucionalidade do aludido dispositivo, por afrontar não só a coisa julgada como também o devido processo legal. YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória**: juízos rescindente e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 254-255.

inconstitucionalidade, não obstante seu caráter retroativo, não alcançaria as decisões transitadas em julgado, sob pena de negação da garantia da coisa julgada⁵³¹.

Uma solução para o problema, apontada por Flávio Luiz Yarshell, seria o pedido da parte interessada no reconhecimento da inconstitucionalidade, no sentido de que o processo executivo fosse suspenso até a decisão do Supremo Tribunal Federal no feito em que se discute, de forma concentrada, a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma, buscando evitar o trânsito em julgado na situação concreta com aptidão de colidir com a decisão da suprema corte⁵³².

A solução acima apontada parece-nos razoável, desde que a suspensão respeite o limite de 01 (um) ano, em conformidade com o que dispõe o artigo 313, inciso V, alínea “a”, e § 4º, do Código de Processo Civil.

Pensamos que suspender o processo até apreciação do Supremo Tribunal, na ação em que se discute a constitucionalidade/inconstitucionalidade do ato normativo, sem que haja um prazo limite para tal suspensão, seria desprezar a realidade fática, que demonstra que as ações em que é realizado o controle de constitucionalidade levam anos para terem seu mérito apreciado de forma definitiva, o que acabaria, por sua vez, violando a garantia fundamental da razoável duração do processo.

Há ainda quem aponte a inconstitucionalidade formal do dispositivo contido no § 15, art. 525 e § 8º, uma vez que a previsão de reabertura do prazo para ajuizamento da ação rescisória não constou do anteprojeto, tampouco do texto aprovados pelo Senado e pela Câmara dos Deputados, tendo surgido apenas após os ajustes efetuados para promulgação da lei⁵³³.

Outro ponto que é necessário esclarecer – até mesmo para que sejam compatibilizadas as premissas que até aqui já foram adotadas – é que as conclusões até aqui formuladas não se incompatibilizam com nosso entendimento a respeito da distinção que fizemos entre a coisa

⁵³¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória**: juízos rescindente e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 256.

⁵³² YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória**: juízos rescindente e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 257.

⁵³³ Defendem a ideia da inconstitucionalidade formal do § 15º, artigo 525 do CPC: MOLLICA, Rogerio; NETO, Elias Marques de Medeiros. O § 15 do art. 525 e o § 8 do art. 535 do novo CPC: considerações sobre a reabertura do prazo para o ajuizamento de ação rescisória e a segurança jurídica. In: **Revista de processo**. vol. 262. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016, p. 230. SERPA, Luciane. A defesa do devedor no cumprimento de sentença fundada na inexigibilidade da obrigação reconhecida por sentença inconstitucional e o julgamento da ADI 2418/DF. In: **Revista de processo**. vol. 278. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2018, p. 441. Cássio Scarpinella Bueno afirma que a origem do dispositivo não está clara nos pareceres de nº 916/141.099/14, os quais teriam antecedido a conclusão dos trabalhos legislativos no Senado e a revisão feita antes de ser enviado à sanção presidencial, sendo ainda questionável a constitucionalidade do mesmo dispositivo, do ponto de vista substancial, diante da segurança jurídica. BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 518.

julgada e a eficácia executiva da decisão judicial. Isso porque, conforme já tivemos a oportunidade de afirmar, não se deve confundir o elemento declaratório da decisão judicial com a sua eficácia executiva.

Quando afirmamos que a decisão de inconstitucionalidade, arguida como fundamento da impugnação do devedor, não atinge a sentença em si, mas apenas sua eficácia executiva, não devemos trazer a reboque a conclusão de que a mesma decisão de inconstitucionalidade, quando arguida como fundamento de ação rescisória, não vai atingir a coisa julgada.

Isso porque a ação rescisória, ainda que por via oblíqua, acaba atingindo a coisa julgada, ou seja, a partir do momento em que a decisão de inconstitucionalidade é utilizada como fundamento da ação rescisória para atacar a eficácia executiva da decisão transitada em julgado, ele acaba atacando também a própria coisa julgada⁵³⁴.

Ou seja, a admissão de alegação da decisão de inconstitucionalidade – quando esta é posterior a formação da coisa julgada – é uma exceção à intangibilidade daquela última, não interessando se tal alegação é utilizada para inibir a execução ou como fundamento da ação rescisória⁵³⁵, sendo esta última ação, fundada em posterior declaração de inconstitucionalidade, uma “macroexceção à intangibilidade da coisa julgada”⁵³⁶.

Ademais, permitir que a possibilidade de revisão da coisa julgada fique em aberto, condicionada ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a norma em que a decisão judicial se fundou, sob o argumento de que a decisão de inconstitucionalidade retiraria somente a eficácia executiva da decisão exequenda, “é um convite à insegurança jurídica e um desrespeito ao princípio da boa-fé, tão valorizado no CPC/15, que deve orientar a conduta de todas as partes e de todos os agentes do Estado”⁵³⁷.

⁵³⁴ Partido de premissas divergentes das adotadas neste trabalho, mas com conclusão semelhante em relação aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada, Alexandre Del Rios Minatti afirma que tal decisão resultará em verdadeira desconstituição da coisa julgada. As premissas adotadas, contudo, são diferentes das que aqui defendemos, pois, para o referido autor, “a autoridade da coisa julgada reveste todos os efeitos da sentença – não só o condenatório”. Assim, defende de que “admitir que a sentença condenatória não sirva mais ao seu relevante propósito é reduzir a força dessa decisão, limitando-a a mera declaração – ou seja, mais coerente que se admita se tratar de desconstituição da coisa julgada”. MINATTI, Alexandre Del Rios. Art. 525. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida (coord.) et al. **Novo Código de Processo Civil comentado**. Tomo II (art. 318 ao 770). São Paulo: Lualri, 2017, p.339.

⁵³⁵ Para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, a única saída para legitimação do § 15, do artigo 525 seria defender que a intangibilidade da coisa julgada figura apenas no plano processual, sem que estivesse garantida na Constituição Federal, caracterizando raciocínio verdadeiro absurdo. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 226-227.

⁵³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 226.

⁵³⁷ MINATTI, Alexandre Del Rios. Art. 525. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida (coord.) et al. **Novo Código de Processo Civil comentado**. Tomo II (art. 318 ao 770). São Paulo: Lualri, 2017, p.339. Também concluindo que os dispositivos em questão, ao permitir o alargamento do prazo da ação rescisória, parecem afetar, “em demasia, a segurança jurídica”: SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. **Ação rescisória**. São Paulo: Lualri, 2017, p.

Há outro agravante na admissão da eficácia retroativa da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a coisa julgada, a nosso ver, consistente na ideia de que a única interpretação correta sobre a Constituição seria a emanada daquela Corte, de maneira que todas as demais interpretações que não lhe sejam conformes, estão erradas e, por isso, devem ser alteradas.

Tal raciocínio, assim como as outras ideias até aqui enfrentadas e que admitem tal eficácia, desprezam o juízo exercido no controle difuso, como se os demais juízes não pudessem interpretar a Constituição Federal ou que tal interpretação apenas poderia se sustentar até o dia em que a Suprema Corte confirmasse o entendimento fixado naquela decisão já transitada em julgado.

O Ministro Gilmar Mendes, em voto que foi proferido nos Embargos de Declaração, no Recurso Extraordinário de nº 328.812⁵³⁸, afirmou que a ação rescisória quando utilizada para fazer valer a interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal, serve como instrumento de realização da isonomia, pois a instabilidade gerada pela rescisão de uma sentença é menos grave do que a aplicação assimétrica de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, que, em razão de seu referencial normativo, dá sustentação a todo o sistema.

A posição acima resumida traduz bem o raciocínio que vem sendo aqui combatido, ou seja, de desprezo pelo juízo exercido no controle difuso⁵³⁹, como se apenas o Supremo Tribunal Federal, em nosso ordenamento, pudesse interpretar a Constituição, arrematando para a possibilidade de propositura de ação rescisória como instrumento de conformação das decisões proferidas nas instâncias inferiores ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Como advertem Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁵⁴⁰, tal forma de raciocínio, parte da premissa de que a decisão do Supremo Tribunal Federal, é por si só, demonstração inequívoca de violação literal de norma constitucional, fazendo com que o fundamento da Ação Rescisória esteja na força da decisão daquela suprema corte, não importando se havia dúvida nos tribunais sobre a constitucionalidade do ato normativo interpretado.

141. Este último autor, porém, a despeito de sua afirmação conclusiva, não expõe as razões pelas quais chega a tal conclusão.

⁵³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 328.812-AM. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Recorrido: Maria Auxiliadora Santos Cabral dos Anjos. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJE em 03.06.08. In: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1978185>>. Acesso em 29/10/17, às 09:03h.

⁵³⁹ Tal decisão, apesar de produzir logo seus efeitos, colocaria o jurisdicionado em eterno estado de alerta e, em vez de resolver o litígio, aumentaria a litigiosidade, potencializando todos os aspectos negativos decorrentes da pendência da ação. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Ação rescisória**: do juízo rescindente ao juízo rescisório. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 235.

⁵⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Ação rescisória**: do juízo rescindente ao juízo rescisório. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 230.

O fato de que o Supremo Tribunal Federal tenha o dever de zelar pela guarda da Constituição, não significa admitir que a sua interpretação possa acabar com a coisa julgada apenas pelo fato de ter sido a interpretação oriunda daquele tribunal.

Além das incongruências aqui apontadas na forma de pensar acima exposta, há o problema de que o próprio Supremo Tribunal Federal, em suas decisões, conforme abaixo teremos a oportunidade de comentar, não permite que a ação rescisória seja utilizada com esta finalidade, ou seja, como instrumento para realizar, a qualquer momento, a simetria das decisões judiciais com o posicionamento daquela Corte Suprema.

4.5 O posicionamento do STF a respeito da possibilidade de manejo da ação rescisória em virtude da decisão que declara a inconstitucionalidade do ato normativo em que se fundou a coisa julgada

Após a análise dos pontos tratados neste capítulo, é preciso verificar quais os argumentos que o Supremo Tribunal Federal tem utilizado para justificar o cabimento, ou não, da ação rescisória, com fundamento na inconstitucionalidade do ato normativo em que se fundou a coisa julgada, bem como quando a decisão de inconstitucionalidade é posterior à coisa julgada.

Não faremos aqui uma análise minuciosa de todos os julgados do Supremo Tribunal Federal, em determinado período de sua história, que abordam o assunto aqui em comento, mas faremos uma descrição de três julgados que, a nosso ver, podem ser considerados como paradigmas. O primeiro, diz respeito a julgamento de um recurso no ano anterior à publicação do atual Código de Processo Civil; o segundo já no período de sua *vacatio legis* e o terceiro julgamento tendo sido proferido já na vigência daquele diploma legal.

A abordagem, preponderantemente descritiva dos julgados ora analisados, foi necessária para expormos, de forma objetiva, os argumentos trazidos pela Suprema Corte brasileira, ao se deparar com o assunto que é abordado no presente trabalho.

4.5.1. O recurso extraordinário nº 590.809⁵⁴¹

No recurso ora em comento, o Supremo Tribunal Federal deparou-se com a seguinte situação: o Tribunal Regional Federal da 4ª Região julgou procedente pedido de ação

⁵⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 590.809-RS. Recorrente: Metabel Industria Metalúrgica Ltda. Recorrido: União. Relator: Marco Aurélio. Publicado no DJE em 24.11.14. In: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2630912>>. Acesso em 05/11/17, às 08:21h.

rescisória para desconstituir o acórdão rescindendo. No referido acórdão, o relator, Ministro Marco Aurélio, entendeu que o caso era de mutação constitucional, verificada com a alteração do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da interpretação do texto Constitucional, tornando a interpretação adotada na coisa julgada em desconformidade com aquela que foi dada pela Suprema Corte. No entender daquele Ministro, a “Constituição é o que o Supremo assenta”⁵⁴².

A despeito de tal entendimento, opinou pela aplicação da Súmula nº 343, ou seja, do não cabimento da ação rescisória, por entender que tal mecanismo estaria reservado às situações excepcionalíssimas, “ante a natureza de cláusula pétrea conferida pelo constituinte ao instituto da coisa julgada”⁵⁴³.

Ainda no voto do Ministro relator, este entendeu pela manutenção do verbete da súmula 343, posto que a ação rescisória, mesmo sendo o caso de matéria Constitucional, não serviria para conformar “os pronunciamentos dos Tribunais brasileiros com a jurisprudência de último momento do Supremo”⁵⁴⁴, sob pena de ser desprezada a garantia da coisa julgada.

Com base nessas razões, assentou entendimento, no sentido de aplicar a súmula 343, dando provimento ao recurso julgado e reformando o acórdão rescindendo para julgar improcedente o pedido formulado na ação rescisória.

No mesmo recurso em análise, porém, a Ministra Carmem Lúcia, em voto-vista, afastou a incidência da súmula 343 daquele tribunal, entendendo cabível a ação rescisória em virtude da natureza constitucional da controvérsia que motivou a propositura da referida ação.

Todavia, por entender que o julgado recorrido (acórdão rescindendo) não levou em conta o entendimento dominante no Supremo Tribunal Federal, a referida Ministra, votou pelo provimento do Recurso Extraordinário.

É importante ainda mencionar que o Ministro Teori Zavascki, ao proferir seu voto, entendeu que o recurso analisado deveria ter seu provimento negado, uma vez que, caso a

⁵⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 590.809-RS. Recorrente: Metabel Industria Metalúrgica Ltda. Recorrido: União. Relator: Marco Aurélio. Publicado no DJE em 24.11.14. In: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2630912>>. Acesso em 05/11/17, às 08:21h, página. 8 do acórdão analisado.

⁵⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 590.809-RS. Recorrente: Metabel Indústria Metalúrgica Ltda. Recorrido: União. Relator: Marco Aurélio. Publicado no DJE em 24.11.14. In: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2630912>>. Acesso em 05/11/17, às 08:21h, página 10 do acórdão analisado.

⁵⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 590.809-RS. Recorrente: Metabel Industria Metalúrgica Ltda. Recorrido: União. Relator: Marco Aurélio. Publicado no DJE em 24.11.14. In: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2630912>>. Acesso em 05/11/17, às 08:21h, página 12 do acórdão analisado.

pretensão recursal fosse acolhida, haveria uma verdadeira rescisão do que o próprio Supremo Tribunal Federal já havia decidido em outra oportunidade⁵⁴⁵.

O registro do voto do aludido Ministro, que foi vencido, é importante porque ele mesmo será o relator do próximo acórdão a ser comentado e que passou a sintetizar o entendimento daquela Corte sobre o assunto, a partir de então.

Com isso, no acórdão ora analisado, ficou assentado que a ação rescisória não seria cabível quando, na época do trânsito em julgado da decisão rescindenda, havia pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, no mesmo sentido, sobre a matéria.

4.5.2. O recurso extraordinário nº 730.462⁵⁴⁶

Pouco menos de um ano após o acórdão que acabou de ser comentado, o tema voltou a ser debatido, sob nova roupagem, na Suprema Corte. Desta vez, tendo como relator o Ministro Teori Zavascki.

O caso tratava de Recurso Extraordinário interposto contra acórdão que negou provimento a Agravo de Instrumento. Isso porque, fora proposta ação pleiteando diferença de FGTS e, na época, havia um dispositivo normativo⁵⁴⁷ que previa o não cabimento de honorários advocatícios em tais ações, razão pela qual tais honorários deixaram de ser fixados.

Posteriormente, o referido dispositivo normativo teve sua inconstitucionalidade declarada na ADIN nº 736. Tal declaração, contudo, ocorreu mais de dois anos após a decisão que havia negado a fixação de honorários, mas mesmo assim o autor, voltou a requerer que tais honorários fossem fixados.

Assim, por meio do recurso que ensejou o acórdão ora em análise, o Supremo Tribunal Federal decidiu o alcance da eficácia das decisões proferidas no exercício do controle concentrado, que declaram a inconstitucionalidade de preceito normativo, ou seja, se a decisão tomada em ADI seria capaz de atingir as sentenças que já transitaram em julgado em momento anterior àquela decisão declaratória.

⁵⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 590.809-RS. Recorrente: Metabel Indústria Metalúrgica Ltda. Recorrido: União. Relator: Marco Aurélio. Publicado no DJE em 24.11.14. In: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2630912>>. Acesso em 05/11/17, às 08:21h, página 56 do acórdão analisado.

⁵⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 730.462-SP. Recorrente: Nelson Itiro Yanasse e outros. Recorrido: Caixa Econômica Federal - CEF. Relator: Teori Zavascki. Publicado no DJE em 09.09.15. In: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4353441>>. Acesso em 05/11/17, às 10:46h.

⁵⁴⁷ Art. 29-C, da lei Federal nº 8.036/09, inserido pela Medida Provisória nº 2.164/2001.

O relator do caso, Ministro Teori Zavascki, partiu da distinção entre eficácia normativa e eficácia executiva. Para ele, a eficácia normativa (declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade) se opera *ex tunc*; já a eficácia executiva, por derivar da sentença e não da vigência da norma, tem seu termo inicial na data de publicação do acórdão do Supremo, no diário oficial, atingindo apenas os atos a ela supervenientes e não os pretéritos. Por isso, entendeu o relator que:

Sobrevindo decisão em ação de controle concentrado, declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo, nem por isso se opera a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tinham adotado entendimento diferente⁵⁴⁸.

O acórdão em comento foi proferido no período de *vacatio legis* do Código de Processo Civil atual e, já naquela época, o Ministro relator, assinalava para a possibilidade contida no artigo 525, § 15, do referido diploma legal (que ainda não estava em vigor), ou seja, da propositura de ação rescisória com seu prazo decadencial contado após o trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal⁵⁴⁹.

Em razão de tal entendimento, negando provimento ao recurso, foi firmada a seguinte tese para fins de repercussão geral:

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

Neste caso, o Supremo Tribunal Federal, passou a permitir o uso da ação rescisória para desconstituir a coisa julgada existente antes da decisão de inconstitucionalidade, mas desde que fosse respeitado o prazo decadencial, contado do trânsito em julgado da decisão rescindenda. Importante mencionar que, neste mesmo acórdão, o Supremo já visualizava a incidência do artigo 525, § 15, do Código de Processo Civil que entraria em vigor no ano subsequente.

⁵⁴⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 730.462-SP. Recorrente: Nelson Itiro Yanasse e outros. Recorrido: Caixa Econômica Federal - CEF. Relator: Teori Zavascki. Publicado no DJE em 09.09.15. In: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4353441>>. Acesso em 05/11/17, às 10:46h, página 13 do acórdão analisado.

⁵⁴⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 730.462-SP. Recorrente: Nelson Itiro Yanasse e outros. Recorrido: Caixa Econômica Federal - CEF. Relator: Teori Zavascki. Publicado no DJE em 09.09.15. In: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4353441>>. Acesso em 05/11/17, às 10:46h, páginas 14, 21, e 22 do acórdão analisado

4.5.3. O mandado de segurança nº 35.078⁵⁵⁰

O julgado em análise foi proferido em Mandado de Segurança, impetrado com o objetivo de questionar a validade jurídica de deliberação do Tribunal de Contas da União. A alegação formulada pelo impetrante dizia que a referida deliberação teria violado decisão judicial transitada em julgado.

A decisão que ora se comenta foi proferida de forma monocrática, pelo Ministro Relator Celso de Mello, que analisou o pedido de concessão de liminar formulada pelo impetrante, não tendo havido apreciação definitiva do mérito até a data de consulta formulada na presente pesquisa⁵⁵¹.

Não obstante o que foi dito acima, vale ressaltar que, em seu voto, o Ministro relator, registrou a defesa da coisa julgada, que havia sido formada há 04 (quatro) anos, 08 (oito) meses e 23 (vinte e três) antes da deliberação da autoridade impetrada que desconsiderou o comando contido na coisa julgada.

Para o relator, a coisa julgada já havia se formado há tanto tempo que sequer seria possível a propositura de ação rescisória para sua desconstituição, em virtude do transcurso do prazo decadencial de 02 (dois), previsto no artigo 495 do Código de Processo Civil, vigente à época em que ela – a coisa julgada - se formou.

Vale ainda registrar que os fundamentos da decisão do Ministro Celso Mello são exatamente os mesmos que ele utilizou para proferir seu voto, nos dois acórdãos que foram acima analisados, ou seja, entendeu que a coisa julgada não poderia ser rescindida após o decurso do prazo decadencial já referido. Por tal razão, determinou a suspensão cautelar da eficácia da deliberação emanada da autoridade coatora, concedendo a liminar pleiteada pelo impetrante.

Outro ponto que merece destaque é que, apesar de a decisão ora em comento ter sido proferida já na vigência do Código de Processo Civil atual, não houve aplicação do artigo 525, § 15, uma vez que a coisa julgada analisada havia sido formada na vigência do Código de Processo Civil revogado. Assim, por expressa disposição do artigo 1.057⁵⁵² do Código de

⁵⁵⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em Mandado de Segurança nº 35.078-DF. Impetrante: Francisco de Assis Lima. Impetrado: Tribunal de Contas de União. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJE em 24.08.17. In: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5239477>>. Acesso em 06/11/17, às 22:18h.

⁵⁵¹ Até a data de 19/04/18, o processo em questão encontrava-se concluso ao relator, desde 13/03/18.

⁵⁵² Art. 1.057. O disposto no art. 525, §§ 14 e 15, e no art. 535, §§ 7º e 8º, aplica-se às decisões transitadas em julgado após a entrada em vigor deste Código, e, às decisões transitadas em julgado anteriormente, aplica-se o disposto no art. 475-L, § 1º, e no art. 741, parágrafo único, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Processo Civil vigente, aquele dispositivo não se aplica às decisões que transitaram em julgado antes da entrada em vigor da lei nº 13.105/15, o atual Código de Processo Civil.

4.6 Um balanço dos julgamentos, proferidos pelo STF

Conforme acima demonstrado, os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, não apresentam, a nosso ver, uniformidade quanto à possibilidade de produção de efeitos da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada.

No primeiro julgamento analisado (recurso extraordinário nº 590.809), a Suprema Corte brasileira entendeu pelo não cabimento da ação rescisória posto que tal ação não serviria para promover a conformidade das decisões dos tribunais brasileiros com a jurisprudência “de último momento do Supremo”.

Na análise do referido acórdão, ficou evidente a divergência de entendimento dos Ministros quando a (im)possibilidade de uso da ação rescisória para afastar a coisa julgada proferida em desacordo com a Constituição. Apesar disso, optou-se pela manutenção do entendimento então sumulado (Súmula 343).

Já no segundo julgamento analisado (recurso extraordinário nº 730.462), a mudança e entendimento daquele Corte passou a admitir o uso da ação rescisória, em caso de superveniência de decisão, em ação de controle concentrado, declarando a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de preceito normativo.

É de se salientar, contudo, que a admissão da ação rescisória, neste julgamento, ficou condicionada à observância do prazo decadencial, contado após o trânsito em julgado da decisão rescindenda e tendo, em alguns votos, sido registrado o entendimento da chamada coisa julgada soberana, já comentada no segundo capítulo deste trabalho.

No último caso analisado (mandado de segurança nº 35.078), a despeito de se tratar de decisão monocrática, o relator defendeu a manutenção da coisa julgada, por entender que ela já havia sido formada há tanto tempo que sequer seria possível a propositura de ação rescisória para sua desconstituição.

Frise-se que, apesar de monocrática, a decisão revela o entendimento de um ministro que, em seus votos sempre defendeu a manutenção da coisa julgada e que, mesmo não tendo aplicado o artigo 525, § 15, do Código de Processo Civil (por se tratar de decisão cujo trânsito em julgado ocorreu antes da entrada em vigor do referido diploma legal), contradiz o texto do referido artigo, ou seja, por suposição (e apenas por suposição), nos levaria a crer que, teria

rejeitado a aplicação do aludido dispositivo, caso o trânsito em julgado da decisão rescindenda tivesse ocorrido após a entrada em vigor do referido Código.

As constatações acima formuladas apenas reforçam o entendimento aqui firmado, no sentido da inconstitucionalidade da previsão legal do alargamento do prazo para propositura da ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade, proferida pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁵³.

A ausência de uniformidade do entendimento daquela Corte, com frequentes mudanças em seu entendimento, ainda que presentes a mesma situação fática, nos leva a fazer a afirmação acima. Isso sem contar no fato de que, conforme aqui defendemos, há a possibilidade de revisão da própria decisão proferida no exercício do controle de constitucionalidade, o que tornaria ainda mais delicada a produção dos efeitos de tal decisão sobre os casos já passados em julgado.

⁵⁵³ Em sentido contrário, Luciane Serpa entende pouco provável uma declaração de inconstitucionalidade dos § 15, art. 525 e § 8º do artigo 535 do CPC, em razão da possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade pelo STF. SERPA, Luciane. A defesa do devedor no cumprimento de sentença fundada na inexigibilidade da obrigação reconhecida por sentença inconstitucional e o julgamento da ADI 2418/DF. In: **Revista de processo**. vol. 278. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2018, p. 456.

CONCLUSÃO

O presente trabalho, longe de ter a pretensão de esgotar o tema proposto, buscou demonstrar que o problema nele retratado parece não estar perto de uma solução que pareça adequada e conforme o modelo constitucional do processo civil.

Em parte, tal lacuna deve-se à escassez de estudos sobre ele e da própria ausência de uniformidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal; noutra parte, deve-se também a pouquíssima idade da lei nº 13.105/15 (Código de Processo Civil vigente), tornando assim imperiosa a reflexão sobre os impactos que os seus artigos 525, § 15 e 535, § 8º trarão no cenário jurídico nacional.

Tal reflexão, a nosso ver, deve ser realizada a partir da análise da segurança jurídica que, como vimos, na condição de direito fundamental, precisa ter descoberta sua configuração jurídica, a fim de que possamos extrair dela a proteção esperada.

Nessa ordem de ideias, a definição aqui adotada foi no sentido de que a segurança jurídica é uma norma princípio que fundamenta o Estado de Direito, uma vez que não só está ligada a uma noção de limitação de poder – vedando arbitrariedades – como também garante outros direitos fundamentais.

Como uma das ferramentas de concretização da segurança jurídica, analisamos a coisa julgada, em razão de ser ela afetada diretamente pela incidência dos dispositivos legais já referidos.

Assim, a coisa julgada, por permitir a estabilidade às decisões judiciais, impõe limites, no passado e futuro, possibilitando a ordem, a racionalidade e realizando a justiça formal (procedimental).

Por encontrar seu fundamento normativo da Constituição, entendemos que ela fica protegida não só contra a atuação do legislador infraconstitucional – que tente reduzir seu âmbito de atuação e sua importância – como também contra a atuação do próprio judiciário e da administração pública.

Isso não significa, porém, que não possam existir mecanismos de revisão da coisa julgada previstos em norma infraconstitucional. Pensar dessa maneira, seria negar a constitucionalidade da própria ação rescisória que, conforme vimos, também tem assento na própria Constituição.

Para uma adequada análise dos impactos que os supracitados dispositivos provocam na coisa julgada e, conseqüentemente, na segurança jurídica, foi necessário abordarmos a maneira como o controle de constitucionalidade é exercido no Brasil.

Tal controle deve partir de uma noção de jurisdição que não enxergue a atividade jurisdicional como uma mera atividade de declaração ou de revelação da lei em um caso concreto.

A jurisdição deve ser enxergada como uma atividade que decorre de um processo de reconstrução interpretativa, realizada por meio de um processo que é estruturado pela argumentação jurídica e no qual a legislação apenas pode ser interpretada e compreendida a partir dos direitos fundamentais.

O controle de constitucionalidade que, no Brasil, pode ser exercido de forma difusa (por qualquer juízo) ou de forma concentrada (pelo Supremo Tribunal Federal), deve ser realizado com base na noção de jurisdição acima mencionada.

A forma como tal controle é realizado e o momento em que ele ocorre também fundamental para que se averigüe em que medida seus efeitos incidirão sobre os casos já julgados e se tal incidência está em conformidade com a Constituição, ou seja, se ocorre em consonância com a garantia da coisa julgada e da segurança jurídica.

É preciso registrar que, conforme abordagem aqui defendida, não há nenhum problema em permitir que a decisão do Supremo Tribunal Federal seja aplicada às sentenças que ainda não formaram a coisa julgada, ou seja, de decisões que reconhecem a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma em momento anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda.

Tal medida impõe-se não só em virtude da eficácia obrigatória do precedente constitucional, como também em razão de os tribunais ordinários estarem proibidos de negarem a solução dada à questão constitucional, pela Suprema Corte. Mas tudo isso, repita-se, desde que a decisão do Supremo Tribunal Federal tenha sido anterior ao trânsito em julgado da aludida sentença.

Parece não haver problema também quando, mesmo sendo tal decisão posterior ao trânsito em julgado, pode ser utilizada a ação rescisória como forma de desconstituir a decisão fundada em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, desde que seja respeitado o prazo decadencial da ação rescisória, ou seja, de dois anos contados do trânsito em julgado e não como pretendem as disposições contidas nos §° 15 e § 8°, nos artigos 525 e 535 do Código de Processo Civil vigente, ao permitirem que a aludida ação rescisória tenha seu prazo decadencial contado da decisão, proferida pela suprema Corte, posterior à formação da coisa julgada.

A ampliação do prazo da coisa julgada, sem um marco temporal adequadamente limitado, põe em risco a coisa julgada e, por conseguinte, a segurança jurídica, conforme expusemos.

Há ainda outro problema a ser levado em consideração, como consequência dos dispositivos analisados no Código de Processo Civil vigente, a saber: é que admitir a retroatividade da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a coisa julgada implica, a nosso ver, violação da autonomia da interpretação judicial em face da lei.

Isso porque, como é cediço, no ordenamento pátrio, todo e qualquer juiz tem o dever de realizar o juízo acerca da inconstitucionalidade sobre as leis. Isso não quer dizer que se consagra, em nosso sistema, o reconhecimento de efeitos a uma lei inconstitucional, mas o de garantir a realização de um juízo legítimo sobre a lei.

Em outras palavras, todas as vezes que se realiza o controle difuso da constitucionalidade de uma lei, está sendo realizado um juízo legítimo sobre a lei, desde que esta última não tenha sido declarada anteriormente como inconstitucional pela corte constitucional.

O que os dispositivos legais em comento fazem é exatamente violar o juízo legítimo sobre a lei, em virtude de uma razão bastante singela: até o momento da formação da coisa julgada não havia qualquer decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que tivesse declarado a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em que se fundou a coisa julgada.

Assim, permitir o uso da ação rescisória após o trânsito em julgado da decisão do STF equivale não só violar a coisa julgada e, conseqüentemente o princípio da segurança jurídica, como também o juízo legítimo sobre a lei realizado a decisão passada em julgado.

Sem exagero no que ora se afirma, tais dispositivos podem trazer profundo abalo na segurança jurídica e na confiança que os cidadãos depositam no Direito, uma vez que nunca terão a garantia de que as condutas por eles pautadas em decisões judiciais cobertas com o manto da coisa julgada estarão protegidas, diante da possibilidade de manejo de uma ação rescisória futura, fundada em uma decisão posterior do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade da norma em que se fundou a sentença exequenda e, ao mesmo tempo, servia de parâmetro para a conduta dos cidadãos.

Ademais, onde as pessoas sejam atingidas por um nível de instabilidade, no qual não possam mais confiar nas instituições sociais e estatais, bem como não possam ter a estabilidade de suas posições jurídica, com um mínimo de segurança e tranquilidade, não se pode falar em respeito da segurança jurídica, do Estado de Direito e também da dignidade.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodvim, 2008.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização e Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre, 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantia no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 247.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A duração razoável do processo e o fenômeno da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buril (org.); PEIXOTO, Ravi (org.); FREIRE, Alexandre (org.). **Coleção novo CPC: doutrina selecionada – processo de conhecimento e disposições finais e transitórias**. Vol. 2. Salvador: Juspodvim, 2015, p. 633-634.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p 214

_____. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.) **Relativização da coisa julgada**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2008, p. 39-64.

_____. **Processo civil brasileiro**. 2 ed. Vol. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1515.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia temporal**. Curitiba: Juruá, 2012.

ATIENZA, Manuel. Seguridad jurídica y formación judicial. In: Carles Cruz Moratones (eds.). **Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica**. Madrid: Marcial Pons, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 60

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p 111-147.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, *e-book*, parágrafo 11.196

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Renovar, 1993.

BATISTA, Bruno Oliveira de Paula; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Da (im)possibilidade de celebração do negócio jurídico processual pela pessoa com deficiência através da tomada de decisão apoiada. In: NETTO, Felipe Peixoto Braga; SILVA, Michael César; THIBAU, Vinícius Lott (Coord.). **O direito privado e o novo Código de Processo Civil: repercussões, diálogos e tendências**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 61-85.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 518.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2 ed. Salvador: Juspodvim, 2014.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. vol. III. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: Bookseller, 1999.

CAMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.) **Relativização da coisa julgada**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2008, p. 17-38.

_____. Limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil brasileiro. In: MACÊDO, Lucas Buriel (org.); PEIXOTO, Ravi (org.); FREIRE, Alexandre (org.). **Coleção novo CPC: doutrina selecionada – processo de conhecimento e disposições finais e transitórias**. Vol. 2. Salvador: Juspodvim, 2015.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia: Homenagem ao Professor Luiz de Pinho Pedreira**, Salvador/BA. n. 17, 2008.2, p. 93-130.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 947-948.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. Trad. Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 2008.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 400.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. Salvador: Juspodvim, 2011.

_____. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 8 ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

DALVI, Luciano. **Direito constitucional avançado: teoria, processo e prática constitucional**. São Paulo: LTR, 2009, p. 78-79.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Considerações sobre a desconstituição e a relativização da coisa julgada**. In: Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Nº 56, Abril/Junho, 2004, p. 166-187.

_____. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. vol. II. Recife: Nossa Livraria, 2004.

DANTAS, Ivo; LACERDA, Rafaella Maria Chiappetta de. **Teoria da inconstitucionalidade: norma constitucional inconstitucional – coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: LTR, 2007.

DIDIER JR, Fredie (org.). **Reconstruindo a teoria geral do processo**. Salvador: Juspodvim, 2012.

_____; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodvim: 2013.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. vol. 2 Salvador: Juspodvim, 2016.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. v. 3. Salvador: Juspodvim, 2016.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. vol 4. Salvador: Juspodvim, 2017.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6 ed. Tomo II. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 3 ed. vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 186.

_____. **Nova era do processo civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Apontamentos sobre a teoria do fato jurídico. In: BESERRA, Karoline Mafra Sarmiento (org.); EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (org.); SILVA, Jéssica Aline Caparica (org.). **Estudos sobre a teoria do fato jurídico na contemporaneidade: Homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. Editora Universitária Tiradentes: Sergipe, 2016. p. 11-41

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **A coisa julgada nas ações de alimentos**. *Repro* 62. Abri.-jun./92, p. 10.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 100.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 667.

FERRAZ JUNIOR, TERCIO SAMPAIO. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ**, Belo Horizonte, v. 1. n. 3. Jan./dez. 2005. p. 125. Disponível na Internet: <http://bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=79252&p=62#>. Acesso em: 17 de setembro de 2017, às 21:10h

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de direito processual civil**. 3 ed. Salvador: Juspodvim, 2017.

GARCIA, Sérgio Renato Tejada. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria - análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 36, jun. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html> Acesso em: 04 set. 2016, às 20:53h.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Art. 502. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida (coord.) et al. **Novo Código de Processo Civil comentado**. Tomo II (art. 318 ao 770). São Paulo: Lualri, 2017.

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.) **Relativização da coisa julgada**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2008, p. 251-262.

GROS, Yasmin Padilla. Sentença fundada em lei ou ato normativo reputado inconstitucional pelo STF. In: **Revista de processo**. vol. 240. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 153-171.

IMHOF, Cristiano. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2 ed. São Paulo: Booklaw, 2016, p. 828.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEITE, Gisele; HEUSELER, Denise. **A coisa julgada e novo código de processo civil brasileiro**. Disponível na internet
<<https://professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/177525505/a-coisa-julgada-e-o-novo-codigo-de-processo-civil-brasileiro>>. Acesso em: 08 de setembro de 2017 às 18:30h.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução e atualização: Ada Pellegrini Grinover. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

LINS JUNIOR, George Sarmento. **Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais**. In: Revista do Mestrado em Direito da UFAL, Maceió/AL. v. 01, 2005, p. 15-90

LOPES, José Reinaldo. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. In: **Revista de informação legislativa**. a. 40, nº 160, out./dez., 2003, p. 49-64.

LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais: estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes**. 2 ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

LUNARDI, Soraya. **Teoria do processo constitucional: análise de sua autonomia, natureza e elementos**. São Paulo: Atlas, 2013.

MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Processual Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Processual Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 225.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 486-489.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MINATTI, Alexandre Del Rios. Art. 525. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida (coord.) et al. **Novo Código de Processo Civil comentado**. Tomo II (art. 318 ao 770). São Paulo: Lualri, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. Distrito Federal: Forense, 1961, v. 6, p. 43.

_____. **Tratado da ação rescisória: das sentenças e de outras decisões**. Atualizado por Nelson Nery Junior, Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Tratado das ações**. Tomo 1. Atualização: Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1998.

MOLLICA, Rogerio; NETO, Elias Marques de Medeiros. O § 15 do art. 525 e o § 8 do art. 535 do novo CPC: considerações sobre a reabertura do prazo para o ajuizamento de ação

rescisória e a segurança jurídica. In: **Revista de processo**. vol. 262. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016, p. 223-239.

MORAES, Guilherme Peña. **Justiça constitucional**: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA, Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In: **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011.

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: **Revista de processo**. vol. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1994

_____. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.) **Relativização da coisa julgada**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2008, p. 225-250.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. A coisa julgada formal no novo Código de Processo Civil. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Juspodvim, 2010, p. 357-366.

NERY JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.308.

_____. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

NIEVA-FENOLL, Jordi. **Coisa julgada**. Tradução: Antonio do Passo Cabral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sentenças executivas e eficácia executiva das sentenças. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Juspodvim, 2010. p. 523

_____. **Teoria da ação de direito material**. Salvador: Juspodvim, 2008.

_____. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodvim, 2016.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa Julgada e precedente**: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OSORIO, Juan Felipe Vallejo. La cosa juzgada em Colombia: entre la seguridad jurídica y la justicia de la decision. In: AURELLI, Arlete Inês (coord.). et. al. **O direito de estar em juízo e a coisa julgada**: estudos em homenagem a Thereza Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PALU, Luiz Oswaldo. **Controle de constitucionalidade**: conceito, sistemas e efeitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 151.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo**: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Juspodvim, 2013.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A classificação das ações de Pontes de Miranda e a eficácia preponderante da decisão de inconstitucionalidade. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Juspodvim, 2010.

_____. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro**: aspectos constitucionais e processuais. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 101.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

REDONDO, Bruno Garcia Redondo. Art. 525. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

REICHELT, Luis Alberto. Reflexões sobre a relativização da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. In: **Revista de processo**. vol. 255. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016, p. 1167-180.

RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. **Execução civil no novo CPC**. São Paulo: Lualri, 2016.

SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy dos. **A coisa julgada relativa e os vícios transtemporais**: revisitando o tema com casos concretos. Porto Alegre: Cidadela Editorial, 2004.

SANTOS, Joyce Araújo dos. **Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional**: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica. Porto Alegre: 2009, Nuria Fabris.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>> Acesso em: 02 de março de 2018.

SENRA, Alexandre. **A coisa julgada no código de processo civil de 2015: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos**. Salvador: Juspodvim, 2017.

SERPA, Luciane. A defesa do devedor no cumprimento de sentença fundada na inexigibilidade da obrigação reconhecida por sentença inconstitucional e o julgamento da ADI 2418/DF. In: **Revista de processo**. vol. 278. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2018, p. 435-461.

SILVA, Beclaute Oliveira. Coisa julgada baseada em lei inconstitucional (?): análise sob o prisma da teoria das cargas de eficácia da sentença em Pontes de Miranda. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento**. Salvador: Juspodvim, 2010, p. 65-82.

_____. Conflito entre coisas julgadas no novo Código de Processo Civil. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 25, n.99, p. 93-109, jul./set. 2017. p.106-107.

_____. **Incidência da regra jurídica inconstitucional: notas à margem de Pontes de Miranda**. p. 6. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31847-36990-1-PB.pdf>> Acesso em: 07 de abril de 2018, às 22:22h.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 104.

_____. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. Vol. 1. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. Malheiros, 2017.

SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. **Ação rescisória**. São Paulo: Lualri, 2017, p. 23.

SOARES, Carlos Henrique. **Coisa julgada inconstitucional: teoria tridimensional da coisa julgada: justiça, segurança jurídica e verdade**. Coimbra: Almedina, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, n. 1.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Barbieri (org). **Direitos e interpretação – racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, p. 287-305.

TAVARES, André Ramos. *Custo de direitos constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 619-620

TESHEINER, José Maria. Ação rescisória no novo Código de Processo Civil. In: **Revista de processo**. vol. 244. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 209-243.

_____. Art. 508. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. A coisa julgada no direto processual civil brasileiro. In: **Revista de processo**. vol. 269. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2017, p. 151-196.

_____. **A relativização da coisa julgada pelo Supremo Tribunal Federal**: o caso das ações declaratórias de (in)constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória**: juízos rescindente e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.