

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL

GABRIEL DE OLIVEIRA COELHO SANTANA

**AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA EM POSTERIOR DECISÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

VITÓRIA

2024

GABRIEL DE OLIVEIRA COELHO SANTANA

**AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA EM POSTERIOR DECISÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo
(UFES) como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre
em Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Thiago Ferreira Siqueira.

VITÓRIA

2024

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de
Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

D278a de Oliveira Coelho Santana, Gabriel, 1997-
Ação rescisória fundada em posterior decisão de
inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal / Gabriel de
Oliveira Coelho Santana. - 2024.
326 f.

Orientador: Thiago Ferreira Siqueira.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade
Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e
Econômicas.

1. Ação rescisória. 2. Coisa julgada. 3. Inconstitucionalidade. 4.
Supremo Tribunal Federal. I. Ferreira Siqueira, Thiago. II.
Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340



**ATA DA SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO DO MESTRANDO
GABRIEL DE OLIVEIRA COELHO SANTANA**

X	APROVAÇÃO do examinando; por fim, o presidente da sessão alertou que o aprovado somente terá direito ao título de Mestre após a entrega da versão final de sua dissertação em meio digital à Secretaria do Programa e da homologação do resultado da defesa pelo Colegiado Acadêmico do PPGDIR/UFES.			
	REPROVAÇÃO do examinando; por fim, o presidente da sessão alertou que o aluno deverá verificar no Regimento do PPGDIR/UFES quais os efeitos desta decisão, devendo eventuais requerimentos serem dirigidos por escrito à coordenação do PPGDIR/UFES.			
Conforme decisão do Colegiado Acadêmico do dia 29.09.2023, os conceitos dos campos acima passaram a seguir a seguinte métrica: 0,0 (zero) a 6,9 (seis vírgula nove) = REPROVADO; 7,0 (sete) a 10,0 (dez) – APROVADO.		<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <th style="text-align: center; padding: 5px;">NOTA</th> </tr> <tr> <td style="text-align: center; padding: 5px;">10</td> </tr> </table>	NOTA	10
NOTA				
10				

PPGDIR
Programa de Pós-Graduação em Direito Processual



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

PROTOCOLO DE ASSINATURA



O documento acima foi assinado digitalmente com senha eletrônica através do Protocolo Web, conforme Portaria UFES nº 1.269 de 30/08/2018, por
THIAGO FERREIRA SIQUEIRA - SIAPE 3154500
Departamento de Direito - DD/CCJE
Em 09/06/2024 às 20:50

Para verificar as assinaturas e visualizar o documento original acesse o link:
<https://api.lepisma.ufes.br/arquivos-assinados/935349?tipoArquivo=O>



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

PROTOCOLO DE ASSINATURA



O documento acima foi assinado digitalmente com senha eletrônica através do Protocolo Web, conforme Portaria UFES nº 1.269 de 30/08/2018, por
MARCELO ABELHA RODRIGUES - MATRÍCULA 2227895
Membro - Colegiado do Programa de Pós-graduação em Direito Processual
Em 10/06/2024 às 08:23

Para verificar as assinaturas e visualizar o documento original acesse o link:
<https://api.lepisma.ufes.br/arquivos-assinados/935418?tipoArquivo=O>

GABRIEL DE OLIVEIRA COELHO SANTANA

**AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA EM POSTERIOR DECISÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo
(UFES) como requisito para obtenção do grau de Mestre em
Direito Processual.

Aprovado em ____ de _____ de 2024.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Thiago Ferreira Siqueira
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge
Universidade Federal do Espírito Santo
Membro Interno

Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues
Universidade Federal do Espírito Santo
Membro Interno

Prof. Dr. Eduardo Talamini
Universidade Federal do Paraná
Membro Externo

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao professor Thiago Ferreira Siqueira, que, desde a graduação, sempre foi um grande exemplo para mim, como um brilhante pesquisador, professor e advogado. Além disso, o professor Thiago sempre se mostrou acessível para dialogar e debater com seus alunos sobre diversos temas do Direito Processual, sempre incentivando o desenvolvimento de um raciocínio crítico dos estudantes. Sem sombra de dúvidas, sob sua orientação, pude aprender, amadurecer e desenvolver uma abordagem mais sólida em relação ao Direito Processual Civil. Foi uma grande honra ter a oportunidade de ser orientado por alguém que tanto admiro.

Também agradeço aos professores Eduardo Talamini, Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues, pela honra de tê-los em minha banca de qualificação e por também terem aceitado participar da banca de defesa da versão final deste trabalho. As observações, apontamentos e críticas de processualistas de tamanho renome, que são grandes referências para mim, certamente auxiliaram e continuarão a impactar no desenvolvimento de minha pesquisa e de meu pensamento processual como um todo.

Aos demais professores com quem tive a honra de ter contato nas disciplinas do mestrado, com os quais também pude muito aprender e me auxiliaram a amadurecer no pensamento processual: Augusto Passamani Bufulin, Rodrigo Reis Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves.

Ao professor Ricardo Gueiros Bernardes Dias, que gentilmente aceitou dialogar sobre algumas ideias da pesquisa que desenvolvi, fazendo apontamentos, críticas e sugestões de bibliografias e modificações.

Ao Filipe Ramos Oliveira, que também aceitou dialogar sobre as ideias da pesquisa que desenvolvi, além de gentilmente ter me auxiliado com acesso a alguns livros que colaboraram muito para que este trabalho tivesse maior envergadura.

Ao João Vitor dos Santos de Souza, meu amigo e sócio, com quem tenho a honra de dividir não só a vida profissional, mas também a empreitada acadêmica. Além de contar com seu apoio no dia a dia da difícil tarefa de conciliar o mestrado com a advocacia, temos a oportunidade de dialogar a respeito de diversos assuntos do Direito Processual, dentre os quais está o tema da presente dissertação.

Aos meus amigos que estão comigo desde a infância e adolescência, que, apesar de minha ausência em certas situações, em razão de compromissos acadêmicos, sempre estiveram

ao meu lado. Neste momento, destaco especialmente Lucca Ayres Lessa, que, além de ser um grande amigo e dialogar sobre os mais diversos assuntos, se dispôs a ler parte deste trabalho e debater sobre pontos da pesquisa.

Ao meu pai, Rodrigo, que sempre me apoio em absolutamente tudo que fiz, além de ter sido meu primeiro exemplo de advogado e também ser, atualmente, meu sócio na empreitada profissional. Tê-lo como pai, sem dúvidas, foi o que tornou tudo isso possível e serei eternamente grato por tudo o que fez e faz por mim diariamente. Obrigado por todo o afeto, por tudo que sempre fez e por quem você é.

À minha mãe, Márcia, que sempre me apoiou ao longo de toda minha formação e demonstrou todo seu carinho por mim, mesmo nos momentos em que a vida impôs desafios. Obrigado por todo o carinho e afeto.

Ao Nicolas, que me apoiou durante toda minha trajetória e sempre será meu irmãozinho. Tenho muita sorte em tê-lo como irmão e sou orgulhoso da pessoa incrível que você está se tornando. Fico feliz em saber que em todos os desafios que a vida trouxe para nós, estaremos juntos.

À Anaflavia, minha companheira de vida, que tornou toda essa jornada mais simples, com todo carinho, amor e afeto, sempre deixando o meu coração mais calmo e tranquilo, além de ter dialogado comigo sobre praticamente todas as ideias centrais deste trabalho. Ter você ao meu lado durante um momento tão difícil como o mestrado foi essencial para acalmar as turbulências e me ajudar a perceber que aquilo que às vezes nos assusta pode ser mais leve. Estarei sempre ao seu lado e espero conseguir tornar todas suas jornadas mais tranquilas também.

Por fim, à Universidade Federal do Espírito Santo, por ter me recebido tão bem desde 2016, quando comecei a graduação, e por ter me proporcionado uma educação de altíssimo nível, que, certamente, impacta diretamente no profissional e acadêmico que sou hoje.

RESUMO

O presente trabalho possui como objeto a ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, prevista nos arts. 525, §15 e 535, §8º, Código de Processo Civil, buscando analisar seus limites interpretativos e temporais. Para atingir tal finalidade, buscou-se identificar as dimensões contemporâneas da segurança jurídica, que não se coloca como um princípio que opera por uma lógica *tudo-ou-nada*, mas que traz uma exigência de que o ordenamento confira ao jurisdicionado *calculabilidade*, *confiabilidade* e *cognoscibilidade*. Com essa base principiológica em mente, identificou-se como tais facetas da segurança jurídica se relacionam com a coisa julgada, em especial no que diz respeito à sua eficácia preclusiva. Após isso, estudou-se a teoria da relativização atípica da “coisa julgada inconstitucional”, para investigar as relações entre inconstitucionalidade e coisa julgada, bem como as repercussões que esta corrente doutrinária teve sobre a legislação. Em sequência, se investigou como se operam os efeitos das decisões de inconstitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como se há algum óbice constitucional para o estabelecimento de uma hipótese de ação rescisória fundada em posterior decisão do Supremo Tribunal Federal. Após tais análises, adentrou-se propriamente nos limites interpretativos da ação rescisória dos arts. 525, §15 e 535, §8º, ocasião na qual se propôs interpretação que estivesse em consonância com as exigências da segurança jurídica, limitando seu âmbito de incidência. Por fim, analisou-se como a modulação de efeitos influencia na ação rescisória sob análise, bem como a possibilidade de que essa técnica de manipulação temporal das decisões seja usada não somente pelo STF, mas também pelo tribunal ordinário que fizer o julgamento da demanda rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Ação rescisória; coisa julgada; decisão de inconstitucionalidade; modulação de efeitos; segurança jurídica; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This work seeks to analyse the rescission action based on subsequent unconstitutionality decision by the Federal Supreme Court which is in art. 525, § 15 and art. 535, §8º, Code of Civil Procedure, searching to analyse its interpretative and temporal limits. To achieve this goal, it was searched to identify the contemporaneous dimensions of legal certainty, which is not a principle based on an *all-or-nothing* idea, but that brings a requirement of calculability, reliability and knowability. Given these dimensions of legal certainty, it was identified how they are related with *res judicata*, especially with regard to preclusive efficacy. After this, it was studied the atypical relativization of “unconstitutional *res judicata*” theory, to investigate how the unconstitutionality and the *res judicata* are related, and also the repercussions that this doctrinal current had on legislation. It was also investigated how do the effects of the unconstitutionality decision operate in the Brazilian legal system, as well if there is any constitutional obstacle to the establishment of a hypothesis of rescission action based on a subsequent decision of the Federal Supreme Court. After these analyses, the interpretative limits of the rescission action of art. 525, §15 and 535, §8º, Code of Civil Procedure were properly investigated, occasion in which it was proposed an interpretative possibility that was in line with the principle of legal certainty, limiting its scope of incidence. Finally, it was analysed how the effects modulation influences in this rescission action, as well the possibility that this technique may be used not only by the Federal Supreme Court, but also by the ordinary court that makes the judgment of the rescission demand based on subsequent unconstitutionality decision.

Key-words: Rescission action; *res judicata*; unconstitutionality decision; effects modulation; legal certainty; Federal Supreme Court.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	12
1. COISA JULGADA NA TEORIA DAS ESTABILIDADES PROCESSUAIS E SUA RELAÇÃO COM A SEGURANÇA JURÍDICA.....	17
1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS E DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO CAPÍTULO.	17
1.2. DEFINIÇÃO DE COISA JULGADA.....	17
1.3. EFICÁCIAS DA COISA JULGADA.	22
1.3.1. Eficácias negativa e positiva.	22
1.3.2. Eficácia preclusiva.	25
1.3.2.1. O “julgamento implícito” das questões deduzidas e dedutíveis e a irrelevância de questões.	26
1.3.2.2. A proibição de se proferir decisões incompatíveis com a decisão acobertada pela coisa julgada.	30
1.3.2.3. A eficácia preclusiva nas demais estabilidades.	32
1.3.2.4. Análise crítica sobre os limites da eficácia preclusiva da coisa julgada. ...	34
1.4. A COISA JULGADA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	36
1.4.1. Segurança jurídica como certeza absoluta: análise da segurança jurídica enquanto um conceito tudo-ou-nada.	38
1.4.2. Dimensões contemporâneas da segurança jurídica.	41
1.4.2.1. A dimensão subjetiva da segurança jurídica: o princípio da proteção da confiança.....	45
1.4.3. Coisa julgada e seus efeitos como meios para a tutela da segurança jurídica.	47
1.5. O STATUS CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA.....	51
1.6. COISA JULGADA E GRADAÇÕES DIVERSAS DE ESTABILIDADE.....	54
1.6.1. Coisa julgada e preclusão.....	55
1.6.2. Coisa julgada formal e material.	60
1.6.2.1. Art. 486, §1º, CPC/2015, e o maior grau de estabilidade das decisões terminativas.	62
1.6.3. Os diversos níveis de estabilidade decisão de mérito.....	67
1.6.3.1. Estabilidade da coisa julgada e ação rescisória.....	70
1.6.3.2. Estabilidade da coisa julgada e tribunais supranacionais.	74
1.7. CONCLUSÕES PARCIAIS.....	78
2. TEORIA DA RELATIVIZAÇÃO ATÍPICA DA “COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL”.....	81
2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS E DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO CAPÍTULO.....	81
2.2. ORIGEM DA CORRENTE DOUTRINÁRIA.....	81
2.3. REPAROS TERMINOLÓGICOS.....	83
2.4. JUSTIFICATIVAS PARA A DESCONSTITUIÇÃO ATÍPICA DA “COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL”.....	84
2.4.1. “Coisa julgada inconstitucional” como ato jurídico inexistente.....	84

2.4.1.1. Elementos mínimos de existência do processo.....	86
2.4.1.2. Análise da possibilidade de se considerar a coisa julgada inexistente em caso de aplicação de norma inconstitucional.....	91
2.4.2. Tese da coisa julgada como uma noção meramente processual.	96
2.4.3. “Coisa julgada inconstitucional” e sua relativização com base no princípio da proporcionalidade.	98
2.4.3.1. A coisa julgada como uma condição necessária do discurso jurídico. ...	100
2.4.3.2. A imponderabilidade da segurança jurídica.	102
2.4.4. Análise crítica da teoria da relativização atípica da “coisa julgada inconstitucional”.	106
2.5. REFLEXOS DA DOUTRINA DA RELATIVIZAÇÃO ATÍPICA DA COISA JULGADA NA LEGISLAÇÃO.	109
2.5.1. O art. 741, parágrafo único, Código de Processo Civil de 1973.	110
2.5.1.1. Possibilidade de apresentar embargos à execução com base em decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade.	115
2.5.1.2. Possibilidade de apresentar embargos à execução com base em posterior decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.	117
2.5.1.3. Aplicação às execuções em geral e o art. 475-J, §1º do Código de Processo Civil de 1973.	119
2.6. REFLEXOS DA DOUTRINA DA RELATIVIZAÇÃO ATÍPICA DA “COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL” NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	120
2.7. CONCLUSÕES PARCIAIS.....	122
3. EFICÁCIA RETROATIVA DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SOBRE A COISA JULGADA.....	126
3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS E DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO CAPÍTULO.....	126
3.2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	126
3.2.1. Modelo difuso/estadunidense de controle de constitucionalidade.....	128
3.2.2. Modelo concentrado/austriaco de controle de constitucionalidade.	131
3.2.3. Modelos de controle de constitucionalidade na Europa: breve análise dos sistemas alemão e italiano.	134
3.3. MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	136
3.3.1. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade no direito brasileiro.	139
3.3.2. Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.....	141
3.3.2.1. A suspensão da norma inconstitucional pelo Senado com a atual sistemática do controle difuso.....	151
3.4. A RETROATIVIDADE DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SOBRE A COISA JULGADA NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	154
3.4.1. Direito alemão.	154
3.4.2. Direito italiano.	157
3.4.3. Direito português.	160
3.5. A RETROATIVIDADE DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SOBRE A COISA JULGADA NO DIREITO BRASILEIRO E O ART. 525, §15, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	162
3.5.1. Argumentos contrários à retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada.	163

3.5.1.1. A retroatividade como uma violação a um legítimo juízo difuso de constitucionalidade.	163
3.5.1.2. Violação ao princípio da segurança jurídica.	169
3.5.1.2.1. Tensão entre segurança jurídica e isonomia.	171
3.5.1.3. A retroatividade da decisão de inconstitucionalidade e a multiplicidade de interpretações igualmente razoáveis.	175
3.5.1.3.1. A Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal.	177
3.5.1.4. A retroatividade como uma violação à eficácia preclusiva da coisa julgada.	182
3.5.1.5. A analogia com a irretroatividade legislativa.	183
3.5.1.6. A ausência de função de uniformização na ação rescisória.	186
3.6. EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO STF SOBRE AS RELAÇÕES DE TRATO CONTINUADO REGULADAS POR DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO.	188
3.6.1. Características gerais das relações de trato continuado e a formação de coisa julgada.	189
3.6.2. A necessidade de manejo de ação rescisória ou revisional em caso de posterior decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade.	192
3.7. CONCLUSÕES PARCIAIS.	197
4. LIMITES INTERPRETATIVOS DA AÇÃO RESCISÓRIA DOS ARTS. 525, §15, E 535, §8º, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.	201
4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS E DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO CAPÍTULO.	201
4.2. TÉCNICAS DAS DECISÕES PROFERIDAS EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA RELAÇÃO COM A RESCINDIBILIDADE.	201
4.2.1. Declaração de constitucionalidade/inconstitucionalidade e reconhecimento incidental de constitucionalidade/inconstitucionalidade.	202
4.2.2. Interpretação conforme à Constituição.	207
4.2.3. Não recepção da norma anterior à vigência da atual Constituição Federal.	209
4.2.4. Inconstitucionalidade superveniente decorrente de alterações das relações sociais e as normas ainda constitucionais.	211
4.2.5. Violação à convenção internacional.	214
4.3. Limites temporais dos arts. 525, §15 e 535, §8º, Código de Processo Civil.	217
4.3.1. Suposta rescindibilidade ad infinitum da coisa julgada com base em decisão de inconstitucionalidade.	217
4.3.2. Propostas de limitação do prazo para ajuizamento da ação rescisória.	220
4.3.2.1. Possibilidade de se propor ação rescisória caso a decisão de inconstitucionalidade seja proferida enquanto perdurar a pretensão executiva.	223
4.3.2.1.1. Impossibilidade de rescisão de parcela já executada da decisão.	231
4.3.2.1.2. Necessidade de que esteja pendente a fase do cumprimento de sentença.	232
4.3.2.1.3. Eficácias das decisões e possibilidade de se propor ação rescisória.	235

4.4.	Nível de vinculação necessário entre a norma inconstitucional e a decisão para se rescindir a coisa julgada.	242
4.5.	Relações entre o art. 525, §15, e o art. 966, V, Código de Processo Civil.	249
4.5.1.	Possibilidade de convergência de prazos rescisórios diversos.	252
4.5.2.	Coisa julgada, litispendência e conexão entre as duas modalidades de ação rescisória.	254
4.6.	Conclusões parciais.	257
5.	MODULAÇÃO DE EFEITOS E RESCINDIBILIDADE DA DECISÃO QUE APLICA NORMA CUJA INCONSTITUCIONALIDADE É POSTERIORMENTE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.	261
5.1.	CONSIDERAÇÕES INICIAIS E DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO CAPÍTULO.	261
5.2.	MODULAÇÃO DE EFEITOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.	261
5.2.1.	Espécies de modulação de efeitos realizada pelo Supremo Tribunal Federal e rescindibilidade.	265
5.3.	MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CASO CONCRETO E PRESERVAÇÃO DA COISA JULGADA.	267
5.4.	POSSÍVEIS CRITÉRIOS PARA MODULAÇÃO DE EFEITOS IN CONCRETO.	271
5.4.1.	Boa-fé.	275
5.4.2.	Prática de atos executivos tendentes à satisfação do crédito.	279
5.4.3.	Satisfação de parcela considerável da obrigação exequenda.	281
5.4.4.	Decurso considerável do tempo.	282
5.4.5.	Superação de antigo entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal.	284
5.4.5.1.	Posicionamento extraído de precedentes persuasivos e doutrina majoritária.	288
5.4.6.	Pendência de recurso extraordinário ou ação de controle concentrado de constitucionalidade versando sobre a matéria quando do trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir.	289
5.4.7.	Apreciação em conjunto dos critérios.	290
5.5.	MODULAÇÃO PARA ALÉM DAQUILO QUE JÁ FOI DECIDIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.	293
5.6.	PONDERAÇÃO IN CONCRETO NOS CASOS EM QUE HOVER FORMAÇÃO GRADUAL DA COISA JULGADA.	295
5.7.	MODULAÇÃO DE EFEITOS COMO UM INCREMENTO À CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 525, §15, E 535, §8º, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.	297
5.8.	CONCLUSÕES PARCIAIS.	299
	CONCLUSÃO.	303
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	309

Introdução.

O presente trabalho possui como objeto a relação entre as decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal e os provimentos jurisdicionais que já tenham transitado em julgado, tendo havido aplicação da norma que posteriormente foi reputada como incompatível com a Constituição Federal pela Corte Constitucional.

Especificamente, pretende-se investigar a possibilidade de se propor ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade, o que ganha especial relevo quando se observa as previsões dos arts. 525, §15 e 535, §8º, Código de Processo Civil.

Esses dispositivos aumentaram consideravelmente o espectro de cabimento da ação rescisória. O primeiro prevê que, caso após o trânsito em julgado de determinada decisão o STF repute como inconstitucional uma norma aplicada naquele processo, surgirá para o jurisdicionado a possibilidade de manejar ação rescisória. O segundo dispositivo, por sua vez, consiste em uma reprodução do primeiro, mas voltado, especificamente, às demandas em que a Fazenda Pública figure como parte.

Todavia, essa hipótese de ação rescisória vem sendo objeto de amplas críticas doutrinárias, por diversos argumentos. Sustenta-se, por exemplo, que, ao se permitir que a coisa julgada seja desconstituída com base em posterior decisão do STF, estar-se-ia, em última análise, violando um legítimo juízo difuso de constitucionalidade feito pelo órgão jurisdicional no caso concreto.¹

Também se argumenta que, ao se permitir a propositura de ação rescisória com base em posterior decisão do STF, estar-se-ia violando a eficácia preclusiva da coisa julgada², na medida em que esta tem por escopo tornar irrelevantes as questões que poderiam ter sido apreciadas em um determinado processo, dentre as quais se encontra a eventual inconstitucionalidade de uma norma.

É importante observar, porém, que há, na doutrina, autores que sustentaram por muito tempo uma posição praticamente contrária à intangibilidade da coisa julgada quando houvesse a aplicação de norma inconstitucional. Argumentava-se, por exemplo, que a decisão transitada

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: art. 525, §§12, 13, 14 e 15 do CPC/2015*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 105.

² MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade...*, p. 60.

em julgado, tal como todo e qualquer ato do Poder Público, sempre poderia ser desconstituída em razão do posterior reconhecimento da inconstitucionalidade de determinada norma.³

A corrente doutrinária que propõe uma ampla relativização da coisa julgada em caso de aplicação de norma inconstitucional, porém, recebe críticas de diversos setores da doutrina, até mesmo daqueles que não são contrários a algum grau de flexibilização das decisões transitadas em julgado. Isso porque a doutrina que permite uma larga revisão dos provimentos que aplicam normas inconstitucionais não estaria levando em consideração as peculiaridades e os princípios envolvidos concretamente.⁴

Mas, para além do espectro da relativização da coisa julgada com base em princípios concretamente considerados, o legislador optou, ainda sob a égide do CPC/1973, por permitir que decisões que tenham aplicado normas reputadas como inconstitucionais pelo STF fossem atacadas por meio de embargos à execução movidos pela Fazenda Pública (art. 741, parágrafo único). Posteriormente, de forma mais ampla, o art. 475-L, §1º, passou a permitir a arguição da inexigibilidade do título por aplicação de norma inconstitucional na impugnação ao cumprimento de sentença como um todo, sem restrições no que diz respeito às partes envolvidas.

No diploma então vigente, todavia, não havia previsão expressa a respeito do momento em que a inconstitucionalidade deveria ter sido reconhecida pelo STF para ensejar o cabimento de embargos à execução ou da impugnação ao cumprimento de sentença. Dessa forma, a doutrina controvertia a respeito de quando a declaração de inconstitucionalidade deveria ser proferida para que fosse possível manejar esse mecanismo de impugnação.⁵

Com a disposição dos arts. 525, §15 e 535, §8º, CPC/2015, o cenário modificou-se drasticamente, na medida em que estes são claros ao estabelecer o cabimento de ação rescisória quando a decisão de inconstitucionalidade for proferida posteriormente ao trânsito em julgado do pronunciamento que se pretende rescindir; em caso de inconstitucionalidade anterior ao

³ THEODORO JR, Humberto; DE FARIA, Juliana Cordeiro. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista dos Tribunais*, 2002. p. 124.

⁴ Criticando a excessiva relativização da coisa julgada: TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 462.

⁵ Nesse sentido, posicionando-se favoravelmente ao cabimento de embargos com base em posterior decisão do STF: ZAVASKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. vol. 125. *Revista de processo*, 2005. p. 4. Por outro lado, entendendo que apenas a decisão anterior do STF teria aptidão para ensejar o cabimento de embargos à execução: MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 127.

trânsito em julgado, por outro lado, poderá o executado manejar impugnação ao cumprimento de sentença (arts. 525, §12 e 535, §5º).

Para além das discussões a respeito da legitimidade constitucional de uma norma que possibilita a desconstituição da coisa julgada com base em posterior decisão de inconstitucionalidade do STF, o prazo para a propositura da ação rescisória também é amplamente criticado pela doutrina. Isso porque os dispositivos que versam a esse respeito estabelecem que o termo inicial do prazo para propositura dessa demanda seria o trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal, e não do próprio provimento jurisdicional que se pretende rescindir.

Haveria, com isso, pela interpretação de parte da doutrina, um prazo que não tem uma limitação temporal pré-estabelecida, o que acabaria por gerar um cenário de grande incerteza para o jurisdicionado⁶. Ter-se-ia, por consequência, uma violação ao princípio da segurança jurídica. E isso, em certa medida, acabaria indo de encontro àquilo que se entende no geral em relação aos escopos da coisa julgada, pois esta tem por finalidade fazer prevalecer a segurança jurídica em detrimento de se permitir a rediscussão indefinida de decisões judiciais, mesmo que, para isso, sejam preservados provimentos injustos.⁷

Todavia, não se pode negar que, embora seja uma estabilidade elevada, a coisa julgada não confere ao jurisdicionado uma situação de certeza absoluta, pois a própria previsão legal e constitucional da ação rescisória permite chegar à conclusão diversa, na medida em que a *res judicata* pode ser afastada, com base em critérios pré-estabelecidos pelo direito positivo, para que sejam preservadas outras normas jurídicas, muitas vezes de estatuta constitucional⁸. Não se nega, tampouco, que o princípio da segurança jurídica não se coloca como uma exigência de certeza absoluta.⁹

Assim, mesmo se tratando de uma hipótese de revisão da coisa julgada, a ação rescisória prevista nos arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC, pode ser dotada de constitucionalidade, desde que haja balizas bem definidas para seu cabimento, que permitam que o princípio da segurança jurídica seja devidamente preservado.¹⁰

⁶ FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidade, limites e parâmetros*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 269.

⁷ BARBOSA MOREIRA, Considerações sobre a chamada “relativização da coisa julgada material”. In: *Revista Forense Dialética Processual*. v. 377. Rio de Janeiro, 2005. p. 244-247.

⁸ BARBOSA MOREIRA, Considerações sobre a chamada “relativização da coisa julgada material”..., p. 225.

⁹ GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità*. Torino: Giappichelli Editore, 2005. p. 02.

¹⁰ Talamini adota uma posição, com base nos próprios elementos do texto legal, que, ao que parece, permite a preservação do princípio da segurança jurídica, conforme será analisado ao longo do presente trabalho, em especial

O presente trabalho, portanto, tem por escopo investigar os limites interpretativos dos arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC, a fim de identificar balizas do direito positivo que permitam limitar o cabimento da demanda rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade, de modo a preservar o princípio da segurança jurídica.

Trata-se de pesquisa que se justifica pelo fato de haver amplo dissenso doutrinário a respeito de como limitar o cabimento da modalidade de ação rescisória em questão, e, ao mesmo tempo, impedir que o jurisdicionado esteja submetido a um cenário de completa incerteza, sem saber a partir de quando a decisão transitada em julgado não poderá mais ser objeto de impugnação.

A presente pesquisa se insere na área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, isto é, “Justiça, Processo e Constituição”, bem como com na linha de pesquisa “Sistemas de Justiça, Constitucionalidade e Tutelas de Direitos Individuais e Coletivos”. Isso se observa na medida em que o trabalho buscará analisar dispositivos que permitem o ajuizamento de ação rescisória com fulcro em declaração de inconstitucionalidade posterior ao trânsito em julgado da decisão impugnada.

É possível verificar, portanto, que a presente dissertação passará por um instituto processual de envergadura constitucional, qual seja, a coisa julgada, além de investigar uma de suas hipóteses de desconstituição, o que, invariavelmente, deve ser realizado à luz da Constituição Federal.

Para atingir aquilo que se pretende, o trabalho é dividido em um total de cinco capítulos.

No Capítulo 01, será investigada a relação entre segurança jurídica, coisa julgada e as estabilidades processuais como um todo. Com base nas ideias desenvolvidas, pretende-se identificar quais são as exigências que o princípio da segurança jurídica impõe e, além disso, como essas se operacionalizam na estabilidade da coisa julgada.

Em sequência, no Capítulo 02, será analisada a teoria da relativização atípica da “coisa julgada inconstitucional” e seus impactos na legislação pátria. Essa investigação mostra-se necessária, na medida em que essa corrente doutrinária teve fortes impactos na inserção dos

no que diz respeito ao Capítulo 04: TALAMINI, Eduardo. Os pronunciamentos do STF sobre questões constitucionais e sua repercussão sobre a coisa julgada (impugnação ao cumprimento de sentença do título executivo inconstitucional e a regra sobre prazo de ação rescisória). In: DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. (Coord.). Coisa julgada e outras estabilidades processuais. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. vol. 12. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 379.

arts. 741, parágrafo único, e 475-L, §1º, CPC/1973 na ordem jurídica brasileira, os quais, por sua vez, trouxeram reflexos diretos nos arts. 525, §15 e 535, §8º, CPC/2015.

No Capítulo 03, serão investigados os efeitos das decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal e, para além disso, se os mandamentos constitucionais, de alguma maneira, limitam a possibilidade de que tais provimentos atinjam as coisas julgadas já formadas.

Posteriormente, no Capítulo 04, pretende-se investigar, especificamente, os limites interpretativos dos arts. 525, §15 e 535, §8º, CPC. Para tanto, serão analisadas as técnicas decisórias do STF e sua relação com a rescindibilidade, bem como os limites temporais do cabimento dessa modalidade de ação rescisória.

Por fim, no Capítulo 05, serão analisadas as relações entre a modulação de efeitos e a rescindibilidade das decisões transitadas em julgado. Esse capítulo se mostra necessário pelo fato de que a técnica de manipulação de efeitos pode afastar a possibilidade de desconstituição da coisa julgada e, além disso, é suscitado por parte da doutrina a possibilidade de que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade sejam, por vezes, modulados *in concreto*, o que poderia ensejar o afastamento da ação rescisória por decisão do órgão jurisdicional ordinário.

1. Coisa julgada na teoria das estabilidades processuais e sua relação com a segurança jurídica.

1.1. Considerações iniciais e delimitação do objeto do capítulo.

O presente capítulo tem por finalidade fixar conceitos que serão importantes para o desenvolvimento do trabalho e, conseqüentemente, servirão como bases para os capítulos subsequentes.

Em um primeiro momento, buscar-se-á definir o conceito de coisa julgada que será adotado no presente trabalho, bem como se analisará sua eficácia preclusiva, a qual terá especial relevância para o desenvolvimento de algumas das ideias desta dissertação.

Posteriormente, será analisada a relação entre o instituto da coisa julgada e o princípio da segurança jurídica, tendo como norte a ideia de que aquela se coloca no ordenamento jurídico como um instrumento de concretização deste último. Também se investigará quais facetas da segurança jurídica são preservadas ou fortalecidas por meio da *res judicata*.

Por fim, será analisado o posicionamento do instituto da coisa julgada na teoria das estabilidades processuais, bem como se investigará a possibilidade de haver um gradual aumento da estabilização da decisão de mérito transitada em julgado, o que acaba se relacionando com os institutos da eficácia preclusiva e da ação rescisória.

1.2. Definição de coisa julgada.

A coisa julgada é tradicionalmente entendida pela doutrina como o instituto que confere uma condição de imutabilidade às decisões judiciais de mérito, tendo o trânsito em julgado como momento de sua formação. A partir do esgotamento das vias recursais, a decisão acobertada por coisa julgada não poderia mais ser modificada em um processo subsequente.¹¹

Porém, a exata definição do que seria a imutabilidade das decisões de mérito transitadas em julgado é objeto de relativa controvérsia doutrinária. O embate doutrinário a esse respeito, no Brasil, já é considerável desde a primeira metade do século XX, havendo uma série de divergências no que tange ao seu objeto, bem como de seus efeitos.

Nesse sentido, é necessário que se destaque que a construção e o desenvolvimento dogmático do conceito de coisa julgada que atualmente é adotado pela doutrina no Brasil foi

¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). Revista Forense comemorativa - 100 anos, t. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 191-192.

consideravelmente influenciado pela obra de Enrico Tullio Liebman. É importante pontuar, antes de adentrar na definição de *res judicata* delineada pelo autor italiano, que esta foi, em grande medida, pautada em uma discordância em relação à concepção até então adotada sobre o instituto.

Para Liebman, a construção doutrinária referente à coisa julgada até então desenvolvida encontrava-se equivocada, pois se enxergava nesta estabilidade um *efeito da sentença* atrelado, especificamente, à *eficácia declaratória* da decisão, de modo a tornar apenas esta última imutável.¹²

Havia, por parte da doutrina, ainda, uma associação entre a imperatividade da decisão judicial e sua imutabilidade¹³⁻¹⁴, de modo que, enquanto fosse passível de recurso, a sentença não seria apta a produzir efeitos, razão pela qual a própria coisa julgada seria um dos efeitos da decisão. Os efeitos que o legislador eventualmente admita que a decisão produza antes do trânsito em julgado seriam, para esta linha doutrinária, “meras antecipações”, as quais não teriam aptidão para demonstrar que a imperatividade da decisão é anterior à sua estabilização.¹⁵

Em reação à doutrina majoritária de sua época, Liebman defendeu que a *res judicata* não deveria ser definida como um efeito da decisão, mas sim como “uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos”.¹⁶⁻¹⁷ Ao defini-la dessa forma, Liebman pretendia

¹² É comum ver parte da doutrina definindo a coisa julgada como um efeito da sentença, como se observar, por exemplo, na obra de Chiovenda, quando o autor afirma que este instituto consiste na “eficácia propia de la sentencia que acoge o rechaza la demanda” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa juzgada y preclusión*. In: Ensayos de derecho procesal civil, t. III. Buenos Aires: EJE, 1949. p. 269-270.). No mesmo sentido, Falzea sustenta que a coisa julgada “si identifica con l’effetto di accertamento” (FALZEA, Angelo. *Efficacia giuridica*. In: Enciclopedia del diritto. v. XIV. Milão: Giuffrè, 1965. p. 506). Na doutrina brasileira, Celso Neves defendia que a coisa julgada seria “o efeito da sentença definitiva sobre o mérito da causa que, pondo termo final à controvérsia, faz imutável e vinculativo, para as partes e para os órgãos jurisdicionais, o conteúdo declaratório da decisão” (NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*. São Paulo: Dissertação de concurso à cátedra de direito judiciário civil da Universidade de São Paulo, 1970. p. 443).

¹³ Nesse ponto, Carnelutti entendia a coisa julgada como um efeito da sentença, apta a conferi-la imperatividade, afirmando o autor que “cosa giudicata cioè autorità della sentenza non è altro che quel modo di essere che la legge le attribuisce, cioè il suo valere *pro veritate* o meglio il suo valere come legge” (CARNELUTTI, Francesco. *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*. *Rivista di diritto processuale civile*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1935. p. 205-206.)

¹⁴ Essa associação é notória na obra de Guilherme Estelita, que define a coisa julgada como “a eficácia do conteúdo da sentença, isto é, da solução que ella deu à controversia suscitada, é o seu efeito característico como acto jurisdiccional”. Em sequência, afirma o autor que a coisa julgada consistiria “na obrigatoriedade da sentença”, demonstrando, portanto, uma forte correlação entre os fenômenos da imperatividade e da imutabilidade da decisão (ESTELITA, Guilherme. *Direito de acção. Direito de demandar*. Rio de Janeiro: Tese de concurso para concorrer à livre docência da cadeira de Direito Judiciário Civil da Universidade do Rio de Janeiro, 1933. p. 10-11).

¹⁵ NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*..., p. 448.

¹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 06.

¹⁷ É possível verificar adesão à essa definição de coisa julgada por parte da doutrina italiana, como se verifica na obra de Fazzalari, quando o autor afirma que “l’autorità di giudicato, si profila, più esattamente, come un attributo degli effetti della sentenza, il quale deriva dalla ripetuta situazione processuale: esaurimento dei poteri delle parti

dissociá-la dos demais efeitos da sentença, isto é, de suas eficácias declaratória, constitutiva e condenatória, as tratando como fenômenos diversos.¹⁸⁻¹⁹

A concepção de Liebman leva à conclusão de que a coisa julgada não agrega conteúdo algum à decisão judicial, mas apenas lhe confere uma condição de imutabilidade, atingindo, também, seus efeitos.

Tal ideia, contudo, não ficou livre de críticas doutrinárias, pois, como aponta Barbosa Moreira, os efeitos da sentença, em si, são mutáveis²⁰. É o que ocorre, por exemplo, com os efeitos da sentença condenatória, os quais desaparecem com a sua execução ou com o cumprimento voluntário da obrigação. O mesmo ocorre com a sentença de divórcio, cuja eficácia é constitutiva negativa, que pode ter seus efeitos exauridos caso as partes voltem a se casar.

Nessa linha de raciocínio, o que se tornaria imutável, na verdade, seria a norma jurídica concreta veiculada na sentença, isto é, o comando proferido pelo magistrado, ao julgar as pretensões deduzidas pelas partes²¹. Os efeitos da decisão, por outro lado, teriam ampla possibilidade de virem a ser modificados.²²

e dei doveri dei giudici" (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 5. ed. Padova: CEDAM, 1989. p. 438)

¹⁸ Liebman afirma que, ao equiparar a coisa julgada a um efeito da sentença, tal como as eficácias declaratória, constitutiva e condenatória, a doutrina majoritária estaria colocando "no mesmo plano, coisas diversas" (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença...*, p. 18).

¹⁹ É bem verdade que, conforme aponta Antonio do Passo Cabral, dizer que a coisa julgada não é um efeito da sentença não implica na impossibilidade absoluta de enxergá-la como um efeito de outro instituto, ou seja, não é impossível vislumbrar na *res judicata* um produto de uma causa específica. Para Cabral, seria possível dizer que a coisa julgada é um "efeito sistêmico", oriundo do trânsito em julgado (CABRAL, Antonio do Passo. Alguns mitos do processo [II]: Liebman e a coisa julgada. In: DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. [Coord.]. Coisa julgada e outras estabilidades processuais. In: DIDIER JR., Fredie. [Coord. Geral]. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. vol. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 459-487).

²⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. Temas de direito processual – Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 109.

²¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada...*, p. 109.

²² É importante notar que, embora Elio Fazzalari adote a concepção de Liebman, definindo a coisa julgada como "un atributo degli effetti della sentenza", o mesmo autor afirma que a imutabilidade oriunda da *res judicata* apenas impediria a modificação dos efeitos da sentença "per mano di giudice", pois as posições jurídicas substanciais disponíveis poderiam ser modificadas, de modo que os efeitos da decisão seriam imutáveis apenas para o magistrado. Assim, mesmo adotando a definição de coisa julgada de Liebman, o autor se aproxima, em certa medida, da definição desenvolvida por Barbosa Moreira, de modo que as partes de um processo poderiam, por exemplo, convencionar que a forma de pagamento de uma determinada condenação se dê de forma diversa daquela prevista no comando decisório transitado em julgado (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale...*, p. 441).

As críticas de Barbosa Moreira foram encapadas pela doutrina majoritária no Brasil²³, que passou a entender a coisa julgada como uma qualidade do comando ou da norma jurídica concreta contida na sentença, de modo a torná-la imutável.

Todavia, é importante observar que parte da doutrina brasileira, mesmo após as ideias desenvolvidas por Liebman e lapidadas por Barbosa Moreira, continuou a entender que a coisa julgada teria seu âmbito de incidência limitado à eficácia declaratória. Nesse sentido, Ovídio Baptista sustentava que as eficácias constitutiva e condenatória poderiam eventualmente vir a desaparecer. O pagamento de um débito, por exemplo, faria com que não mais subsistisse esta última. A eficácia declaratória, por outro lado, seria a única passível de se tornar imutável, razão pela qual consistiria no “núcleo e essência da coisa julgada material”.²⁴

De toda sorte, mesmo havendo uma divergência no que tange aos aspectos conceituais, parece que, em certa medida, há uma confluência entre a doutrina de Barbosa Moreira e Ovídio, pois ambos enxergam a possibilidade de que os efeitos da decisão judicial não perdurem eternamente, podendo ser modificados ou extintos em razão de circunstâncias que lhes sobrevenham. O conteúdo declaratório que, em última análise, é o que adquire imutabilidade para Ovídio Baptista, em muito se assemelha àquilo que Barbosa Moreira classifica como norma jurídica, sendo esses elementos dotados de imutabilidade e distintos dos efeitos da sentença.²⁵

Esse ponto de contato entre as duas perspectivas pode ser constatado quando se observa que Ovídio Baptista afirma que, ao emanar um comando com conteúdo condenatório ou constitutivo, o magistrado precisa, antes, declarar a incidência de uma norma geral e abstrata ao caso concreto (ou, nas palavras do autor, realizar um “juízo de subsunção”). Desse modo, ao

²³ A incorporação da definição de Barbosa Moreira, porém, nada mais seria do que a adoção da tese de Liebman, mas com os devidos reparos terminológicos, uma vez que ambas as correntes se equivalem em termos de conteúdo. Isso se verifica na medida em que a construção do autor italiano tinha por escopo distinguir os efeitos da sentença do instituto que lhe atribuía uma condição de imutabilidade, o que em momento algum é negado por Barbosa Moreira. Nesse sentido: CABRAL, Antonio do Passo. *Alguns mitos do processo (II): Liebman e a coisa julgada*. In: DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. (Coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. vol. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 459-487; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 36-37.

²⁴ Ovídio Baptista chega a afirmar que, com o pagamento, a relação de crédito desaparece, mas “o efeito ‘certificativo’ contido na declaração sentencial, indiscutivelmente perdura” (DA SILVA, Ovídio Araujo Baptista. *Sentença e coisa julgada*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 209).

²⁵ Thiago Ferreira Siqueira, nessa ordem de ideias, sustenta que a divergência entre Ovídio e Barbosa Moreira seria terminológica, uma vez que “aquilo que este último reputava ser, *tout court*, o conteúdo da sentença – ou seja, a norma concreta nela contida – era, para o processualista gaúcho, seu elemento declaratório” (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada: objeto do processo e questões prejudiciais*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 400).

condenar o réu à realização de um determinado pagamento, o julgador deve, em um momento anterior, declarar que o autor tem o direito àquela prestação²⁶. Essa declaração parece ter o mesmo papel que a norma jurídica concreta possui na construção teórica de Barbosa Moreira.²⁷

Fica claro, diante desse cenário, que a tese de Ovídio, embora contenha diferenças do ponto de vista terminológico, de uma perspectiva prática não muito se distingue das ideias delineadas por Barbosa Moreira. Ambos os autores entendem que a coisa julgada não seria um mero efeito da sentença, mas algo que se forma sobre ela. Para além disso, também é possível constatar que, não obstante as divergências terminológicas, ambos acabam por sustentar que os efeitos da decisão judicial podem vir a ser extintos.²⁸

A norma jurídica concreta/comando de Barbosa Moreira e a eficácia declaratória de Ovídio, com isso, parecem desempenhar o mesmo papel, consistindo nos elementos acobertados pela coisa julgada, que não podem ser modificados após o advento do trânsito em julgado.

Pode-se dizer, com base nas ideias até então desenvolvidas, que é razoável definir a coisa julgada como uma qualidade da decisão de mérito, que torna imutável a norma jurídica concreta nesta contida, o que, em termos práticos, traz as mesmas consequências que se teria caso se adotasse a conceituação de Ovídio Baptista. Adota-se, portanto, para os fins deste trabalho, portanto, a definição de coisa julgada desenvolvida por Barbosa Moreira.

Não se deve perder de vista, contudo, que o Código de Processo Civil de 2015 redimensionou o instituto da coisa julgada, tendo passado a admitir sua formação em relação a questões prejudiciais que eventualmente sejam solucionadas na motivação de uma decisão de mérito. Para tanto, porém, é necessário que sejam observados os requisitos previstos no art. 503, §1º e §2º do diploma processual civil, o qual prevê pressupostos totalmente diversos

²⁶ DA SILVA, Ovídio Araujo Baptista. *Sentença e coisa julgada*..., p. 210.

²⁷ Lírio Hoffman, que adere à tese de Ovídio Baptista de que a coisa julgada recai sobre a eficácia declaratória da decisão, afirma que “a ideia de indiscutibilidade ínsita à coisa julgada não imuniza a sentença contra eventos supervenientes, mas resguarda, com toda força, a regra concretamente formulada à situação de fato e de direito que infundir a magistrado a julgar a demanda como julgou” (HOFFMANN JÚNIOR, Lírio. *A eficácia preclusiva da coisa julgada*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 272). Portanto, é possível concluir que os autores que, no Brasil, reagiram à construção de Barbosa Moreira, de certa forma, enxergavam na eficácia declaratória aquilo que o autor carioca denominava como norma jurídica concreta.

²⁸ Nesse sentido, Filipe Ramos Oliveira sustenta que, na essência, as duas teorias muito se aproximam, pois, em ambas, “a coisa julgada não é efeito da sentença, mas algo adjetivo que se produz sobre seu conteúdo (principalmente, como quis o processualista gaúcho, ou integralmente, como o carioca), tomando-o imutável, o que não se passa com os efeitos produzidos pelo ato sentencial, que, se o permitirem as regras de direito material, poderão ser modificados pelas partes ou, a despeito da vontade destas, pela ocorrência de fatos supervenientes. (OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questão prejudicial incidental: limites objetivos e subjetivos*. Londrina: Thoth, 2021. p. 54).

daqueles previstos para a formação de coisa julgada em relação à questão principal deduzida pelas partes em um determinado processo.²⁹

1.3.Eficácias da coisa julgada.

O estudo do instituto da coisa julgada impõe que se investigue suas eficácias, dentre as quais a doutrina, tradicionalmente, elenca três modalidades, quais sejam, a negativa, a positiva e a preclusiva. Será realizada, primeiramente, uma análise das funções positiva e negativa da coisa julgada, e, posteriormente, de sua eficácia preclusiva, uma vez que as duas primeiras são, em geral, tratadas em conjunto pela doutrina, enquanto a terceira acaba por possuir uma maior autonomia.

1.3.1. Eficácias negativa e positiva.

A eficácia ou função negativa consiste, segundo a doutrina tradicional, na proibição de que o Poder Judiciário volte a apreciar determinada questão que já foi, em um momento anterior, decidida em caráter principal e acobertada pela coisa julgada³⁰. Esse modo de enxergar tal faceta da estabilidade das decisões de mérito, porém, vem sofrendo alguns abrandamentos, uma vez que, com o regime da coisa julgada formada sobre questões prejudiciais (art. 503, §1º, CPC), passou-se a admitir que, em determinadas situações, não seria possível propor uma demanda quando seu objeto já houver sido decidido anteriormente, mesmo que incidentalmente.³¹

²⁹ Nesse sentido, a doutrina afirma que “são distintos os regimes jurídicos de formação da coisa julgada sobre o objeto do processo se comparado ao da resolução das questões prejudiciais” (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada...*, p. 498).

³⁰ Barbosa Moreira, escrevendo ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, sustentou que essa seria a correta interpretação da função negativa da coisa julgada, com base na exegese do art. 239 do diploma processual então vigente (que equivale ao art. 505 do Código de Processo Civil de 2015), o qual estabelecia que seria vedado ao magistrado “decidir novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide”. Com base nisso, o autor sustenta que a eficácia negativa não consistiria em uma mera “proibição de rejulgar diversamente”, mas sim uma vedação ao re julgamento em geral. O magistrado, com isso, ao se deparar com uma demanda que é afetada pelo óbice da eficácia negativa, deve extinguir o processo sem resolução do mérito, e não julgá-lo da mesma forma que o primeiro juiz julgou (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Instituto Mackenzie, 1967. p. 74). Na mesma ordem de ideias, Egas Moniz de Aragão argumenta que essa eficácia da coisa julgada traz para os magistrados o dever de “não julgar novamente lides solucionadas por sentença passada em julgado (MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Sentença e coisa julgada: exegese do Código de Processo Civil [arts. 444 a 475]*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 217).

³¹ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada: objeto do processo e questões prejudiciais...*, p. 404-405.

Caso se entendesse de forma diversa, o regime jurídico da coisa julgada formado sobre questão prejudicial teria uma redução de eficiência, razão pela qual, do ponto de vista da economia processual, entende-se como razoável atribuir eficácia negativa também a essa modalidade de *res judicata*.³²

Dessa forma, a eficácia negativa, de acordo com uma perspectiva contemporânea da coisa julgada, é entendida como a impossibilidade de se mover uma demanda quando seu objeto já houver sido decidido em um processo anterior e sobre a questão tenha se formado coisa julgada, seja pelo regime geral ou pelo regramento especial, previsto no art. 503, §1º, CPC.

No que tange à eficácia positiva da coisa julgada, tem-se que esta se caracteriza, doutrinariamente, como a obrigatoriedade de que o magistrado, quando estiver apreciando uma questão prejudicial que já foi decidida em um processo anterior – seja em caráter principal ou incidental –, a solucione da mesma forma que o primeiro julgador.³³

Liebman, porém, questiona a existência de uma eficácia positiva da coisa julgada, uma vez que a *res judicata* em si não agregaria qualquer conteúdo à decisão estabilizada, de modo que sua função se limitaria a “impedir todo juízo diferente que contradiga ou contraste os efeitos produzidos pela precedente sentença”. Desse modo, a função positiva seria, na verdade, “a eficácia natural da sentença”³⁴. Pela obra do autor italiano, se conclui que a eficácia positiva existiria independentemente da formação da coisa julgada.

Esta construção, contudo, não escapou de críticas doutrinárias de Eduardo Talamini, o qual defendeu que não seria possível reduzir a função positiva da *res judicata* à eficácia natural da sentença, pois esta última, sem a sua respectiva estabilização, não vincularia o Poder Judiciário em processos subsequentes.³⁵⁻³⁶

Outro argumento que se coloca como possível para se contrapor à tese de Liebman consiste no fato de que a função positiva, na verdade, seria, conforme leciona Barbosa Moreira,

³² Essa ideia dá ensejo à adoção de uma concepção de que a solução da questão prejudicial produz, em alguma medida, efeitos substanciais. Do ponto de vista da economia processual, parece a solução mais acertada, pois, do contrário, a parte que se beneficiar do juízo formado sobre uma questão prejudicial precisará, para se valer de seus efeitos, mover uma ação de caráter declaratório a qual, para ser julgada, levaria em consideração a questão prejudicial já acobertada pela coisa julgada (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada: objeto do processo e questões prejudiciais...* p. 404-405).

³³ Em razão da função positiva, o juiz deve, ao julgar uma demanda, “fazer valer a coisa julgada” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Sentença e coisa julgada...*, p. 217).

³⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença...*, p. 60-61.

³⁵ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 131.

³⁶ Entendendo de forma diversa e concordando com a tese de Liebman: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 183.

uma obrigatoriedade de que o magistrado insira a solução dada a uma questão em um processo anterior “na cadeia de seu raciocínio”, quando esta figurar na condição de prejudicial de um segundo processo. Haveria, dessa forma, uma simples vedação à repetição de julgamento, tal como impõe a eficácia negativa da *res judicata*.³⁷

A eficácia sob análise, com isso, não importaria ao magistrado a criação de uma norma jurídica propriamente nova, mas, apenas, impediria um “juízo diferente” em um segundo processo, mediante a incorporação da solução dada na decisão do primitivo processo à motivação do segundo.³⁸

Esse raciocínio permite que se conclua que a eficácia positiva não se reduz a um efeito da sentença, pois, em última análise, esta função depende da força estabilizante extraprocessual da decisão judicial.

A conceituação da função positiva como uma proibição de reiteração de juízos levou Barbosa Moreira até mesmo a sustentar que este efeito não é propriamente positivo, pois a incorporação da solução dada a uma questão em um primeiro processo no conteúdo do processo subsequente também consistiria em uma função negativa da coisa julgada, como uma simples vedação ao rejuízo. ³⁹

Em sentido semelhante, Nieva-Fenoll sustenta que as duas eficácias se confundem, de tal modo que as distinguir seria uma mera “dogmatização”, pois a coisa julgada seria “um conceito único, que tem por objeto evitar que juízos futuros desvirtuem juízos passados”.⁴⁰⁻⁴¹

Não obstante, mesmo a eficácia positiva também sendo uma proibição de rejuízo, não parece possível equipará-la de forma integral à função negativa da coisa julgada. Isso porque este último efeito da *res judicata* apenas impede que uma questão já julgada seja objeto,

³⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*..., p. 70-74.

³⁸ Anissara Toscan, contrapondo-se à tese de que a função positiva se confundiria com a eficácia natural da sentença, sustenta que tanto esta dimensão da coisa julgada, quanto sua função negativa, diriam respeito à própria *res judicata*, sendo esta encarada como “norma jurídica externa à sentença”, que se colocaria como um instrumento que “resguarda a sentença transitada em julgado” (TOSCAN, Anissara. *Coisa julgada revisitada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 316).

³⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*..., p. 70-74.

⁴⁰ NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada*. tradução: Antonio do Passo Cabral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 101-102.

⁴¹ Antonio do Passo Cabral, de maneira semelhante, sustenta que os efeitos em questão, de certo modo, produzem e teriam fins contraditórios, na medida em que a eficácia positiva importaria ao julgador uma “obrigação de consistência”, o que levaria a um “dever de incorporação do que foi decidido à segunda sentença”, enquanto a função negativa criaria uma “vedação ao rejuízo”. Em síntese, na concepção do autor, haveria uma contradição pelo fato de a função negativa proibir o julgamento, enquanto a função positiva criaria um dever de julgar, incorporando a primeira decisão à fundamentação da segunda (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*..., p. 180).

novamente, de decisão pelo Poder Judiciário na condição de questão principal. A função positiva, com isso, amplia a abrangência da estabilidade, de modo a vedar que aquilo que foi decidido em um primeiro processo seja apreciado de forma diversa na fundamentação da segunda decisão de mérito. Desse modo, a estabilidade de uma decisão judicial sem eficácia positiva certamente é reduzida.⁴²

A inexistência de coincidência absoluta entre as duas eficácias fica ainda mais latente quando se considera que há estabilidades que não possuem eficácia positiva, mas apenas negativa, o que demonstra que seus conteúdos não se confundem e que é possível, do ponto de vista lógico, que o legislador crie espécies de estabilidades que não contenham todos os efeitos que normalmente são atribuídos à coisa julgada.⁴³

É possível concluir, com base nas posições doutrinárias acima expostas, que a função negativa da coisa julgada seria a vedação de que uma questão que já foi decidida venha a ser novamente apreciada em um processo subsequente na condição de principal; a função positiva, por outro lado, consiste na imposição de que uma questão prejudicial, que já tenha sido decidida em um processo anterior – seja na condição de principal ou prejudicial⁴⁴ –, tenha sua primeira solução incorporada à cadeia decisória do segundo magistrado.

1.3.2. Eficácia preclusiva.

A eficácia preclusiva da coisa julgada se coloca, ao lado das funções positiva e negativa, como um mecanismo que busca garantir a estabilidade da decisão de mérito transitada em julgado. Por meio desse efeito, busca-se impedir que, após a estabilização da decisão, as partes venham a tentar modificá-la por meio de questões que foram deduzidas ou que poderiam ter sido deduzidas no processo.⁴⁵

⁴² Nesse sentido, Cintia Guedes sustenta que, sem esta eficácia “a estabilidade teria menor abrangência, pois ficaria limitada a impedir a repetição da mesma demanda, mas não se estenderia a outras demandas que tenham, com a primeira, uma relação de prejudicialidade ou dependência lógica” (GUEDES, Cintia Regina. *A estabilidade das decisões judiciais no direito processual civil brasileiro: uma proposta de estudo das estabilidades típicas e atípicas*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2022. p. 150).

⁴³ É o caso, por exemplo, da estabilidade prevista no art. 486, §1º, CPC/2015, uma vez que esta veda a repropositura de demanda que tenha sido, anteriormente, extinta sem resolução do mérito, mas não impõe a incorporação de seu conteúdo na fundamentação de decisões proferidas em outros processos (GUEDES, Cintia Regina. *A estabilidade das decisões judiciais no direito processual civil brasileiro*..., p. 151).

⁴⁴ A esse respeito, Ricardo Alexandre da Silva afirma que, com o regime de formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial, “para a concretização da eficácia positiva é irrelevante que a questão tenha sido suscitada como pedido” (DA SILVA, Ricardo Alexandre. *A nova dimensão da coisa julgada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 124).

⁴⁵ É possível verificar, já na obra de Chiovenda algumas ideias referentes à eficácia preclusiva da coisa julgada, tendo o autor afirmado que um dos alicerces da coisa julgada seria uma preclusão de questões, que impediria, com

A doutrina diverge, porém, no que diz respeito à definição dos limites da eficácia preclusiva da coisa julgada, havendo dissenso em relação ao significado dessa regra.

A seguir, se analisará a doutrina referente à eficácia preclusiva da coisa julgada e os limites que lhe são conferidos.

1.3.2.1. O “julgamento implícito” das questões deduzidas e dedutíveis e a irrelevância de questões.

Talvez uma das primeiras ideias que se coloca em relação à eficácia preclusiva da coisa julgada é a de que esta cria um julgamento implícito das questões deduzidas ou dedutíveis em um processo que transitou em julgado, formando coisa julgada material.

Essa concepção pode ser extraída, em um primeiro momento, da doutrina italiana, pela qual o “princípio da coisa julgada implícita” impediria que as partes deduzissem questões que poderiam ser deduzidas em um primeiro processo com aptidão para influenciar na solução do mérito, uma vez que todas as alegações com essa característica seriam implicitamente julgadas.⁴⁶⁻⁴⁷

o advento do trânsito em julgado, que fossem propostas novas questões ou, ainda, fossem repropostas questões anteriormente já apresentadas, que, de algum modo, visassem afetar a estabilidade formada (CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa juzgada y preclusión*. In: *Ensayos de derecho procesal civil*, t. III. Buenos Aires: EJE, 1949. p. 229). Barbosa Moreira afirma que “[a] eficácia preclusiva da coisa julgada manifesta-se no impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de incluir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos [coord.]. *Revista Forense comemorativa - 100 anos*, t. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 195). Para Falzea, a eficácia preclusiva teria por escopo “rimuove l’incertezza dovuta alla contestazione” (FALZEA, Angelo. *Efficacia giuridica*. In: *Enciclopedia del diritto*. v. XIV. Milão: Giuffrè, 1965. p. 503).

⁴⁶ Nesse sentido, a doutrina afirma que “il giudicato sostanziale sarebbe anche *implicito*, nel senso che coprirebbe il *dedotto e il deducibile*, quanto cioè le parti hanno espressamente richiesto, dedotto ed eccepito in giudizio, ma anche quanto avrebbero potuto richiedere, dedurre ed eccepire in relazione alla materia del contendere” (ARIETA, Giovanni; DE SANTIS, Francesco; MONTESANO, Luigi. *Corso base di diritto processuale civile*. 2. ed. Padova: CEDAM, 2005. p. 516). Carmelo Natoli fala em uma distinção entre o “principio del giudicato implicito” e o principio pelo qual “il giudicato copre il dedotto ed il deducibile”. O primeiro diria respeito a um óbice para que o réu venha a deduzir uma questão que poderia influenciar no julgamento de uma decisão já transitada em julgado, uma vez que este teria, no primeiro processo, “l’onere di proporre domanda di accertamento incidentale per far decidere con efficacia di giudicato (esplicito) una questione preliminare di merito idonea a convertirsi in lite pregiudiziale”. Por outro lado, o princípio de que a coisa julgada “copre il dedotto ed il deducibile” se manifesta pelo fato de o autor ter “l’onore di proporre domanda accessoria oppure domanda principale per dedurre nello stesso processo ripetivamente la lite accessoria o quella pregiudiziale rispetto alla lite dedotta” (NATOLI, Carmelo. Considerazioni sul criterio discrezionale tra giudicato implicito e giudicato sul deducibile. In: *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*. Milão: Giuffrè, 1979. p. 277).

⁴⁷ A coisa julgada implícita decorreria de uma “pregiudizialità logica, della quale scaturisce che la sentenza, con la quale viene deciso il mérito della questione proposta al giudicante, contiene anche l’accertamento implicito di tutte le questioni preliminare e di merito che rappresentano le premesse logiche indispensabili della pronuncia conclusiva di mérito” (CRISAFI, Marina; TRUNFIO, Eugenia. *L’azione e il giudicato: presupposti, condizione ed effetti*. Milão: Giuffrè, 2015. p. 133).

Mas essa ideia é vista com muitas ressalvas pela doutrina italiana, na medida em que não se trataria, propriamente, da formação de uma “coisa julgada implícita” sobre as questões deduzidas e dedutíveis, o que poderia, em última análise, configurar uma violação aos direitos de ação e de ampla defesa.⁴⁸

Para além disso, a ideia de “coisa julgada implícita” também é criticada, uma vez que o simples fato de que as questões deduzidas e dedutíveis não podem ser utilizadas para impugnar decisão transitada em julgado não implica em uma ampliação dos limites objetivos da coisa julgada. Haveria, apenas, um impedimento de que a decisão transitada em julgado viesse a ser rediscutida, seja com base em fundamentos já apreciados ou mesmo aqueles que não foram objeto de análise do julgador em um primeiro momento.⁴⁹⁻⁵⁰

Analisando a legislação pátria, é possível perceber que a eficácia preclusiva da coisa julgada como julgamento implícito foi, desde o Código de Processo Civil 1939, incorporada ao direito positivo federal, como se observa no art. 287, parágrafo único desse diploma, pelo qual se consideram "decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão".

Dispositivos semelhantes podem ser observados nos diplomas processuais subsequentes, pois o art. 474, CPC/1973 estabelecia que seriam reputadas "deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido". Redação praticamente idêntica pode ser identificada no art. 508 do Código de Processo Civil de 2015, razão pela qual fica claro que a legislação pátria incorporou a regra de que as questões, que foram deduzidas ou não, não podem ser utilizadas em processos subsequentes de modo contrário à decisão transitada em julgado, uma vez que são consideradas “deduzidas e repelidas”.

Porém, a técnica legislativa utilizada para delinear o instituto da eficácia preclusiva da coisa julgada é objeto de fortes críticas doutrinárias. Nessa senda, Machado Guimarães aponta que o art. 287, parágrafo único, CPC/1939, teria sua gênese na doutrina italiana e, de forma atécnica, teria incorporado a ideia de que todas as alegações com potencial de influenciar no julgamento do mérito seriam abarcadas por um julgamento implícito. Esta noção é criticada

⁴⁸ ARIETA, Giovanni; DE SANTIS, Francesco; MONTESANO, Luigi. *Corso base di diritto processuale civile...*, p. 516.

⁴⁹ PISANI, Andrea Proto. *Appuntisul giudicato civile e suoi limiti oggettivi. Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1990. p. 391.

⁵⁰ Nesse sentido, Thiago Siqueira afirma que a eficácia preclusiva, que em muito se assemelha à vedação de se utilizar do deduzido e do dedutível para atacar a coisa julgada, não importaria “em ampliação do âmbito objetivo da coisa julgada; trata-se, apenas, de impedir que aquela autoridade seja colocada em risco por meio da rediscussão de suas premissas”. (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada: objeto do processo e questões prejudiciais...*, p. 456).

pelo autor, uma vez que se trataria de uma ficção jurídica desnecessária, na medida em que seria possível dizer, apenas, que todas as questões deduzidas ou que poderiam ter sido deduzidas se tornam irrelevantes com o advento da coisa julgada.⁵¹

Barbosa Moreira também é contrário à ideia de “julgamento implícito” como definição do instituto da eficácia preclusiva da coisa julgada, na medida em que essa noção poderia levar alguns a entender que as próprias questões ficariam sujeitas à *res judicata* ou de alguma forma estabilizadas⁵², de modo que não poderiam ser novamente apreciadas em processo subsequente⁵³. O intuito da eficácia preclusiva não é preservar determinado julgamento sobre uma questão que foi ou poderia ter sido apreciada em um processo, mas sim preservar a própria coisa julgada contra um posterior julgamento dessas questões que seja, de alguma forma, incompatível com a decisão estabilizada.⁵⁴⁻⁵⁵

⁵¹ GUIMARÃES, Luiz Machado. *Coisa julgada, preclusão, efeito preclusivo*. In: Estudos de direito processual civil. Rio de Janeiro: Editora jurídica e universitária, 1969. p. 20-21.

⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A eficácia preclusiva da coisa julgada*..., 195.

⁵³ Antonio do Passo Cabral parece entender que há um certo grau de estabilidade das próprias questões e, ainda que não a firme que estas se tornariam inutáveis, sustenta que “a eficácia preclusiva da coisa julgada é um instituto que foge à tradicional limitação objetiva da *res judicata* ao pedido – e consequentemente ao dispositivo da sentença – porque, ao impedir o uso de alegações e defesas incompatíveis com a coisa julgada anterior, a eficácia preclusiva exige uma análise não apenas do *decisum*, mas também dos motivos da decisão” (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*..., p. 192). Em sentido semelhante, Cintia Guedes sustenta que, por meio da eficácia preclusiva, as questões dedutíveis fariam parte do julgamento (GUEDES, Cintia Regina. *A estabilidade das decisões judiciais no direito processual civil brasileiro*..., p. 154). Todavia, ao que parece, esta concepção não se mostra acertada, pois a eficácia preclusiva da coisa julgada não veda, propriamente, a rediscussão das questões deduzidas ou dedutíveis, mas apenas veda a alteração da decisão estabilizada com base nessas questões. Em última análise, as questões deduzidas e dedutíveis podem ser apreciadas em outros processos, desde que não sejam utilizadas com o escopo de modificar a norma jurídica concreta acobertada pela coisa julgada.

⁵⁴ Barbosa Moreira, com isso, chega à conclusão semelhante àquela alcançada por Machado Guimarães, afirmando que a eficácia preclusiva da coisa julgada consiste no “impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de incluir, por sua solução, no teor do pronunciamento, ainda que não examinadas pelo juiz” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A eficácia preclusiva da coisa julgada material*..., p. 195).

⁵⁵ Com base nisso, parte da doutrina sustenta que a eficácia preclusiva da coisa julgada não amplia seus limites objetivos, de modo que apenas a norma concreta formulada na decisão de mérito se estabilizaria. Nesse sentido, Proto Pisani afirma que a eficácia preclusiva da coisa julgada “non influisce in alcun modo nel senso di restringere o ampliare i limiti oggettivi del giudicato: individuato (alla stregua dei critérios cui è del tutto estraneo il principio in esame) l’ambito oggettivo del giudicato, il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto ed il deducibile vuol solo dire che il risultato del primo processo non potrà essere rimesso in discussione o, peggio, diminuito o disconosciuto attraverso la deduzione in un secondo giudizio di questioni (di fatto o di diritto, rilevabili d’ufficio o solo su eccezione di parte, di mérito o di rito) rilevanti ai fini dell’oggetto del primo giudicato e che sono state proposte (dedotto) o si sarebbero potute proporre (deducibile) nel corso del primo giudizio” (PISANI, Andrea Proto. *Appunti sul giudicato civile e suoi limiti oggettivi. Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1990. p. 391). No mesmo sentido, Bruno Lopes destaca que “[a] imutabilidade não se estenderá às defesas deduzidas ou dedutíveis pelo demandado. A matéria referente a tais defesas poderá ser livremente apresentada em outros processos, sem que haja qualquer vínculo decorrente da coisa julgada. A restrição imposta pela eficácia preclusiva operará exclusivamente para resguardar a coisa julgada no confronto com uma demanda incompatível, na exata medida da incompatibilidade e sem haver a extensão dos limites objetivos da coisa julgada à situação jurídica incompatível” (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. p. 36).

Objecções semelhantes são encontradas também em relação ao art. 400. 2 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, o qual estabelece que as questões suscitadas em um segundo processo são consideradas as mesmas que foram alegadas em um processo anterior, caso pudessem, na primeira relação processual, ter sido alegadas. Assim, os argumentos aduzidos no segundo processo seriam, tal como no direito brasileiro, considerados “deduzidos e repelidos” na relação processual anterior.⁵⁶

Analisando o dispositivo em questão, Nieva-Fenoll⁵⁷ sustenta que não haveria necessidade de o legislador criar uma ficção jurídica para estabelecer a eficácia preclusiva da coisa julgada, pois, para tanto, seria suficiente determinar que os argumentos que poderiam ter sido suscitados em um primeiro processo não podem ser arguidos em uma relação processual subsequente que tenha por objeto a mesma questão principal da demanda anterior. O autor chega a ir um pouco além e afirma que a regra do art. 400.2 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* seria até mesmo desnecessária, pois a eficácia preclusiva da coisa julgada (que é chamada pelo autor de preclusão de alegações em processos futuros), na verdade, nada mais seria do que uma decorrência da estabilidade do primeiro provimento jurisdicional.⁵⁸

Diante desse cenário, parece ficar claro que, do ponto de vista dogmático, não é correto associar a eficácia preclusiva à ideia de julgamento implícito. Este efeito da coisa julgada, em realidade, poderia ser definido, simplesmente, como uma condição de irrelevância que as questões deduzidas ou dedutíveis adquirem com o trânsito em julgado da decisão, de modo que deixam de ter aptidão para influenciar no resultado do processo.⁵⁹

⁵⁶ No ordenamento jurídico espanhol, porém, a eficácia preclusiva atinge também causas de pedir diversas da aquela que foi deduzida no primeiro processo, mas que poderiam ter sido apresentadas para fundamentar o mesmo pedido, tendo, portanto, abrangência maior do que aquela que lhe é atribuída no Brasil. Sobre a eficácia preclusiva na Espanha: FERNÁNDEZ, Isabel Tapia. *El objeto del proceso: alegaciones, sentencia, cosa juzgada*. Madrid: La Ley, 2000. p. 27-30.

⁵⁷ NIEVA-FENOLL, Jordi. *Cosa julgada...*, p. 186.

⁵⁸ Trata-se de uma ideia que tem por base a noção de que a eficácia preclusiva constitui um elemento necessário da coisa julgada (NIEVA-FENOLL, Jordi. *Cosa julgada...*, p. 195). Há, na doutrina brasileira, vozes que também sustentam que a eficácia preclusiva seria uma “decorrência lógica da vigência da coisa julgada”, de modo que a previsão legislativa a seu respeito seria supérflua, pois “[n]ão faria sentido consagrar a coisa julgada e, ao mesmo tempo, abrir o flanco a ataques fundados em questões vencidas” (TALAMINI, Eduardo. *Cosa julgada e sua revisão...*, p. 86).

⁵⁹ Sustentando essa tese, Barbosa Moreira afirma que “[e]ssas questões perdem, por assim dizer, toda a relevância que pudessem ter em relação à matéria julgada” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos [coord.]. *Revista Forense comemorativa - 100 anos*, t. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 195-196). No mesmo sentido, Luiz Machado Guimarães aduz que “[t]ôdas as questões - as deduzidas e as deduzíveis - que constituam premissas necessárias de conclusão, considerar-se-ão decididas, não no sentido de revestidas da autoridade de coisa julgada, mas no sentido de se tornarem irrelevantes, se vierem a ser ressuscitadas com a finalidade de elidir a res iudicata” (GUIMARÃES, Luiz Machado. *Cosa julgada, preclusão, efeito preclusivo*. In: Estudos de direito processual civil. Rio de Janeiro: Editora jurídica e universitária, 1969. p. 22).

A ideia de irrelevância das questões que poderiam ter sido deduzidas em um primeiro processo, portanto, parece se coadunar com a real dimensão da eficácia preclusiva da coisa julgada, a qual não impede que o material dedutível seja decidido em outros processos, mas apenas veda sua utilização para tentar modificar, de algum modo, a decisão judicial transitada em julgado, atingindo a norma jurídica concreta nesta veiculada.

Essa concepção, contudo, é tida como incompleta por parte da doutrina, tendo-se sustentado mais recentemente que a eficácia preclusiva teria limites mais específicos e fronteiras mais rígidas quando comparada aos demais efeitos da coisa julgada, conforme se verificará a seguir.

1.3.2.2. A proibição de se proferir decisões incompatíveis com a decisão acobertada pela coisa julgada.

Embora a doutrina nacional tenha, de forma relativamente pacífica, aderido à noção de que a eficácia preclusiva da coisa julgada enseja a irrelevância das questões deduzidas e dedutíveis com o advento do trânsito em julgado, essa ideia vem tendo seus limites estabelecidos de forma mais precisa por autores recentes. Não parece haver, propriamente, uma superação da construção doutrinária que se solidificou por meio das bases fincadas por Barbosa Moreira e Luiz Machado Guimarães, mas, em realidade, um aprimoramento das ideias desenvolvidas por esses juristas.

A grande razão para estabelecer limites mais bem definidos para a eficácia preclusiva da coisa julgada consiste no fato de que seu âmbito de atuação se confundir, em certa medida, com a eficácia negativa. Esta última é definida pela doutrina como o impedimento de que determinada questão que já tenha sido decidida e estabilizada pela coisa julgada venha a ser novamente decidida em um novo processo. Não se impediria apenas uma decisão em sentido contrário, mas, em realidade, qualquer decisão sobre a questão que já foi julgada e se tornou imutável com o advento do trânsito em julgado.⁶⁰

Essa constatação permite concluir que a eficácia negativa, de alguma maneira, coincidiria com a eficácia preclusiva, pois, enquanto aquela impede o novo julgamento de questão já acobertada pela coisa julgada, esta última proíbe que, com base em questões já

⁶⁰CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*. 2. ed. Napoli: Jovene. p. 767.

deduzidas ou que poderiam ter sido deduzidas, seja proferida decisão incompatível com aquela que já transitou em julgado.

A zona de penumbra entre ambas as eficácias reside no fato de que, ao se decidir novamente com base em questões deduzidas ou que poderiam ter sido deduzidas – o que seria vedado pela eficácia preclusiva, poder-se-ia estar proferindo novo julgamento referente a questão já acobertada pela *res judicata* – o que é obstado pela eficácia negativa. Desse modo, ambas as eficácias acabariam por produzir resultados muito semelhantes.

Constatando essa aparente zona de penumbra entre esses dois efeitos da estabilidade sob análise, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes propõe uma distinção entre as eficácias preclusiva e negativa da coisa julgada, partindo, inicialmente, da ideia de que, caso o autor venha a propor demanda com causa de pedir diversa daquela que foi por ele deduzida em um processo anterior – também na condição de autor –, não haverá que se extinguir o segundo processo com base em nenhuma das duas eficácias. Isso porque, tratando-se de nova causa de pedir, se estará diante de nova demanda e, conseqüentemente, não haverá que se falar em coisa julgada que obste sua propositura. Caso, porém, a causa de pedir seja a mesma da demanda anterior, a segunda seria obstada pela função negativa da coisa julgada, e não pela sua eficácia preclusiva. Desse modo, a função negativa consistiria em um impedimento à propositura de demandas idênticas.⁶¹⁻⁶²

⁶¹ O autor salienta que “um fato dedutível que esteja inserido em causa de pedir já julgada torna-se irrelevante em razão da impossibilidade de a mesma causa ser novamente posta à apreciação judicial independentemente de qualquer referência à eficácia preclusiva” (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*..., p. 34).

⁶² A noção de que a eficácia negativa obsta apenas a propositura de demandas com a mesma causa de pedir que já foi anteriormente deduzida, permitindo a dedução de novos fatos constitutivos de direito para fundamentar um mesmo pedido, se pauta na ideia de que, no ordenamento jurídico brasileiro, adotou-se a teoria da substanciação. Thiago Siqueira sustenta que, por esta linha de pensamento, “a causa de pedir se encontraria nos fatos constitutivos do direito deduzidos em juízo”, se contrapondo à teoria da individuação, que estabelece que a causa de pedir consistiria na “relação jurídica ou direito afirmado pelo autor e que seria consequência daqueles fatos”. Entendendo pela adoção da teoria da substanciação, chega-se à conclusão de que “sempre que se estiver diante de novos fatos constitutivos do direito do autor, o que se terá é outra causa de pedir”. Caso, porém, se adotasse, no Brasil, a teoria da individuação, todos os fatos constitutivos de um direito já integrariam a causa de pedir, de modo que não seria possível suscitá-los em uma demanda subsequente. Parece, porém, que o sistema rígido de preclusões do processo civil brasileiro aponta para a adoção da teoria da substanciação (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada*..., p. 124-142). Em linha semelhante, Cintia Guedes sustenta que não seria possível vedar que o autor deduza novos fatos constitutivos de um determinado direito, ou seja, novas causas de pedir, buscando um mesmo pedido que já foi anteriormente deduzido em juízo, uma vez que “não há regra processual impondo ao autor o ônus dessa alegação” (GUEDES, Cintia Regina. *A estabilidade das decisões judiciais no direito processual civil brasileiro*..., p. 161). Entendendo de forma diversa, Lírio Hoffman sustenta que “[a] compreensão de que ao autor é lícito ingressar com nova ação, postulando o mesmo pedido antes rejeitado, amparado em diferente causa de pedir, constitui flagrante atentado à isonomia porque pressupõe a ideia de que a resposta judicial ao pedido de tutela jurídica – posto à disposição tanto do autor quanto do réu – assume em relação ao primeiro, quando negada a pretensão deduzida, uma autoridade de menor grau, uma vez que em relação ao demandado impor-se-ia um ônus de maior peso e envergadura” (HOFFMANN JÚNIOR, Lírio. *A eficácia preclusiva da coisa julgada*..., p. 352).

A eficácia preclusiva, por outro lado, teria por escopo impedir, especificamente, que o réu viesse a propor uma demanda incompatível com a decisão que tenha sido estabilizada pela coisa julgada⁶³⁻⁶⁴. Com isso, esse efeito da coisa julgada estaria adstrito à esfera jurídica do requerido, ao passo em que o óbice à propositura de demandas incompatíveis pelo autor decorreria da função negativa da coisa julgada⁶⁵, consistindo, em verdade, na impossibilidade de se propor uma demanda idêntica a outra que tenha sido proposta anteriormente.⁶⁶⁻⁶⁷

Pela obra de Bruno Lopes, portanto, parece possível dar uma maior distinção aos institutos das eficácias negativa e preclusiva, reduzindo-se as zonas cinzentas existentes entre elas.

1.3.2.3. A eficácia preclusiva nas demais estabilidades.

No presente momento, não se pretende estudar de maneira detalhada as diversas estabilidades processuais, escopo que poderá ser atingido de forma mais satisfatória, ainda que não exauriente, no tópico 1.6. O que se buscará, no presente momento, é investigar a possibilidade de que as demais estabilidades processuais sejam dotadas, também, de eficácia preclusiva.

Analisando a doutrina de Machado Guimarães, é possível verificar que o autor afirmava que eficácia preclusiva não seria um traço exclusivo da coisa julgada, pois haveria outras situações jurídicas que, com a formação de uma estabilidade, impediriam a suscitação de questões não arguidas na etapa processual adequada.⁶⁸⁻⁶⁹

⁶³ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Limites objetivos e eficácia preclusiva..., p. 36.

⁶⁴ Sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada, Talamini dá interessante exemplo, qual seja: “o autor cobra uma das dez parcelas contratuais; o réu deixa de alegar a nulidade do contrato e é condenado. Depois de estabelecida a coisa julgada, não pode pretender subtrair-se da condenação sob o argumento de que o contrato é nulo. Todavia, se outra parcela vier a ser objeto de nova ação de cobrança, a nulidade do contrato poderá ser invocada como defesa pelo réu” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 87).

⁶⁵ Argumentando de modo diverso, Ricardo Alexandre da Silva parece entender que tanto o autor quanto o réu seriam afetados pela eficácia preclusiva, na medida em que este efeito “inviabiliza a dedução no novo processo de alegação de *causa petendi* já apreciada no anterior” (DA SILVA, Ricardo Alexandre. *A nova dimensão da coisa julgada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 276).

⁶⁶ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Limites objetivos e eficácia preclusiva..., p. 34.

⁶⁷ Na doutrina italiana, também é possível verificar autores que sustentam que a eficácia negativa diz respeito à impossibilidade de propositura de demandas idênticas, tendo Pugliesi afirmado que “la funzione negativa è sufficiente per spiegare l’efficacia del giudicato in processi relativi alla idêntica lite, essa si rivela del tutto inadeguata, quando il giudicato viene addotto in processi relativi ad una lite dependente dalla lite decisa com quel giudicato” (PUGLIESI, Giovanni. *Giudicato civile*. In: Enciclopedia del diritto, v. XVIII. Milão: Giuffrè, 1969. p. 220).

⁶⁸ GUIMARÃES, Luiz Machado. *Coisa julgada, preclusão...*, p. 15.

⁶⁹ Falzea chega a ir um pouco além das situações jurídicas processuais e afirma que também a usucapião, a prescrição e a transação seriam dotadas de eficácia preclusiva. Afirma o autor que “quei fatti rompono col passato,

A eficácia preclusiva, porém, teria graus diferentes conforme a espécie de estabilidade da qual esta decorre. Caso seja oriunda da preclusão, por exemplo, esta se limitaria a obstar a suscitação de questões de fato após a ultrapassagem de um determinado momento processual, restringindo seus efeitos ao âmbito endoprocessual.⁷⁰

Um exemplo da eficácia preclusiva da preclusão seria o transcurso do prazo para a apresentação de contestação, pois, após este lapso temporal, o réu não poderia mais, em regra, suscitar questões de fato. Então, caso seja proposta uma ação de cobrança em face de um determinado requerido e este não alegue, no momento oportuno, o pagamento, não poderá tal matéria ser arguida em momento processual subsequente, em razão da irrelevância das questões dedutíveis não arguidas; nada obsta, porém, que essa mesma matéria seja suscitada em outro processo – a não ser, é claro, no caso em que haja a formação de coisa julgada material, o que impediria que o argumento em questão fosse utilizado em demanda subsequente, a fim de infirmar a decisão transitada em julgado.

Na mesma ordem de ideias, Barbosa Moreira afirma que seria possível se vislumbrar uma eficácia preclusiva da coisa julgada formal, a qual impediria que, no âmbito endoprocessual, fossem deduzidas, após o trânsito em julgado, questões que buscassem modificar a decisão transitada em julgado.⁷¹

Nesse sentido, é importante destacar que, como bem enfatiza Cintia Guedes, a eficácia preclusiva, para restar caracterizada, depende da previsão de um ônus para uma das partes de suscitar questões até um determinado momento processual, pois não se poderia vedar a arguição de um determinado argumento sem que, expressamente, se impusesse ao sujeito um ônus de alegá-lo.⁷²

Considerando tais fatos, pode-se concluir que, em maior ou menor medida, toda estabilidade é dotada de certo grau de eficácia preclusiva, de modo que, estabilizada determinada situação jurídica, certos argumentos não podem mais ser deduzidos para modificá-la, ainda que apenas no âmbito endoprocessual.⁷³

creando una soluzione di continuità nel divenire giuridico e fondando una situazione giuridica originaria la cui validità non è condizionata alla esistenza di un rapporto di derivazione dallo stato giuridico anteriore” (FALZEA, Angelo. *Efficacia giuridica...*, p. 499).

⁷⁰ GUIMARÃES, Luiz Machado. *Coisa julgada, preclusão...*, p. 15.

⁷¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A eficácia preclusiva da coisa julgada...*, p. 196.

⁷² A autora afirma que essa eficácia depende “da existência de regras processuais que imponham às partes algum tipo de ônus de exaurir suas alegações, sendo necessário que haja previsibilidade dos interessados quanto às consequências de suas omissões, assim como a voluntariedade nas omissões processuais” (GUEDES, Cintia Regina. *A estabilidade das decisões judiciais no direito processual civil brasileiro...*, p. 163)

⁷³ GUEDES, Cintia Regina. *A estabilidade das decisões judiciais no direito processual civil brasileiro...*, p. 163.

Isso permite que se conclua que uma característica inerente a todas as estabilidades processuais é a eficácia preclusiva, mas, certamente, esta se manifesta com maior intensidade em relação à coisa julgada material se comparada a outras estabilidades.

1.3.2.4. Análise crítica sobre os limites da eficácia preclusiva da coisa julgada.

Após as reflexões realizadas anteriormente, é necessário que, no presente momento, se analise se a reelaboração do conceito de eficácia preclusiva da coisa julgada, traçando suas fronteiras com a função negativa e a limitando à esfera jurídica do requerido, se justifica ou não.

Para isso, em um primeiro momento, deve-se analisar, de forma breve, a relação entre a eficácia preclusiva da coisa julgada e a ação rescisória⁷⁴, uma vez que parte da doutrina sustenta que, passado o prazo de 02 (dois) anos para propositura da demanda rescisória, há um aumento do efeito preclusivo da *res judicata*.⁷⁵

Com base nessa ideia, após o interregno de 02 (dois) anos, a contar do trânsito em julgado, seria vedado às partes propor toda e qualquer demanda que seja dotada de incompatibilidade com a decisão transitada em julgado.

É importante observar, porém, que, ao se enxergar a ação rescisória como uma exceção à eficácia preclusiva que permite que as partes proponham demandas incompatíveis com a decisão estabilizada, está-se, em certa medida, admitindo que o efeito em análise não se limita à esfera jurídica do réu. Isso se verifica na medida em que a demanda rescisória, quando ajuizada pelo autor, não pode ser reputada como idêntica à demanda que já foi julgada por decisão transitada em julgado.

Quando se constata que a ação rescisória comporta um juízo rescindente – que tem por objeto a desconstituição da decisão transitada em julgado⁷⁶ –, bem como um juízo rescisório,

⁷⁴ Essa relação será melhor desenvolvida no item 1.6.3.1.

⁷⁵ Nesse sentido, Bruno Lopes afirma que “[p]assados os dois anos do prazo para a rescisão, forma-se a denominada coisa soberanamente julgada e a ação rescisória deixa de limitar a eficácia preclusiva. Superado o prazo da rescisória, a eficácia preclusiva passa a abranger toda e qualquer demanda incompatível, sem importar a natureza da matéria que lhe serviria de fundamento” (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Limites objetivos e eficácia preclusiva..., p. 40). Seguindo raciocínio semelhante, Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira também parecem entender que a ação rescisória limitaria a eficácia preclusiva da coisa julgada, uma vez que este efeito torna irrelevante os atos jurídicos processuais, “ressalvadas as hipóteses em que isso for relevante para destruir a própria coisa julgada, como acontece nos casos do inciso VIII do art. 485 do CPC”, fazendo os autores referência a dispositivo do CPC/1973 (DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 91).

⁷⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 127.

cujo objeto equivale ao “objeto do processo em que gerada a decisão de mérito cuja desconstituição se determinou”⁷⁷, chega-se à conclusão de que esta ação não é idêntica à demanda transitada em julgado.

Parece possível argumentar que existe uma identidade entre o objeto do processo originário e aquele sobre o qual recai o juízo rescisório. O mesmo, porém, não se pode dizer em relação ao juízo rescindente, pois a desconstituição de uma decisão, com base em uma das hipóteses do art. 966 do Código de Processo Civil, consiste em demanda diversa daquela que foi proposta pelo autor em um primeiro momento, havendo diversidade de causas de pedir e pedidos.

Com isso, o aumento da eficácia preclusiva que se forma com o transcurso do prazo de 02 (dois) anos a contar do trânsito em julgado faz com que o autor não possa mais propor ação rescisória, a qual consiste em demanda diversa daquela originalmente julgada, de modo que esta não é obstada pela eficácia negativa da *res judicata*. Esse parece ser um primeiro ponto que permite que se estenda a eficácia preclusiva também para a esfera jurídica do autor.

Outra circunstância na qual parece haver vedação a que o autor proponha demanda incompatível com aquela transitada em julgado – mas que não é idêntica a esta última –, consiste na hipótese em que este, mesmo quando vencedor, deduz em juízo pretensão oposta àquela que apresentou em um primeiro momento. A esse respeito, é possível observar o caso no qual A vence uma demanda anulatória de um contrato contra B. Posteriormente, A não poderá ajuizar demanda condenatória referente a prestação do contrato em questão contra B, haja vista o fato de haver coisa julgada sobre a norma que determinou a anulação da avença.

Embora se trate de situação improvável, em hipóteses tais, como bem aponta Filipe Ramos Oliveira, “a simples aplicação da função negativa da coisa julgada, pela regra da identidade de pedido e causa de pedir, não seria capaz de impedir a segunda demanda”⁷⁸. Contudo, é evidente que se trata de uma demanda incompatível com a decisão transitada em julgado, a qual pode ser obstada pela eficácia preclusiva da coisa julgada.

E a situação inversa também parece possível, embora igualmente improvável. É possível que o réu de uma ação declaratória de nulidade de contrato de compra e venda, em caso de improcedência, venha a propor, em momento posterior, demanda requerendo, com base na

⁷⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória...*, p. 347.

⁷⁸ OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questão prejudicial incidental...*, p. 197.

mesma causa de pedir, a nulidade do negócio jurídico. Nessa hipótese, parece razoável entender que a coisa julgada obstará a segunda demanda, por intermédio de sua eficácia negativa.

Esses dois pontos argumentativos parecem demonstrar que a função negativa da coisa julgada não se mostra suficiente para impedir que o próprio autor proponha demandas incompatíveis em determinadas situações, às quais parece mais adequado aplicar a definição de eficácia preclusiva da coisa julgada.

E quando se investiga outras estabilidades processuais, parece que a não aplicação da eficácia preclusiva à esfera jurídica do autor se mostra problemática. Caso, por exemplo, Pedro proponha uma demanda em face de João e, intimado para apresentar réplica, o autor não observa o prazo legal, deduzindo sua manifestação à contestação 30 dias úteis após a sua intimação. Nessa hipótese, conforme se extrai da lição de Luiz Machado Guimarães, as questões que não forem “suscitadas *oportuno tempore*, não mais poderão ser propostas”, em razão da “eficácia preclusiva endoprocessual da situação constituída pela preclusão”.⁷⁹ Nesse caso, não seria possível falar em uma eficácia negativa da preclusão, uma vez que a réplica apresentada pelo autor não é idêntica a nenhum ato processual que tenha sido anteriormente praticado.⁸⁰

De todo o exposto, parece razoável concluir que a eficácia preclusiva não se limita à esfera jurídica do réu, podendo o autor ser por ela atingido em diversas circunstâncias. Da mesma sorte, parece possível vislumbrar hipóteses em que o réu seja impedido de propor uma demanda com base na função negativa da coisa julgada.

Mesmo assim, continua possível sustentar que o efeito preclusivo da *res judicata* obsta a propositura de demanda incompatível, mas não idêntica, àquela que já foi julgada, enquanto a função negativa impede que se deduza, por mais de uma vez, um mesmo pedido, com base na mesma causa de pedir, perante o Poder Judiciário.

1.4. A coisa julgada como instrumento de concretização da segurança jurídica.

Para os fins do presente trabalho, é importante que se analise como a coisa julgada se coloca em relação ao princípio da segurança jurídica, uma vez que se tem por escopo, nesta

⁷⁹ GUIMARÃES, Luiz Machado. *Coisa julgada, preclusão...*, p. 15.

⁸⁰ É preciso fazer um adendo, pois a eficácia preclusiva, quando transposta para outras estabilidades que não a coisa julgada, não pode ser lida como a impossibilidade de se propor demandas incompatíveis com a situação jurídica estabilizada, pois, muitas vezes, o sujeito processual não está propriamente deduzindo um pedido com base em determinada causa de pedir, mas, simplesmente, apresentando alegações em juízo. Desse modo, a eficácia preclusiva, quando no âmbito de outras estabilidades, parece vedar outros atos processuais, além da propositura de demandas.

dissertação, investigar uma hipótese de rescisão da *res judicata*, seus limites interpretativos e sua compatibilidade com a Constituição Federal. Desse modo, para que se verifique a adequação constitucional da ação rescisória que constitui objeto desta pesquisa, deve-se tecer algumas colocações referentes à relação entre coisa julgada e segurança jurídica.

E, para tanto, é necessário que se inicie com algumas considerações acerca do conceito de segurança jurídica. Isso se justifica na medida em que, embora a segurança jurídica seja voltada à redução da incerteza nas relações jurídicas, sua precisa definição não é pacífica do ponto de vista doutrinário, haja vista a ambiguidade da qual o referido princípio é dotado. Nesse sentido, Humberto Ávila denuncia que a ausência de determinação de critérios para o estudo da segurança jurídica, bem como o emprego de termos polissêmicos para defini-la, acabam por fazer com que haja ainda mais insegurança jurídica.⁸¹

A primeira dificuldade que se coloca quando se busca reduzir o nível de ambiguidade do conceito de segurança jurídica é identificar se esta, no estudo desenvolvido, é adotada na acepção de *fato*, *valor* ou *norma-princípio*.

Nesse sentido, Humberto Ávila sustenta que, na concepção fática, o instituto sob análise se coloca como um juízo que se faz acerca da existência ou inexistência de segurança jurídica em determinada realidade concreta, de modo que, quando esta se faz presente, tem-se a possibilidade de se antever as consequências jurídicas das condutas do jurisdicionado.⁸²

Na acepção valorativa, a segurança jurídica se porta como uma dimensão daquilo que é desejável em uma determinada realidade⁸³. Desse modo, ao se sustentar que a segurança jurídica é importante para a sociedade, está-se fazendo um juízo de valor, compatível, portanto, com a segunda acepção do instituto.

A segurança jurídica pode, ainda, ser definida como uma *norma-princípio*, hipótese na qual se coloca como “um estado ideal de coisas que deve ser buscado mediante a adoção de condutas que produzem efeitos que contribuam para a sua promoção”.⁸⁴

Analisando as diferenças das dimensões fática e normativa da segurança jurídica, Gianmarco Gometz sustentou que há, apenas, uma distinção de referencial entre ambas, uma vez que, na primeira, o observador se coloca na posição de realizar uma investigação empírica

⁸¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 75.

⁸² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*..., p. 126.

⁸³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*..., p. 126-127.

⁸⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*..., p. 127.

acerca da existência de segurança em uma determinada realidade fática; na segunda, esta mesma realidade fática é objeto de apreciação, mas, desta vez, faz-se sua qualificação jurídica.⁸⁵

A dimensão axiológica da segurança jurídica parece também se remeter à realidade fática, tendo, conforme o raciocínio de Gianmarco Gometz, o mesmo objeto que os dois outros planos, mas com abordagem diversa.

Tais considerações mostram-se importantes, na medida em que se verifica que, não obstante a segurança jurídica se manifeste, discursivamente, de formas diversas, comportando, portanto, uma variação de abordagens, cada uma das perspectivas acaba por dialogar com as demais.⁸⁶

De todo modo, a delimitação da abordagem que será adotada em relação à segurança jurídica mostra-se relevante, a fim de reduzir seu nível de ambiguidade – sem perder de vista a relação existente entre suas diversas acepções. Diante disso, no presente trabalho, o instituto em questão será estudado como *norma-princípio*, a fim de se verificar se a hipótese de ação rescisória que se investigará fere ou não a dimensão deontológica da segurança jurídica.

Essa análise passará, em grande medida, pelas diversas facetas da segurança jurídica enquanto *norma-princípio*, uma vez que esta possui diversas exigências, especialmente a *confiabilidade*, a *calculabilidade* e a *cognoscibilidade* – que serão melhor analisadas no item 1.4.2. Será investigado, também, a possibilidade de se adequar a hipótese de ação rescisória objeto desta dissertação às exigências supramencionadas da segurança jurídica.

Para tanto, é necessário que se reduza a carga de ambiguidade da própria segurança jurídica enquanto *norma-princípio*, a qual comporta interpretações relativamente diversas, conforme se verificará nos itens a seguir.

1.4.1. Segurança jurídica como certeza absoluta: análise da segurança jurídica enquanto um conceito *tudo-ou-nada*.

Nesse cenário de múltiplas interpretações, parcela da comunidade jurídica, como bem aponta Gianmarco Gometz, é levada a crer que a segurança jurídica ensejaria uma espécie de “certeza absoluta”, de modo que o princípio sob análise consistiria em um instituto “tudo-ou-nada”. Dessa forma, a segurança jurídica se colocaria, para alguns, como um conceito que não

⁸⁵ GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità*. Torino: Giappichelli Editore, 2005. p. 39-40.

⁸⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 128.

comportaria níveis diversos, pois não se admitiria uma “certeza relativa”. Uma segurança jurídica que não seja absoluta, portanto, nada mais seria do que “uma opinião” ou “uma crença”. Com isso, ou se tem segurança ou se tem insegurança, não havendo, por esta perspectiva maniqueísta, níveis intermediários previsibilidade nas relações jurídicas.⁸⁷

E esse modo de ver a segurança jurídica parece ter levado parte da doutrina a sustentar que tal princípio não seria realizável no plano prático. Jerome Frank, por exemplo, entende que a segurança jurídica, enquanto um ideal pelo qual se busca exatidão no direito, nada mais seria do que uma espécie de desejo infantil e pouco palpável.⁸⁸

Ao que parece, a tendência de associar a segurança jurídica a um ideal certeza absoluta em muito se liga à tese de que os enunciados do direito positivo comportam uma única interpretação correta, o que, porém, vem se mostrando uma inverdade pela teoria da interpretação contemporânea, já que os textos legais são dotados de graus diversos de ambiguidade, de modo que não há uma correlação exata entre texto e norma.⁸⁹⁻⁹⁰

No plano processual, também se vislumbra uma tendência de se associar o princípio da segurança jurídica a um conceito que se aplica *tudo-ou-nada*. Isso se verifica, especialmente, no instituto da coisa julgada, por ser a estabilidade processual de maior grau no ordenamento jurídico, o que fez com que a doutrina, como bem apontou Antonio do Passo Cabral, passasse a enxergá-la como a “estabilidade por excelência”, de modo seria possível falar em um “vício metodológico”, pelo qual se tenta encaixar toda situação jurídica que demanda estabilidade no manto da *res judicata*⁹¹. Esse fenômeno, ainda que não de forma explícita, reflete a ideia de

⁸⁷ A concepção de segurança jurídica enquanto um conceito associado a uma certeza absoluta parece, na doutrina estrangeira, estar associado a aspectos linguísticos. Isso porque, em outros idiomas, não se fala em segurança jurídica, mas em “certeza jurídica”, o que corrobora, de forma mais firme, uma concepção “tudo-ou-nada” do princípio. Nesse sentido, Gianmarco Gometz afirma que “l’espresione ‘certezza assoluta’, pur frequente nella letteratura filosofica-giuridica contemporanea è in pratica un pleonismo, poicé no fa altro che ribadire l’assolutezza di qualcosa che già per definizione è assoluto; d’altra parte, l’altrettanto recorrente locuzione ‘certezza relativa’ diventa un ossimoro in quanto acossta termini che esprimono concetti contraddittori: una certezza non del tutto certa non è più ‘certezza’, ma ‘credenza’, ‘opinione’ (GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità...*, p. 11-12).

⁸⁸ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. Londres: Stevens & Sons Limited, 1949. p. 11.

⁸⁹ Hans Kelsen pontua que a tese de que há uma única interpretação correta do direito nada mais seria do que “uma ficção que serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 396).

⁹⁰ Atento a este nível de indeterminação dos textos jurídicos, Ravi Peixoto sustenta que “não se pode trabalhar com um conceito capaz de permitir ao sujeito de direito conhecer de antemão a efetiva consequência jurídica de sua conduta. O que se pode exigir de início é que essa gama de possibilidades possa ser reduzida pelo próprio direito” (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 53).

⁹¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 314.

que, sem a coisa julgada, um ato processual não estaria verdadeiramente protegido, razão pela qual seria desejável sempre buscá-la.⁹²

Desse modo, a ideia de que a segurança jurídica se reflete em uma necessidade de certeza absoluta acaba por se refletir, também, no âmbito do direito processual, pois o “cacoete acadêmico” de parte da doutrina faz com que se entenda que ou existe coisa julgada ou não há o mínimo de segurança jurídica que se exige dos atos jurisdicionais. Trata-se de uma importação de um conceito *tudo-ou-nada* de segurança jurídica para o plano processual.

É importante observar, também, que essa maneira de enxergar a coisa julgada, como uma forma de conferir certeza absoluta e, portanto, segurança jurídica aos atos jurisdicionais, que se encontra muito presente na doutrina, não se mostra como algo razoável⁹³. Embora, de fato, a *res judicata* confira um alto grau de estabilidade às decisões de mérito, esta não pode ser vista como absoluta, uma vez que o ordenamento jurídico possui mecanismos para afastá-la em determinadas circunstâncias.⁹⁴

Dessa forma, fica evidente que, tal como é equivocada – do ponto de vista principiológico – a ideia de que a coisa julgada deve ser absoluta para conferir segurança jurídica aos jurisdicionados, verifica-se que essa pretensa imutabilidade também não se verifica no direito positivo pátrio.

Evidenciada a relação inicial entre coisa julgada e segurança jurídica, sendo ambas tidas como institutos voltados, por uma perspectiva clássica, ao alcance de uma certeza absoluta, deve-se, no presente momento, analisar as dimensões que a doutrina contemporânea confere à segurança jurídica, a fim de que se tenha ferramentas suficientes para se investigar a associação entre coisa julgada e o princípio em questão.

⁹² Nesse sentido, Cabral afirma que a doutrina teria um “‘cacoete’ acadêmico, que é imaginar que ou temos coisa julgada ou nada; ou há coisa julgada, e portanto se torna um conteúdo estável no processo, ou não há coisa julgada, e tudo está em aberto podendo ser revisto” (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 324).

⁹³ Isso pode se verificar, por exemplo, em Chiovenda, para quem a coisa julgada se prestaria para conferir “certezza della sfera giuridica dei litiganti”, de modo que, com o trânsito em julgado, a decisão a coberta pela *res judicata* “diviene definitiva ne deriva che l'accertamento della volontà di legge che essa contiene *diviene indiscutibile e obbligatorio pel giudice in qualunque futuro giudizio*” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile...*, p. 763).

⁹⁴ Nesse ponto, Barbosa Moreira afirma que “até a mais superficial mirada ao ordenamento jurídico brasileiro mostra que nele está longe de ser absoluto o valor da coisa julgada material: para nos cingirmos, de caso pensado, aos dois exemplos mais ostensivos, eis aí, no campo civil, a ação rescisória e, no penal, a revisão criminal, destinadas ambas, primariamente, à eliminação da coisa julgada” (BARBOSA MOREIRA, Considerações sobre a chamada “relativização da coisa julgada material”. In: *Revista Forense Dialética Processual*, v. 377. Rio de Janeiro, 2005. p. 225).

1.4.2. Dimensões contemporâneas da segurança jurídica.

Tendo em vista que a doutrina contemporânea não realiza mais uma associação entre segurança jurídica e certeza absoluta, deve-se, no presente momento, investigar as dimensões que são conferidas a este princípio pela literatura jurídica atual.

Nesse sentido, Humberto Ávila sustenta que a segurança jurídica, enquanto *norma-princípio*, impõe uma exigência de que se busque um estado ideal de coisas no qual haja a promoção de *cognoscibilidade*, *confiabilidade* e *calculabilidade*.⁹⁵

A *cognoscibilidade* se coloca no lugar de uma determinação absoluta na interpretação dos enunciados normativos, haja vista a constatação de que há ambiguidade na linguagem. Desse modo, por essa dimensão da segurança jurídica, impõe-se a possibilidade de que o jurisdicionado conheça o conteúdo de uma determinada norma jurídica, a qual não se pode colocar de maneira altamente ambígua, embora, certamente, haja uma medida de imprecisão dos textos normativos.⁹⁶

Ravi Peixoto salienta que a exigência de *cognoscibilidade* não impõe que os enunciados legais sejam escritos com um alto rigor que reduza consideravelmente a margem de ambiguidade, uma vez que, ao agir dessa forma, aumenta-se a dificuldade de adaptação da norma à modificação social.⁹⁷

Assim, embora a segurança jurídica imponha uma redução de ambiguidade dos textos normativos, a dimensão da *cognoscibilidade* não exige que se busque um estado ideal de coisas no qual a interpretação jurídica seja rígida; o que é necessário, apenas, é que o jurisdicionado tenha a possibilidade de acessar o ordenamento jurídico e compreender como se dá a construção de sentido das normas.⁹⁸⁻⁹⁹

Analisando a segurança jurídica no plano processual, Paulo Mendes aponta a existência de uma necessidade de que as partes possam conhecer o conteúdo das normas que serão aplicadas em um determinado processo, de modo que seja possível prever como ocorrerá seu

⁹⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 268.

⁹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 268-269.

⁹⁷ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica...*, p. 48.

⁹⁸ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica...*, p. 50.

⁹⁹ Humberto Ávila afirma que a *cognoscibilidade* pode ser definida como a “capacidade, material e intelectual, de compreensão das alternativas interpretativas e dos critérios indispensáveis à sua concretização, no lugar de determinação, como a capacidade de conhecer um único sentido normativo prévio” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 269).

trâmite procedimental¹⁰⁰, o que demonstra uma exigência de *cognoscibilidade* normativa no direito processual civil.

Para além da *cognoscibilidade*, a segurança jurídica traz consigo uma exigência de *confiabilidade*, que ocupa o espaço que até então seria da imutabilidade. Esta face do princípio sob análise estabelece a exigência de que o direito crie estabilidades, tanto no âmbito processual, quanto no material, embora deva, também, permitir a modificação de situações jurídicas, a fim de que “o Estado cumpra sua função planificadora e indutora da sociedade”¹⁰¹. Caso venham a ocorrer modificações, deve-se “assegurar a estabilidade e continuidade normativa”.¹⁰²

A *confiabilidade* tem forte relação com a conceituação contemporânea que Antonio do Passo Cabral confere à segurança jurídica. O autor afirma que, atualmente, o princípio sob análise teria por característica uma noção de “durabilidade ou permanência tendencial”, a qual substituiria as exigências de “irrevogabilidade”, ‘imutabilidade’, ‘inalterabilidade’, ‘intangibilidade’.¹⁰³

Ao propor a substituição do referencial da segurança jurídica, Cabral sustenta que a permanência tendencial faz com que seja possível a modificação de posições jurídicas estáveis, embora seja necessário que a alteração não se ocorra com facilidade¹⁰⁴. Portanto, adotando-se uma abordagem de segurança jurídica enquanto *continuidade* ou *confiabilidade*, passa-se a permitir a mudança de posições jurídicas, vedando-se, porém, modificações drásticas e sem critérios mínimos.^{105_106}

Por fim, ainda dentro da construção doutrinária de Humberto Ávila, tem-se a dimensão da *calculabilidade*, que se coloca no lugar ocupado até então pela “previsibilidade (absoluta)”. Esta faceta da segurança jurídica se configura como uma exigência de que o cidadão consiga antever a forma como aqueles que aplicam o direito realizam a construção dos sentidos

¹⁰⁰ DE OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 115.

¹⁰¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 270.

¹⁰² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 270.

¹⁰³ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 378.

¹⁰⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 378-379.

¹⁰⁵ Cabral sustenta, nessa ordem de ideias, que, “ainda que mutável, o desenvolvimento constante e do direito deve transcorrer sem modificações abruptas, inesperadas, o que seria contrário também aos postulados da continuidade” (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 373-374).

¹⁰⁶ Observando a substituição de paradigma, da imutabilidade do direito para a confiabilidade, Ravi Peixoto sustenta que “[e]la não tem por objetivo o engessamento do direito, mas sim a preocupação com limites às mudanças no seu conteúdo e seus aspectos procedimentais e a tutela de situações jurídicas individuais quando haja uma mudança normativa” (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica...*, p. 51).

normativos e, ainda, de que seja possível alcançar uma quantidade não muito ampla de consequências jurídicas a um determinado fato.¹⁰⁷⁻¹⁰⁸

Para além dos conceitos de *cognoscibilidade*, *confiabilidade* e *calculabilidade*, parte da doutrina sustenta que o princípio da segurança jurídica comporta outras dimensões contemporaneamente, não obstante, em grande medida, seu conteúdo acabe se confundindo com as facetas acima delineadas.

Nessa senda, para os fins do presente trabalho, mostra-se relevante analisar aquilo que Gianmarco Gometz chama de dimensão vertical da segurança jurídica, que consiste na quantificação da possibilidade de que um determinado indivíduo venha a antever as consequências jurídicas de um determinado fato¹⁰⁹. Embora a tese de Gometz tenha muitas zonas de convergência com as ideias desenvolvidas por Humberto Ávila, a análise da construção do autor italiano permite que se tenha mais ferramentas para que se faça uma investigação mais completa acerca dos requisitos da segurança jurídica.

O primeiro aspecto da dimensão vertical seria a *atendibilidade*, que ocorre quando a aplicação de uma norma se dá em conformidade com as possibilidades interpretativas previstas por anteriormente. Não se trata, portanto, de uma exigência de correlação entre uma única interpretação prevista pelo sujeito (ou a interpretação que ele entendia ser a mais correta) e aquela que foi efetivamente aplicada, pois a *atendibilidade* dialoga com a possibilidade de múltiplas possibilidades hermenêuticas, de modo que sua ocorrência se verifica quando a norma aplicada corresponde a *uma* das construções exegéticas que poderia ser potencialmente desenvolvida pelo cidadão.¹¹⁰⁻¹¹¹

A segurança jurídica também teria como consectário a necessidade de que o direito seja dotado de *acurácia*. Esse aspecto impõe que, mesmo que se entenda que as normas jurídicas comportem múltiplas interpretações, deve-se reduzir o número e a variedade de possíveis construções normativas decorrentes da exegese de um determinado enunciado normativo¹¹².

¹⁰⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 271.

¹⁰⁸ Diante da substituição da previsibilidade absoluta pela calculabilidade, Ravi Peixoto sustenta que a segurança jurídica deixa de ser “um conceito bivalente (sim ou não)”, de modo que “busca-se um conceito gradual (mais ou menos) de segurança jurídica” (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica...*, p. 54-55).

¹⁰⁹ GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità...*, p. 269.

¹¹⁰ GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità...*, p. 270.

¹¹¹ No mesmo sentido, Ravi Peixoto sustenta que haverá atendibilidade quando uma decisão estiver contida no “âmbito de previsibilidade” (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica...*, p. 62).

¹¹² GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità...*, p. 230.

Um texto legal que contenha três possibilidades interpretativas, portanto, será mais acurado e, consequentemente, seguro, do que aquele que tem quinze.

A *acurácia* se coloca não apenas na quantidade de possíveis interpretações que podem ser extraídas de um dado enunciado normativo, mas, também, em relação à quantidade de possibilidades temporais em que uma consequência jurídica pode ser implementada. Dessa forma, se um determinado efeito jurídico pode ocorrer em um lapso temporal de 01 a 02 anos, a *acurácia* será maior do que se esse mesmo efeito pudesse se verificar em um interregno de 10 anos.¹¹³

Esta faceta da segurança jurídica, em última análise, se configura como uma medida de *margem de erro*, pois quanto mais possibilidades consequenciais uma norma jurídica contiver, menos preciso é o enunciado normativo e, portanto, torna-se menos acurado.¹¹⁴

Há, por fim, a *extensão temporal das previsões*, que tem relação com o grau de modificabilidade do direito. Quanto mais estável este for, mais longo será o período em que o cidadão poderá fazer previsões acerca de seu conteúdo, de modo que tal aspecto da segurança jurídica se reduz quando há uma ampla e frequente modificação jurídica. Não se nega a possibilidade de alteração do direito, sendo imposto, apenas, que esta ocorra quando houver boas razões.¹¹⁵

A construção teórica de Gianmarco Gometz, como já apontado, em muito converge com os Humberto Ávila e outros autores anteriormente citados. A *atendibilidade*, por exemplo, parece ter forte relação com a noção de *cognoscibilidade*. Já a *acurácia*, parece se ligar à *calculabilidade*, pois quanto maior for a margem de erro do direito, menor a possibilidade de que o cidadão se planeje devidamente. Já a *extensão temporal das previsões* está, em certa medida, relacionada à noção de *confiabilidade*, haja vista se tratar de uma busca por permanência tendencial do direito.

Não se pretende dizer, porém, que as duas teses se confundem de forma absoluta, mas parece haver uma comunhão de ideias entre elas. Cada um dos autores, contudo, permite que

¹¹³ GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità...*, p. 271-272.

¹¹⁴ Ravi Peixoto salienta que a edição de uma determinada lei faz com que, em um primeiro momento, haja um menor grau de acurácia, o qual aumenta, por exemplo, após o Supremo Tribunal Federal firmar um entendimento específico sobre a sua correta interpretação. A acurácia, portanto, não depende apenas do teor do enunciado normativo, mas, também, de como a comunidade jurídica vem o interpretando e da própria passagem do tempo (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica...*, p. 62).

¹¹⁵ GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità...*, p. 273.

se tenha, de forma mais pormenorizada, as ferramentas que compõem o princípio da segurança jurídica.

De todo o exposto, pode-se concluir que o perfil atual da segurança jurídica não mais se coloca como um conceito *tudo-ou-nada*, mas sim como um princípio que comporta graus diversos de realização¹¹⁶. As diversas dimensões do instituto, portanto, podem ter uma maior ou menor realização, não se enxergando mais, de forma maniqueísta, que as únicas duas opções são a segurança ou a insegurança absoluta.

Humberto Ávila bem coloca que a segurança jurídica passa, por meio desta mudança de paradigma, a ser enxergada como uma possibilidade de “controlabilidade de processos argumentativos”¹¹⁷.

Tal princípio, assim, deixa de residir em um âmbito de certeza absoluta, para ser visto como a possibilidade de se modificar um ato jurídico em determinadas hipóteses e de forma racional, por intermédio de parâmetros razoáveis e pré-determinados; é necessário que se possa identificar, portanto, se a modificação de um ato jurídico seguiu um procedimento pré-estabelecido e valeu-se de critérios e fundamentos que sejam dotados de razoabilidade, não se admitindo, ainda, a utilização de parâmetros genéricos e vagos.¹¹⁸⁻¹¹⁹

Nesse cenário, deve-se, posteriormente, passar à análise das relações entre coisa julgada e segurança jurídica, tendo por base o arcabouço conceitual e de ferramentas da doutrina contemporânea acerca do princípio em questão. Antes disso, porém, será apreciada a dimensão subjetiva do referido princípio.

1.4.2.1. A dimensão subjetiva da segurança jurídica: o princípio da proteção da confiança.

Além das dimensões anteriormente elencadas da segurança jurídica, é importante observar que esse princípio também possui um aspecto subjetivo, consistente na *proteção da confiança*. A dimensão em questão da segurança jurídica existe para que o jurisdicionado que

¹¹⁶ GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità...*, p. 02.

¹¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 275.

¹¹⁸ Nesse sentido, Stefano Bertea coloca que a segurança jurídica se coloca como uma exigência de que a atividade estatal seja controlada e, portanto, de que se possa investigar os procedimentos argumentativos do Estado, a fim de que se verifique se seu agir ocorre de forma razoável e criteriosa, e não pautada em razões muito vagas (BERTEA, Stefano. *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*. Soveria Mannelli: Robbertino, 2002. p. 113).

¹¹⁹ Cintia Guedes entende que, pela atual concepção de segurança jurídica, seria a existência de parâmetros para modificação que trariam segurança, e não uma imutabilidade absoluta da posição jurídica estável (GUEDES, Cintia Regina. *A estabilidade das decisões judiciais...*, p. 27).

exerce determinado ato, partindo da premissa de que a norma que lhe confere fundamento é válida, tenha o direito de ver os efeitos jurídicos do ato em questão preservados em caso de “descontinuidade” da vigência do ato normativo.¹²⁰⁻¹²¹

A proteção da confiança ensejaria, com isso, um direito ao cidadão de que os atos privados e públicos “incidentes sobre seus direitos”, quando consubstanciados em normas jurídicas vigentes, tenha seus efeitos preservados¹²². Seu fim precípua seria preservar “suas expectativas legítimas em face de mudanças de posturas estatais que surpreendam o cidadão”.¹²³

Esse princípio vem adquirindo grande relevância no plano processual, o que pode ser verificado por meio do art. 927, §3º e §4º, CPC, o qual estabelece a possibilidade de modulação de efeitos em caso de superação de entendimento dos tribunais, sendo o texto normativo expresso no sentido de que deve ser observada a proteção da confiança.¹²⁴

Porém, para que a proteção da confiança crie uma imposição de permanência à situação jurídica que se pretende preservar, não basta que esta tenha se configurado em momento no qual determinada norma aparentava lhe conferir fundamento. É preciso que sejam preenchidos, em realidade, uma série de requisitos no âmbito concreto.

Para que uma situação jurídica permaneça, mesmo diante do cenário de alteração normativa, exige-se, primeiramente, que esta seja dotada de uma “base da confiança”, isto é, de um ato normativo que lhe fundamente. Sua mera existência, porém, não é suficiente para o preenchimento desse requisito, uma vez que o grau de confiança de cada base variará de acordo com os elementos concretos que a circundam¹²⁵. Os critérios para aferição do nível de confiabilidade da base serão melhor apreciados no item 5.4.1 deste trabalho, quando se investigará a possibilidade de modulação de efeitos *in concreto* de uma decisão de inconstitucionalidade.

¹²⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 387.

¹²¹ Por se tratar de um princípio ligado a uma dimensão subjetiva da segurança jurídica, Canotilho argumenta que seria possível sustentar que a proteção da confiança é um “subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 257). Por outro lado, parcela da doutrina argumenta que a proteção da confiança teria adquirido o *status* de “princípio jurídico autônomo”, embora não seja possível falar em uma “separação radical entre as duas normas jurídicas” (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica...*, p. 90).

¹²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição...*, p. 257.

¹²³ DE SOUZA, Victor Roberto Corrêa. O princípio da proteção da confiança e o novo Código de Processo Civil brasileiro. vol. 247. *Revista de Processo*, 2015, p. 4.

¹²⁴ DE SOUZA, Victor Roberto Corrêa. O princípio da proteção da confiança e o novo Código de Processo Civil brasileiro..., p. 6.

¹²⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 393-394.

Para haver proteção da confiança, também é necessário que o cidadão efetivamente tenha confiado na base, bem como de fato a conheça. O jurisdicionado deve, para além disso, “exercer a confiança”.¹²⁶

Por fim, é necessário que tenha havido uma “frustração da confiança”, isto é, que o Estado tenha praticado um ato e que, posteriormente, venha a praticar outro que seja incompatível com o primeiro, afetando direitos do cidadão.¹²⁷

A proteção da confiança, portanto, exige que sejam apreciados critérios concretos, a fim de que se constate se, a despeito da modificação normativa, haja razões relevantes para a permanência de determinadas situações jurídicas.

1.4.3. Coisa julgada e seus efeitos como meios para a tutela da segurança jurídica.

Após a análise do conceito contemporâneo da segurança jurídica, no presente momento se buscará demonstrar como esta se associa à coisa julgada e, em especial, como os efeitos desta última se prestam a preservar o princípio em questão.

Ao correlacionar a coisa julgada à segurança jurídica, parte da doutrina afirma que este princípio está na base da noção de Estado Constitucional, sendo imposto à ordem jurídica regras como a previsibilidade e a irretroatividade. A *res judicata*, diante disso, põe-se como instrumento apto a preservar, de forma imediata, a segurança jurídica, e, de forma mediata, a própria noção de Estado de Direito, criando estabilidade e confiança em relação às decisões judiciais transitadas em julgado.¹²⁸⁻¹²⁹

Nesse sentido, deve-se observar que a coisa julgada tem como finalidade primordial pôr fim a um determinado conflito, ainda que a decisão judicial seja injusta, uma vez que não seria

¹²⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 425-426.

¹²⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 429.

¹²⁸ Nessa linha de raciocínio, Canotilho afirma que o *caso julgado* “é considerado um subprincípio inerente ao princípio do Estado de direito na sua dimensão de princípio garantidor de certeza jurídica” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição...*, p. 265). Na mesma ordem de ideias: MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: art. 525, §§12, 13, 14 e 15 do CPC/2015*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 55-56.

¹²⁹ Embora sem chegar à conclusão de que o Estado de Direito leva, necessariamente, ao instituto da coisa julgada, Cabral sustenta que este também materializa uma exigência de segurança jurídica, pois sua concepção contemporânea “revela um parâmetro de *estruturas estatais* em que o poder público é definido, limitado, controlado por uma constituição e por direitos fundamentais, com lei formal e materialmente compatíveis com os objetivos de proteção da liberdade, justiça e segurança” (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 364).

possível afirmar com certeza absoluta que a norma aplicada na decisão e a interpretação conferida aos fatos são ou não corretas.¹³⁰

A *res judicata*, com isso, desempenha um importante papel de política jurídica, de modo a evitar que um determinado conflito fique sem solução definitiva e, portanto, possa sempre voltar a ser discutido perante o Poder Judiciário. A ordem jurídica teria feito uma escolha de, por vezes, eternizar soluções jurídicas injustas, para que se preservem outros princípios, especialmente a segurança jurídica¹³¹. Nesse ponto, a coisa julgada acaba por preservar a *confiabilidade*, que se põe como uma das exigências da segurança jurídica, uma vez que encerra as discussões sobre uma pretensão que já tenha sido decidida e contra a qual não caibam mais recursos.¹³²

É possível enxergar, também, uma segurança prospectiva obtida por intermédio da coisa julgada, e, conseqüentemente, uma correlação desta com a *calculabilidade*. Isso se verifica na medida em que, por meio da estabilização das decisões judiciais, impede-se que as partes venham a ter suas posições jurídicas alteradas de forma inesperada¹³³. Acaba por se permitir, dessa forma, que o jurisdicionado tenha previsibilidade sobre como se dará o desenvolvimento de suas relações jurídicas.

Há, para além disso, uma correlação com a *proteção da confiança*, pois a preservação da coisa julgada impede que um ato estatal – a decisão judicial transitada em julgado –, que cria uma expectativa de permanência para o jurisdicionado, venha a ser modificada por outro provimento jurisdicional posterior.

Analisando as eficácias da coisa julgada, é possível verificar que os aspectos acima apontados se relacionam fortemente com sua função negativa, na medida em que se cuidam de

¹³⁰ BERMUDEZ, Sérgio. Coisa julgada ilegal e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 131-132.

¹³¹ BARBOSA MOREIRA, Considerações sobre a chamada “relativização da coisa julgada material”. In: *Revista Forense Dialética Processual*. v. 377. Rio de Janeiro, 2005. p. 244-247.

¹³² Trata-se de uma decorrência da exigência de que “as lides tenham fim, que não se prolonguem *ad aeternum*” (ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes [coord.]. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 174).

¹³³ DE OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 29.

uma impossibilidade de que se volte a decidir sobre uma pretensão deduzida em juízo que já foi anteriormente objeto de julgamento pelo Poder Judiciário.¹³⁴

Também é possível constatar uma associação entre a função positiva da coisa julgada com o princípio da segurança jurídica, uma vez que tal efeito da estabilidade das decisões, como já apontado anteriormente, também se expressa em uma regra de vedação a uma nova decisão sobre uma questão já anteriormente decidida, não obstante em sede diferente (como premissa).¹³⁵

A eficácia preclusiva da coisa julgada coloca-se, também, como uma medida de preservação da *confiabilidade* e da *calculabilidade*, pois impede que a decisão transitada em julgado seja afetada por meio da propositura de demandas que com ela sejam incompatíveis, ainda que com base em fundamentos que poderiam ter sido deduzidas no primeiro processo, mas não foram expressamente decididas.¹³⁶

Faz-se, ainda, alguns apontamentos no que diz respeito à relação entre coisa julgada e *cognoscibilidade*. A estabilidade das decisões judiciais, em si, não se põe como um instituto que tem por escopo gerar a maior capacidade de compreensão do sujeito sobre o ordenamento jurídico de forma geral. Porém, esta permite que o jurisdicionado saiba, com um maior grau de precisão, a interpretação conferida aos fatos e à norma jurídica aplicada ao seu caso concreto. Trata-se, dessa forma, de uma maneira para que o cidadão conheça, com um nível menor de ambiguidade, o regramento normativo aplicável à relação jurídica da qual é titular, aumentando, assim, a *cognoscibilidade* normativa.¹³⁷

A *res judicata* se relaciona à *cognoscibilidade* do direito, ainda, pelo fato de que seu regramento deve ser dotado de especial clareza, devendo ser possível ao jurisdicionado conhecer quais normas concretas contidas em uma decisão de mérito podem ser estabilizadas e, ainda, como se dá o regime de sua rescisão. É necessário que se evite, portanto, regras

¹³⁴ Nessa linha de raciocínio, Nieva-Fenoll afirma que a coisa julgada seria uma norma que consiste “em uma proibição de reiteração de juízos”, a qual teria como fundamento principiológico a segurança jurídica, que “requer que cada assunto somente se possa decidir uma única vez” (NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada...*, p. 135)

¹³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...*, p. 70-74.

¹³⁶ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 86.

¹³⁷ Nesse ponto, Humberto Ávila afirma que a *cognoscibilidade* exige que o direito guie as pessoas, o que, porém, traz uma necessidade de que essas tenham “condições de saber o que ele significa”, embora sem que se confunda a segurança jurídica com univocidade. O autor argumenta, ainda, que a clareza normativa “depende da medida da particularização normativa” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 340-341) É razoável concluir, com base nessas ideias, que a coisa julgada, ao acobertar uma norma jurídica concreta veiculada em uma determinada decisão, acaba por reduzir o âmbito de ambiguidade e, conseqüentemente, por aumentar a *cognoscibilidade* normativa.

excessivamente vagas referentes ao à coisa julgada, bem como às formas de se desconstituí-la.^{138_139}

À instrumentalização acima apontada deve-se agregar um outro dado, qual seja: a coisa julgada não é guiada pelas exigências de imutabilidade e previsibilidade¹⁴⁰, cuidando-se, em verdade, de uma norma que busca conferir ao jurisdicionado *confiabilidade*, *calculabilidade* e *cognoscibilidade*.¹⁴¹

Essa constatação faz com que a coisa julgada se localize, como aponta Anissara Toscan, “entre mutabilidade e imutabilidade”, de modo que não há uma imutabilidade absoluta da decisão transitada em julgado¹⁴². Enxergando a *res judicata* como uma norma que busca satisfazer a exigência de *confiabilidade* ou continuidade, decorrente da segurança jurídica, pode-se dizer que a norma concreta por ela protegida torna-se “tendencialmente imutável, sem contudo apelar para a imutabilidade”.¹⁴³

Desse modo, pode-se afirmar que a coisa julgada não se encontra um parâmetro de imutabilidade absoluta. A própria perspectiva doutrinária que entende a coisa julgada dessa forma, como bem apontado por Barbosa Moreira, não escaparia da “mais superficial mirada ao ordenamento jurídico brasileiro”¹⁴⁴, na medida em que este sempre contou com mecanismos para desconstituição da estabilidade em questão. Não é possível enxergar este instituto, portanto, por uma perspectiva *tudo-ou-nada*, uma vez que o próprio direito positivo – incluindo a Constituição Federal –, criou mecanismos para sua relativização típica.

Não obstante, como bem aponta Cabral (referindo-se às estabilidades como um todo, mas desenvolvendo raciocínio que se aplica, especialmente, à coisa julgada), a superação de uma estabilidade depende de critérios rígidos e que sejam previamente estabelecidos, a fim de

¹³⁸ É o que se infere das lições de Robert Ziff, quando afirma que “res judicata has a particular need for clear, well-known rules” (ZIFF, Robert. For one litigant’s sole relief: unforeseeable preclusion and the second restatement. *Cornell Law Review*, n. 77, 1992).

¹³⁹ Anissara Toscan, nessa ordem de ideias, sustenta que “a cognoscibilidade exige que os jurisdicionados sejam capazes de compreender tanto os possíveis sentidos da sentença estável, como os possíveis sentidos da própria incidência da coisa julgada sobre essa sentença, aqui e ali, à vista de núcleos de significação previamente calculáveis” (TOSCAN, Anissara. *Coisa julgada revisitada*..., p. 241).

¹⁴⁰ TOSCAN, Anissara. *Coisa julgada revisitada*..., p. 241-242.

¹⁴¹ Trata-se de noção que Humberto Ávila trouxe em relação, de forma mais geral, à segurança jurídica, mas que parece perfeitamente aplicável à coisa julgada (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*..., p. 270-271).

¹⁴² TOSCAN, Anissara. *Coisa julgada revisitada*..., p. 262.

¹⁴³ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*..., p. 373-374.

¹⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, Considerações sobre a chamada ‘relativização da coisa julgada material’..., p. 225.

que se evite a banalização da modificação de posições jurídicas estáveis, de modo que estas somente venham a ocorrer em situações excepcionais.¹⁴⁵

A perspectiva de que a coisa julgada se caracteriza como uma estabilidade que é tendencialmente imutável coaduna-se com a noção de que a própria segurança jurídica, hoje, impõe um ambiente jurídico que seja argumentativamente controlável, como apontado anteriormente.¹⁴⁶

A coisa julgada, portanto, deve ser lida como uma qualidade que torna tendencialmente imutável a norma jurídica concreta veiculada em uma determinada decisão de mérito. Ao longo do presente trabalho, porém, por vezes, se referirá à coisa julgada como uma condição de imutabilidade da decisão, pelo fato, apenas, de este ser o signo que tradicionalmente é utilizado para se reportar à estabilidade do provimento jurisdicional de mérito.

1.5. O *status* constitucional da coisa julgada.

Salientada a relação entre coisa julgada e segurança jurídica, é necessário que, agora, se investigue se o instituto sob análise possui ou não *status* constitucional; deve-se, também, verificar *como* se dá a proteção constitucional da imutabilidade das decisões de mérito. A análise que se realizará no presente tópico se impõe, principalmente, pelo fato de que parte da doutrina sustenta que a *res judicata* teria caráter meramente processual, de modo que não seria constitucionalmente garantida.¹⁴⁷

Trata-se de tese que, no Brasil, foi capitaneada por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, os quais sustentam, também, que a norma que prescreve a proteção da coisa julgada, expressamente prevista no art. 5º, XXXVI, CF, seria uma vedação, apenas, de que a atividade do Poder Legislativo retroagisse sobre a decisão transitada em julgado.¹⁴⁸

Os dois argumentos acabam se entrelaçando, pois Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria tentam conferir interpretação limitada à regra constitucionalmente prevista referente à coisa julgada a um “tema de direito intertemporal”, de modo que haveria, tão

¹⁴⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 614.

¹⁴⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 275.

¹⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FÁRIA, Juliana Cordeiro. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da Coisa Julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 190-191.

¹⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FÁRIA, Juliana Cordeiro. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado..., p. 190-191.

somente, uma concretização do princípio da irretroatividade das leis¹⁴⁹. O conteúdo da garantia constitucional da coisa julgada, portanto, nada mais teria do que aquilo que já é, de certa forma, consectário da irretroatividade legislativa. O que viesse a ultrapassar o referido princípio seria, para tais autores, apenas um regramento que se extrai da legislação processual, não tendo, portanto, natureza constitucional.

É importante pontuar que essa tese tem por escopo, principalmente, corroborar a ideia de que a coisa julgada poderia ser modificada em razão de vício de inconstitucionalidade, ainda que fora das hipóteses de ação rescisória previstas em lei e sem a necessidade de se observar qualquer prazo¹⁵⁰. Desse modo, o Poder Judiciário teria a possibilidade de desconstituir decisões transitadas em julgado em razão de sua incompatibilidade com a Carta Magna, uma vez que, nesse caso, não haveria uma retroatividade legislativa sobre a *res judicata*.

A argumentação em questão, contudo, é objeto de fortes críticas doutrinárias.

No que tange à ideia de que a coisa julgada se limitaria a impedir a retroatividade da lei sobre as decisões transitadas em julgado, Cândido Rangel Dinamarco sustenta que, embora a Carta Magna se refira apenas à lei, quando do estabelecimento da impossibilidade de retroatividade normativa sobre a coisa julgada, o constituinte teria dito menos do que pretendia. Desse modo, seria vedado aos demais poderes, e não apenas ao legislador ordinário, violar norma jurídica concreta veiculada em provimento imutabilizado pela coisa julgada.¹⁵¹

É importante que se observe, como bem aponta Talamini, que a coisa julgada, enquanto garantia constitucional, prevista no art. 5º da Carta Magna, não pode ter interpretação meramente literal, mas, em realidade, deve passar por atividade hermenêutica extensiva, conferindo-lhe o máximo âmbito de proteção possível¹⁵². Essa abordagem é verificada em outras garantias fundamentais, como a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF) e a

¹⁴⁹THEODORO JÚNIOR, Humberto; DE FÁRIA, Juliana Cordeiro. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista dos Tribunais*, 2002. p. 129.

¹⁵⁰ Essa posição é expressada quando os autores afirmam que “[o]s Tribunais, com efeito, não podem se furtar de, até mesmo de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada o que pode se dar a qualquer tempo, seja em ação rescisória (não sujeita a prazo), em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução”. Os mencionados juristas entendem dessa forma, pois não seria possível submeter a “coisa julgada inconstitucional” “ao mesmo regime da coisa julgada ilegal”, razão pela qual a violação à carta magna deveria ser tida como uma “nulidade absoluta, como é o exemplo, do processo em que há vício de citação” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; DE FÁRIA, Juliana Cordeiro. A coisa julgada inconstitucional..., p. 139-140).

¹⁵¹DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. São Paulo: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 55/56, p. 25-70, 2001. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2055-56.pdf#page=25>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

¹⁵² O autor afirma que, em vez de se interpretar as disposições de forma literal, deve-se “aplicar a máxima de hermenêutica pela qual as normas sobre direitos e garantias fundamentais merecem interpretação extensiva” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 50).

isonomia (art. 5º, *caput*, CF)¹⁵³, as quais têm, na literalidade de seus enunciados, previsão de que sua proteção se coloca apenas em relação à lei, embora não haja dúvidas de que seu âmbito de incidência atinge, também, os Poderes Executivo e ao Judiciário.¹⁵⁴

E seria pouco razoável entender que a proteção constitucional da coisa julgada limitar-se-ia à irretroatividade da lei, pois, dessa forma, estar-se-ia conferindo ao julgador, na aplicação da lei, poder consideravelmente superior àquele do qual é dotado o legislador quando da sua criação.¹⁵⁵

Assim, a limitação da coisa julgada à irretroatividade da lei e, portanto, a impossibilidade de proteção do instituto em sede constitucional carece de sentido. Impor limites tais, inclusive, faz com que se perca de vista a nítida relação entre *res judicata* e segurança jurídica e, de modo mediato, a relação existente entre a imutabilidade das decisões e o próprio Estado de Direito.¹⁵⁶

Pontua-se que, não obstante haja divergência sobre o fundamento da segurança jurídica, a doutrina é praticamente pacífica no sentido de que esta é constitucionalmente garantida¹⁵⁷. Diante desse cenário, e, levando-se em consideração, como já pontuado, que a coisa julgada é um instrumento de concretização da segurança jurídica, parece difícil negar-lhe caráter constitucional.

Tendo em vista a correlação entre coisa julgada e segurança jurídica, bem como sua consagração constitucional, parte da doutrina sustenta a impossibilidade de supressão da estabilidade analisada do texto constitucional, a qual teria caráter de cláusula pétrea¹⁵⁸. Outros

¹⁵³ Quanto à isonomia, especificamente, Canotilho sustenta que esta seria, tradicionalmente, entendida como “exigência de igualdade na aplicação do direito”, o que já estende a concepção de simples igualdade perante a lei. O autor tece alguns comentários acerca desse princípio, o estendendo, por exemplo, à criação do direito, ou seja, deve-se produzir normas isonômicas. Ainda são tecidos alguns comentários sobre o princípio, os quais não serão analisados aqui, por fugirem do escopo deste trabalho. De todo modo, é possível concluir que a interpretação literal de que a isonomia se limita à igualdade perante a lei mostra-se insuficiente, o que demonstra a necessidade de se conferir uma interpretação extensiva em sede de direitos e garantias fundamentais (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* ..., p. 426-427).

¹⁵⁴ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão* ..., p. 50.

¹⁵⁵ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão* ..., p. 51.

¹⁵⁶ Nelson Nery Jr., defendendo a proteção constitucional da coisa julgada, sustenta que esta seria um consectário do Estado de Direito, de modo que seria qualificada como uma cláusula pétrea, na medida em que consiste em um dos fundamentos da República (NERY JR. Nelson, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 91).

¹⁵⁷ Ravi Peixoto sustenta que, de forma dedutiva, é possível extrai-la do preâmbulo da Constituição, bem como de seu art. 5º. Por outro lado, de maneira indutiva, pode-se constatar “eficácias pontuais, que demonstram a sua existência naquele ordenamento jurídico” (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica* ..., p. 64-65).

¹⁵⁸ Nesse sentido: TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão* ..., p. 51.

autores, entendendo de modo diverso, sustentam que o que não poderia ser abolido do ordenamento seriam “a própria segurança jurídica e a estabilidade dos atos processuais”¹⁵⁹.

Ao que tudo indica, é possível que haja, em um plano hipotético, segurança jurídica em um ordenamento sem que se preveja, necessariamente, o instituto da coisa julgada, com todas as suas facetas, principalmente quando se tem em mente de que o princípio em questão comporta níveis diversos de realização. De todo modo, tendo em vista o caráter constitucional da coisa julgada, a qual, inclusive, consiste em um direito fundamental (art. 5º, XXXVI, CF), não parece possível suprimi-la do ordenamento jurídico brasileiro em absoluto, sob pena de se estar violando uma cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, CF).

Diante de todo esse cenário, pode-se concluir que a coisa julgada é um instituto de matriz constitucional, não sendo sua proteção limitada, apenas, à irretroatividade da lei, mas vedando, também, que os Poderes Judiciário e Executivo venham a violá-la.

1.6. Coisa julgada e gradações diversas de estabilidade.

Até certo tempo atrás, parte da doutrina não observava que a coisa julgada se insere em um contexto processual mais amplo, consistente na teoria das estabilidades. Isso era ignorado por parcela da literatura jurídica pelo fato de que a *res judicata* consiste na estabilidade de maior grau no ordenamento jurídico, de modo que, como coloca Antonio do Passo Cabral, alguns acabam por desenvolver uma espécie de “cacoete acadêmico”, pelo qual se tentava reduzir todas as estabilidades à coisa julgada.^{160_161}

Como evidenciado anteriormente, esta forma de enxergar a coisa julgada em muito se relaciona com a ideia de que a segurança jurídica seria um instituto *tudo-ou-nada*, ou seja, que ou há segurança absoluta ou não há segurança alguma.

A tentativa de se encaixar todas as estabilidades no instituto da coisa julgada pode ser vista em alguma medida nos dias de hoje, por exemplo, na análise que parte da doutrina faz em relação à estabilidade prevista no art. 304 do Código de Processo Civil. Alguns juristas argumentam que, após o prazo de 02 (dois) anos para a propositura da ação de integralização

¹⁵⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 327.

¹⁶⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 324.

¹⁶¹ No mesmo sentido, Cintia Guedes aponta que existe um equívoco doutrinário de “entender que qualquer estabilidade a qual o legislador atribua aptidão para produzir algum efeito extraprocessual corresponde à coisa julgada, e passa-se a enquadrar toda estabilidade que tenha algum efeito vinculante em outro processo no conceito de coisa julgada” (GUEDES, Cintia Regina. *A estabilidade das decisões judiciais...*, p. 122).

da cognição, haveria uma completa impossibilidade de revisão do pronunciamento, de modo que ambas as estabilidades se equivaleriam.¹⁶²

Todavia, esta percepção de que as duas estabilidades se equivalem parece refletir o “cacoete acadêmico” apontado por Cabral. A estabilização da tutela antecipada antecedente, a despeito de ter características semelhantes àquelas que se observa na *res judicata*, não é idêntica a esta. Aponta-se, por exemplo, para o fato de que a estabilidade do art. 304 não é dotada de função positiva, um dos traços marcantes da coisa julgada.¹⁶³

O cenário das estabilidades processuais, portanto, vai muito além da coisa julgada¹⁶⁴. Inclusive, até mesmo para que se tenha uma melhor compreensão da estabilidade estudada no presente trabalho, se faz necessário investigar algumas outras espécies que compõem esse sistema. Com base nessa análise, será possível compreender melhor o funcionamento e a diversidade dos níveis de estabilidade existentes no ordenamento jurídico pátrio.

1.6.1. Coisa julgada e preclusão.

Uma das estabilidades à qual a doutrina mais se refere em um estudo amplo da teoria das estabilidades é a preclusão. Analisando a contraposição entre esta e a coisa julgada, a doutrina acaba por desenvolver grandes debates sobre as fronteiras que se colocam entre ambas, para se definir onde se encerra a preclusão – estabilidade de menor grau – e onde se inicia a coisa julgada.

Sobre o conceito de preclusão, especificamente, Chiovenda é tido pela doutrina como o responsável por delineá-lo e estabelecer suas características e limites. É importante que se tenha em mente, antes de se adentrar na definição do instituto propriamente, que é possível extrair dois conceitos de preclusão pela obra do autor italiano, conforme se demonstrará a seguir.

¹⁶² Frederico Augusto Gomes e Rogério Rudiniki Neto sustentam que, ainda que se afirme que a estabilização da tutela antecipada antecedente não forma coisa julgada, após o prazo de 02 (dois) anos seus efeitos seriam idênticos aos da *res judicata*, de modo que não haveria razão para diferenciar as duas modalidades de estabilidade (GOMES, Frederico Augusto; RUDINIKI NETO, Rogério. Estabilização da tutela de urgência: estabilidade da medida [coisa julgada?], prestações periódicas e a “alienação da coisa litigiosa”. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre [org.]. *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Salvador: Juspodivm, 2. ed, 2016. p. 152-153).

¹⁶³ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 322.

¹⁶⁴ Na Itália, Giuseppe Trisorio Liuzzi aponta que não há uma correlação necessária entre tutela dos direitos, cognição exauriente, sentença e coisa julgada, o que leva à conclusão de que alguns desses elementos podem, por vezes, existir sem os demais. Todavia, o autor aponta que, a despeito de não existir tal relação, não se pode negar que “il giuricato rapresenti comunque un valore nel nostro sistema e soprattutto nell’ambito della giurisdizione contenziosa” (LIUZZI, Giuseppe Trisorio. *Centralità del giudicato al tramonto?* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016. p. 17)

A primeira forma de se definir a preclusão seria como a perda de uma faculdade processual¹⁶⁵. Quanto à razão de ser desta perda, Chiovenda apontava para três motivos básicos: i) por não se ter observado uma formalidade legal, destacando-se os termos peremptórios; ii) por se ter praticado um ato incompatível com a faculdade que se pretende exercitar; iii) por já se ter exercido a faculdade.¹⁶⁶

Essas espécies de preclusão delineadas por Chiovenda acabam por corresponder às três modalidades desta estabilidade que, atualmente, se aceita na doutrina brasileira, quais sejam: i) preclusão temporal; ii) preclusão lógica; iii) preclusão consumativa.¹⁶⁷

É necessário que se esclareça que, no que diz respeito ao intuito da preclusão, é possível relacioná-la, pela doutrina de Chiovenda, à necessidade de se conferir um maior dinamismo à marcha processual, a fim de que esta tenha um desenvolvimento escoreito.¹⁶⁸⁻¹⁶⁹

Quanto à segunda acepção de preclusão constante na obra de Chiovenda, tem-se que este fenômeno também poderia restar configurado pela impossibilidade de que o juiz decida novamente questões incidentais que já tenha, anteriormente, decidido naquele mesmo processo.

¹⁶⁵ Especificamente, a preclusão seria “la pérdida o extinción o consumación, como se quiera, de una facultad procesal por el solo hecho de haberse alcanzado los límites señalados por la ley a su ejercicio (CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa juzgada y preclusión...*, p. 224-225).

¹⁶⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa juzgada y preclusión...*, p. 226.

¹⁶⁷ Nesse sentido, Heitor Sica salienta que esta primeira definição do conceito de preclusão extraída da obra de Chiovenda é adotada no Brasil “sem nenhuma ressalva” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 84).

¹⁶⁸ Na obra do autor italiano, é possível observar isso, especificamente, quando é dito que a preclusão é “impuesta por exigencias de orden y de seguridad em el desarrollo del proceso” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa juzgada y preclusión*. In: *Ensayos de derecho procesal civil*, t. III. Buenos Aires: EJE, 1949. p. 270). Nessa passagem, porém, Chiovenda estava tratando, especificamente, sobre a preclusão que recai sobre questões incidentais, diferenciando-a da coisa julgada, que produziria efeitos extraprocessuais. Não é difícil, porém, enxergar que as mesmas conclusões poderiam ser atingidas no que diz respeito à preclusão que recai sobre faculdades processuais. Na mesma ordem de ideias, Talamini afirma que o instituto da preclusão “destina-se a conferir segurança e previsibilidade ao jurisdicionado e eficiência à máquina jurisdicional, no curso do processo” (TALAMINI, Eduardo. *Cosa juzgada e sua revisão...*, p. 133).

¹⁶⁹ Porém, ao ligar a preclusão a uma noção de desenvolvimento da marcha processual, é possível verificar uma primeira incongruência na teoria de Chiovenda, uma vez que sua modalidade consumativa não se prestaria a tal fim. O exercício de um ato anteriormente já praticado, em si, não ensejaria um obstáculo ao desenvolvimento do procedimento, haja vista o fato de a própria lei determinar prazos para este, de modo que parte da doutrina entende não ser possível se falar em preclusão consumativa. Nesse sentido, Heitor Sica defende que, caso um ato fosse praticado novamente, dentro do prazo legal, poder-se-ia reputá-lo “como emenda ou complemento”, de modo que o que ensejaria a extinção do direito da parte seria “o transcurso do prazo, e não a sua prática em momento anterior” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil...*, p. 153). No mesmo sentido, em análise do art. 223 do Código de Processo Civil, Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca afirmam que “[a]ntes de decorrido o prazo, pode a parte emendar o ato processual, ou seja, não mais se cogita de preclusão consumativa”, de modo que “[a] emenda só fica prejudicada pelo decurso do prazo (preclusão temporal) ou pela prática de ato incompatível (preclusão lógica)” (NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; DA FONSECA, João Francisco Naves. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 757. e-book).

Essa proibição, porém, não impediria que a mesma questão fosse decidida em um processo subsequente.¹⁷⁰

As questões incidentais envolveriam, para o autor italiano, questões processuais e substanciais que venham a ser decididas em decisão interlocutória ou ainda em sentença, desde que não consistissem no próprio objeto do processo. Dentre essas questões, haveria especial destaque para as questões prejudiciais¹⁷¹, que poderiam sempre vir a ser objeto de novo julgamento em processos posteriores.¹⁷²⁻¹⁷³

Um exemplo de preclusão sobre questões incidentais analisado por Chiovenda consiste na competência, pois o ato decisório referente a esta matéria não teria aptidão para ser acobertado pela coisa julgada, já que não teria relação com o mérito da demanda propriamente, de modo que eventual decisão a seu respeito seria estabilizada apenas no âmbito interno do processo.¹⁷⁴

Alguns autores, por outro lado, entendem que não seria correto se falar em preclusão sobre questões incidentais como um fenômeno autônomo, pois esta, em realidade, nada mais seria do que um óbice decorrente da inércia das partes, quando essas não impugnam uma determinada decisão, de modo que passa a ser vedado ao magistrado decidir a matéria anteriormente julgada novamente¹⁷⁵. Esse modo de enxergar a preclusão sobre questões incidentais, contudo, acaba por confundir causa e consequência, isto é, a inércia das partes com a consequente impossibilidade de que o magistrado venha a reapreciar a questão.

De todo modo, ao que parece, considerar a preclusão sobre questões incidentais como fenômeno autônomo ou como mero reflexo da preclusão que se opera em relação às partes não

¹⁷⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa juzgada y preclusión...*, p. 270.

¹⁷¹ Fazendo uma breve análise sobre as questões prejudiciais, é possível afirmar que essas ocorrem quando há “uma prioridade logicamente necessária na solução de determinadas questões, em razão do condicionamento que daí resulta para a de outras e que se refletirá especificamente no sentido em que essas outras hão de ser, por sua vez, resolvidas” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Instituto Mackenzie, 1967. p. 41-42).

¹⁷² CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa juzgada y preclusión...*, p. 269-271.

¹⁷³ Nesse ponto, porém, é importante observar que parte da doutrina é crítica à inserção da estabilidade que recai sobre as decisões incidentais, também, sob o rótulo de preclusão. A primeira razão para isso consiste no fato de que essa modalidade estabilização, em última análise, não recai sobre uma faculdade, formando-se, em realidade, sobre uma situação jurídica do julgador, vedando que este venha a redecidir determinada questão. Isso leva à conclusão de que o conceito tradicional de preclusão, como perda de uma faculdade processual, não se mostra adequado para sua segunda acepção, uma vez que o juiz não é dotado de faculdades ou direitos, mas sim de poderes-deveres. Nesse sentido, Heitor Sica afirma que seria desaconselhável “a utilização do termo preclusão para ambas as situações”. (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil...*, p. 267).

¹⁷⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa juzgada y competencia*. In: *Ensayos de derecho procesal civil*, t. III. Buenos Aires: EJE, 1949. p. 213-214.

¹⁷⁵ TOSCAN, Anissara. O paradoxo da “preclusão judicial” e o poder instrutório do juiz em perspectiva comparada. vol. 5. São Paulo: *Revista de Processo Comparado*, 2017. p. 15-42.

possui repercussões sobre a estabilidade em questão, de modo que, via de regra, proferida uma decisão incidental sobre determinada questão, não pode o magistrado voltar a apreciá-la caso a parte não interponha o recurso cabível no prazo legal.¹⁷⁶

Traçadas as características clássicas do instituto da preclusão, deve-se, agora, distingui-la da coisa julgada. A primeira diferença que é apontada pela doutrina consiste no fato de que a preclusão somente produziria efeitos endoprocessuais, isto é, no processo em que esta se formou, ao passo em que a coisa julgada seria apta a projetar-se para fora do processo, tratando-se, portanto, de uma estabilidade extraprocessual¹⁷⁷. Haveria, também, uma distinção de objetivos entre os institutos, pois a preclusão teria por finalidade dar andamento à marcha processual, enquanto o escopo da coisa julgada seria solucionar a controvérsia em definitivo.¹⁷⁸

Os respectivos objetos sobre os quais recaem preclusão e coisa julgada também seriam diversos na concepção clássica, pois esta se formaria em relação à decisão de mérito, ao passo em que aquela teria como âmbito de incidência a solução de questões incidentais.¹⁷⁹

Diante disso, fica claro que, por uma perspectiva tradicional, as diferenças entre preclusão e coisa julgada diriam respeito a três aspectos: i) efeitos; ii) finalidades; iii) âmbito de incidência.

Parte da doutrina contemporânea, porém, vem questionando a subsistência da distinção clássica que se coloca entre preclusão e coisa julgada. Antonio do Passo Cabral, propondo uma reformulação da teoria das estabilidades, sugere que a preclusão passe a ser vista como seu centro gravitacional, de modo que toda espécie desse conjunto possa se encaixar nessa estabilidade genérica¹⁸⁰. Diante disso, a preclusão seria o “arquétipo das estabilidades”.¹⁸¹

Essa proposta de Cabral parte da premissa que é inadequado tentar enxergar que toda estabilidade deve se encaixar no instituto da coisa julgada, que seria a “estabilidade por

¹⁷⁶ Essa ideia, porém, comporta exceções, na medida em que, em determinadas hipóteses, ainda que o magistrado tenha decidido uma questão e as partes não tenham impugnado a decisão, será possível reapreciá-la. É o caso, por exemplo, dos pressupostos processuais e das condições da ação (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil...*, p. 230-234). De toda forma, até mesmo em relação a essas questões que, tradicionalmente, entendia-se pela não ocorrência de preclusão, parte da doutrina vem, atualmente, entendendo que, não tendo a parte apresentado recurso no momento oportuno, não pode o magistrado rediscuti-la posteriormente, como sustenta, por exemplo, Fredie Didier Jr., ao argumentar que “mesmo para os casos das (mal) chamadas nulidades absolutas ou nulidades de fundo” haveria uma aplicação ao regime das preclusões (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. vol. 1. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 423).

¹⁷⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa juzgada y competencia...*, p. 215-216.

¹⁷⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa juzgada y competencia...*, p. 215-210.

¹⁷⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa juzgada y preclusión...*, p. 269-270.

¹⁸⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 336-337.

¹⁸¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 339.

excelência”. A *res judicata*, com isso, deveria ser vista apenas como uma das espécies de estabilidades¹⁸². Para que essa reformulação seja feita, portanto, eleva-se a preclusão ao posto de instituto central da teoria das estabilidades, no qual todas as demais deveriam recair.

Para que a preclusão fosse enquadrada como o modelo genérico de estabilidades, contudo, seria necessário rever a proposta de Chiovenda de que esta produz efeitos meramente endoprocessuais. Isso porque, do contrário, não seria possível enquadrar algumas das outras espécies de estabilidade em seu modelo com conteúdo mínimo.

Ciente disso, Cabral afirma que a construção de Chiovenda deveria ser modificada, para que se admitisse que a preclusão produza efeitos extraprocessuais. Isso, na visão do autor, não seria inviabilizado pelo direito positivo, uma vez que o conceito de preclusão, em si, é desenvolvido, essencialmente, por meio de construções doutrinárias.¹⁸³

A distinção que se colocou classicamente no que diz respeito à coisa julgada e à preclusão, com isso, é atualmente questionada por alguns setores da doutrina. Isso não implica, porém, em uma modificação no conteúdo das estabilidades em si, mas apenas traz uma ampliação daquilo que poderia ser considerado preclusão, de modo que essa estabilidade, por meio da releitura proposta por Cabral, seria um modelo genérico, no qual toda e qualquer espécie de posição processual estável poderia recair.

No presente trabalho, porém, adota-se a ideia de que não há razões práticas para que se assuma que a preclusão é o modelo genérico das estabilidades, tampouco admitir que esta produz efeitos extraprocessuais. Embora seja taxonomicamente possível posicionar a preclusão dessa forma na teoria das estabilidades, uma vez que não há no direito positivo elementos que limitem sua definição, este não parece ser o arranjo mais adequado com base em um critério de utilidade.

Ao se enquadrar a preclusão como o modelo genérico das estabilidades, sobre o qual podem recair todas as demais espécies desse sistema, tem-se, em última análise, uma confusão entre o gênero (estabilidade) e a espécie (preclusão). Dessa forma, sustentar que todas as estabilidades podem se encaixar no modelo da preclusão levaria a um raciocínio circular, pois seria o mesmo que dizer que toda estabilidade se enquadra no gênero estabilidade.

Para além disso, o raciocínio em questão não produz um conteúdo propriamente novo na teoria das estabilidades. Ao se admitir que todas as estabilidades se encaixam na preclusão,

¹⁸² CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 312.

¹⁸³ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 337.

os limites e efeitos de cada uma das espécies não é modificado; há, apenas, uma mudança de classificação.

Por fim, a proposta de modificação do conceito de preclusão também traz um prejuízo do ponto de vista taxonômico, pelo fato de que, dessa maneira, aquelas situações jurídicas cuja estabilidade produz efeitos meramente endoprocessuais deixam de ter uma espécie na qual podem se enquadrar.

Não se quer dizer, porém, que uma ampliação do conceito de preclusão seja impossível, pois, em última análise, o direito positivo não estabelece balizas que impeçam essa alteração. A inadequação da alteração decorre, repita-se, da adoção de um critério de utilidade na taxonomia da teoria das estabilidades processuais.

Não parece ser necessário, destarte, estabelecer um “arquétipo das estabilidades”¹⁸⁴, tal como propõe Cabral, inserindo a preclusão no local anteriormente ocupado pela coisa julgada. Mostra-se adequada, de toda forma, a crítica relativa ao papel de centralidade que se tenta conferir à coisa julgada. De fato, não é razoável tentar encaixar toda e qualquer estabilidade no conceito de *res judicata*, sendo possível haver outras espécies com objeto, limites e efeitos diversos.

1.6.2. Coisa julgada formal e material.

No estudo das estabilidades, outra classificação que a doutrina costuma fazer consiste na dicotomia entre coisa julgada formal e material. No caso da primeira, tem-se que esta restaria configurada mediante o esgotamento das vias recursais, de modo que a coisa julgada formal seria a estabilidade que se forma sobre uma decisão quando não há mais mecanismos para impugná-la no âmbito endoprocessual.¹⁸⁵

Tomando por base a definição de coisa julgada formal, é razoável concluir que, a rigor, toda decisão terminativa ou definitiva virá, com o decurso do tempo, a ser acobertada por esta estabilidade, haja vista ser este fenômeno uma simples decorrência do esgotamento das vias recursais.¹⁸⁶

¹⁸⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 339.

¹⁸⁵ Machado Guimarães afirma que esta estabilidade se forma “quando o processo se obteve uma sentença não mais sujeita a impugnações”: GUIMARÃES, Luiz Machado. *Coisa julgada, preclusão...*, p. 12.

¹⁸⁶ Nesse sentido: CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile...*, p. 764; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 131.

A coisa julgada material, por outro lado, operar-se-á quando houver um efetivo julgamento do mérito da demanda, ou seja, quando o objeto do processo é decidido pelo magistrado, produzindo efeitos que vinculam processos posteriores.¹⁸⁷

Com base nessas características, quando se fala em coisa julgada formal, geralmente está a se referir àquelas decisões com conteúdo meramente processual, que extinguem o processo em razão do não preenchimento de alguma condição da ação ou de pressuposto processual, não obstante, a rigor, decisões de mérito também sejam, com o fim do processo, acobertadas pela imutabilidade formal.

Estabelecidas as fronteiras entre coisa julgada formal e material, parte da literatura jurídica sustenta que aquela nada mais seria do que uma preclusão, haja vista o fato de se reduzir à perda da situação jurídica ativa consistente na possibilidade de se impugnar uma determinada decisão terminativa ou definitiva; essa perda, porém, não ensejaria efeitos extraprocessuais¹⁸⁸, de modo que seu regime em muito conflui com aquele estabelecido para a preclusão.¹⁸⁹

Heitor Sica, por outro lado, argumenta que a coisa julgada formal merece tratamento doutrinário autônomo, não devendo, simplesmente, ser esta tratada como uma mera preclusão, uma vez que a estabilidade que se forma com o esgotamento das vias recursais tem efeito amplo, impedindo toda e qualquer discussão no âmbito endoprocessual.¹⁹⁰

Outra parte da doutrina alega que o conceito de coisa julgada formal careceria de sentido não por estar englobado na preclusão, mas sim pelo fato de que a *res judicata* em si consistiria em um instituto único, de modo que não faria sentido dividi-la em duas categorias. Nesse sentido, Nieva-Fenoll sustenta que ambas as estabilidades analisadas teriam exatamente a

¹⁸⁷ Nesse ponto, Talamini argumenta que “[t]odas as sentenças, mesmo que não sejam de mérito, são aptas a operar a coisa julgada formal. Todavia, só nas sentenças de mérito, nas condições acima vistas, a ocorrência da coisa julgada formal é acompanhada da coisa julgada material” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 131).

¹⁸⁸ Fredie Didier coloca que a ausência de efeitos extraprocessuais decorre do fato de que o juízo de admissibilidade diz respeito a questões incidentais, e não, propriamente, à questão central da demanda, isto é, ao mérito, que constitui o objeto do processo (DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 94).

¹⁸⁹ Machado Guimarães, observando essas características, argumenta que “sentença passada em julgado, coisa julgada em sentido formal e preclusão são diversas denominações usadas para designar um só conceito” (GUIMARÃES, Luiz Machado. *Coisa julgada, preclusão, efeito preclusivo...*, p. 13). No mesmo sentido, Chiovenda utiliza os termos coisa julgada formal e preclusão como sinônimos, ao afirmar que a estabilidade que se forma com o esgotamento das vias recursais seria uma “preclusione delle impugnative” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile...*, p. 763).

¹⁹⁰ Nesse sentido: “os efeitos da coisa julgada formal são muito mais extensos do que os da simples preclusão, pois são associados à sentença (ato que põe fim, ou a parte do processo, ou a ela como um todo)”. Em sequência, arremata o autor, afirmando que “não podemos concordar com aqueles que refutam a utilidade desse particular conceito, mesmo reconhecendo estar este englobado no conceito mais amplo de preclusão” (SICA, Heitor Vítor Mendonça. *Preclusão processual civil...*, p. 216-217).

mesma finalidade, que é preservar uma decisão judicial¹⁹¹. O autor chega a defender, de maneira diversa da doutrina tradicional no Brasil, que se um processo é extinto em razão de um defeito meramente processual e o jurisdicionado vem a repropor demanda idêntica, deve o magistrado, no segundo processo, extingui-la em razão da coisa julgada formal. Desse modo, haveria efeitos extraprocessuais também nessa modalidade de estabilidade.^{192_193}

Salientadas tais questões, deve-se analisar, neste momento, o art. 486, §1º, Código de Processo Civil, o qual modificou a forma como se opera a estabilidade das decisões que contêm conteúdo meramente processual.

1.6.2.1. Art. 486, §1º, CPC/2015, e o maior grau de estabilidade das decisões terminativas.

Como se viu no item anterior, as decisões que extinguem o processo sem resolução do mérito poderiam ser acobertadas, de acordo com a doutrina tradicional, pela coisa julgada formal, que consistiria em uma vedação à rediscussão da decisão no âmbito endoprocessual.

Todavia, ainda no Código de Processo Civil de 1973, havia uma hipótese de decisão terminativa cuja estabilidade produzia efeitos extraprocessuais, qual seja, o provimento que extinguir o processo sem resolução do mérito por ter se reconhecido a ocorrência de perempção, litispendência ou de coisa julgada, haja vista a disposição do art. 268 do diploma revogado.

Parte da literatura jurídica, porém, ia além da hipótese expressamente prevista no dispositivo em questão, sustentando que este merecia uma interpretação extensiva, uma vez que a extinção sem resolução do mérito consistiria em uma hipótese de sanção, de modo que a parte vencida não poderia se esquivar das consequências do provimento terminativo por meio da repropositura de uma demanda. Desse modo, a propositura de nova demanda, com o mesmo conteúdo daquela que havia sido extinta, somente seria possível mediante a correção do vício que ensejou o juízo de admissibilidade negativo.¹⁹⁴

¹⁹¹ NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada...*, p. 95.

¹⁹² NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada...*, p. 159.

¹⁹³ Adotando linha de raciocínio semelhante, Ricardo Alexandre da Silva argumenta que, tal como a coisa julgada material, a estabilidade extraprocessual “ocorre igualmente com os provimentos terminativos, proferidos à luz do art. 486, §1º, do CPC” (DA SILVA, Ricardo Alexandre. *A nova dimensão da coisa julgada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 105). A taxonomia tradicional, porém, continua sendo útil, na medida em que não há, mesmo com a atual redação do CPC, plena equiparação entre as estabilidades que se formam sobre as decisões terminativas e as definitivas, conforme se verificará no tópico a seguir.

¹⁹⁴ É o que se pode extrair das lições de Fredie Didier Jr. O autor, porém, afirma que a reforma legislativa do art. 268 do CPC/1973 era de suma importância, bem como se fazia necessário esclarecer a possibilidade de se propor ação rescisória contra as decisões terminativas, de modo que, não obstante houvesse uma defesa da interpretação

Esse quadro, porém, passou por drásticas modificações com o advento do Código de Processo Civil de 2015, por meio, especificamente, do art. 486, §1º. Esse dispositivo aproximou o direito positivo das exigências que eram feitas por parte da doutrina processual, tendo estabelecido que, em determinados casos de extinção do processo sem resolução do mérito, previstos no art. 485, a propositura de uma nova demanda depende da correção do vício que ensejou o provimento jurisdicional terminativo. O §2º do dispositivo, por sua vez, estabelece que o ajuizamento da nova demanda somente será possível mediante o pagamento despesas processuais.

O art. 966, §2º, I, CPC, também veio a colaborar para o estabelecimento do regime desta estabilidade, uma vez que restou determinado pela previsão legal que a decisão que não resolve o mérito poderá ser objeto de ação rescisória, quando obstar a propositura de nova demanda.

Os dispositivos em questão parecem trazer alguns avanços do ponto de vista principiológico. Sob a perspectiva da segurança jurídica, percebe-se que a concessão de efeitos extraprocessuais à estabilidade que acoberta a decisão que extingue o processo sem resolução do mérito acaba por conferir aos jurisdicionados maior *calculabilidade*, uma vez que aquele que foi favorecido pelo provimento terminativo sabe que não será surpreendido pela possibilidade de constantes proposições de demandas que já foram anteriormente julgadas; no regime até então conferido à coisa julgada formal, não havia a mesma margem de previsibilidade para o jurisdicionado.

Também houve um avanço do ponto de vista da economia processual, uma vez que, ao se conferir uma estabilidade extraprocessual à decisão que extingue o processo sem resolução do mérito, o legislador acaba por reduzir o número de demandas repropostas e, conseqüentemente, permite que o Poder Judiciário realize uma melhor alocação de seus recursos.¹⁹⁵

De fato, ainda é possível que o jurisdicionado maneje ação rescisória para atacar decisão terminativa transitada em julgado (art. 966, §2º, I, CPC), o que ainda pode ser um problema pela perspectiva da economia processual. Mas, de toda sorte, o ônus para o autor de uma ação rescisória é superior àquele que poderia lhe ser atribuído em caso de simples repropositura da

extensiva do dispositivo, a reforma legislativa se mostrava importante para o aumento da segurança jurídica (DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação...*, p. 97-99)

¹⁹⁵ Robert Ziff associa a coisa julgada, também, ao princípio da eficiência, na medida em que a imutabilidade das decisões possibilita a realocação dos recursos do Poder Judiciário para outros conflitos que ainda não foram objeto de julgamento. O mesmo raciocínio desenvolvido pelo autor pode ser empregado em outras estabilidades processuais, como aquela que se analisa no presente momento (ZIFF, Robert. For one litigant's sole relief: unforeseeable preclusion and the second restatement. *Cornell Law Review*, n. 77, 1992).

demanda, uma vez que a demanda que visa desconstituir a decisão transitada em julgado depende, para ser admitida, do depósito de 5% do valor da causa, o qual será convertido em multa em caso de inadmissibilidade ou improcedência por unanimidade de votos (art. 968, II, CPC).

Dessa maneira, percebe-se um óbice para a repropositura da demanda, bem como uma dificuldade para a propositura de ação rescisória, o que acaba por produzir um efeito positivo pela perspectiva da economia processual.

Fredie Didier Jr., analisando a referida estabilidade, sustentou que o legislador teria instituído uma “coisa julgada processual”, pela qual as decisões de cunho terminativo tornam-se aptas para produzir efeitos no âmbito extraprocessual¹⁹⁶. Em seguida, o autor alega que o fato de caber ação rescisória contra essa estabilidade corrobora a tese de que se trataria de uma nova espécie de coisa julgada; o regime jurídico das duas estabilidades, dessa forma, seria o mesmo.¹⁹⁷

De modo diverso, Cabral entende que não seria possível encaixar a estabilidade em questão no âmbito da coisa julgada. Para o autor, a doutrina que defende tal ponto de vista estaria, em última análise, incorrendo no vício metodológico de tentar encaixar todas as estabilidades no manto da coisa julgada. Analisando as características da estabilidade do art. 486, §1º, CPC, é possível concluir que esta não possui todos os atributos da coisa julgada, não sendo dotada, por exemplo, de função positiva.¹⁹⁸

Também é possível sustentar que a eficácia negativa da estabilidade, neste caso, não é equiparável àquela que é conferida à coisa julgada material. Isso se verifica na medida em que o art. 486, §1º, permite a propositura de demanda idêntica àquela que transitou em julgado, desde que sanado o vício que ensejou a extinção do primeiro processo. Esse efeito, portanto, embora existente na estabilidade sob análise, não possui a mesma abrangência que é conferida à função negativa da coisa julgada material.

Sobre o argumento de que seria cabível ação rescisória contra essa estabilidade e, conseqüentemente, teria ela o mesmo regime jurídico que se atribui à coisa julgada, deve-se

¹⁹⁶ DIDIER JR., Fredie. *Algumas novidades sobre a disciplina normativa da coisa julgada no Código de Processo Civil brasileiro de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. (Coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. vol. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 93.

¹⁹⁷ DIDIER JR., Fredie. *Algumas novidades sobre a disciplina normativa da coisa julgada no Código de Processo Civil...*, p. 93-94.

¹⁹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 341.

observar que o que ocorreu, apenas, foi uma modificação do âmbito de incidência desse meio de impugnação extraordinário, sem que isso represente a transformação em coisa julgada de toda estabilidade por ela atacável.¹⁹⁹

A ampliação do cabimento da ação rescisória pode ser notada, também, pelo fato de que esta é, atualmente, o remédio processual apto para impugnar a decisão que defere a expedição de embargos monitórios e que não é embargada (art. 701, §3º, CPC). A doutrina entende que, pela cognição sumária desenvolvida no processo monitorio, não haveria decisão sobre o mérito e, conseqüentemente, não haveria que se falar em coisa julgada material.²⁰⁰

Esse exemplo ajuda a ilustrar que o meio de impugnação de uma decisão estabilizada não tem a aptidão de definir a natureza da estabilidade. O simples cabimento de ação rescisória, dessa forma, não é o suficiente para equiparar a estabilidade do art. 486, §1º, CPC, à coisa julgada.

Não se pode perder de vista, porém, que, ao estabelecer o cabimento de ação rescisória como o meio de impugnação contra uma determinada decisão não acobertada por coisa julgada, o legislador está conferindo maior intensidade à estabilidade, ainda que inferior àquela que é atribuída à coisa julgada²⁰¹. Esse raciocínio se justifica pelo fato de que a ação rescisória possui hipóteses de cabimento restritivas (art. 966, CPC), de modo que outras matérias, além daquelas previstas em lei, não podem ser invocadas para ensejar o afastamento da estabilidade.

Dessa forma, a rigor, a estabilidade do art. 486, §1º, cria uma eficácia preclusiva que afasta a possibilidade de suscitação de toda e qualquer matéria diversa das hipóteses de ação rescisória. Mas, mesmo com o aumento da eficácia preclusiva da estabilidade formada sobre as decisões terminativas, não se tem, propriamente, uma equiparação entre esta e a coisa julgada material.

Adere-se aqui, portanto, à posição de Cabral, no sentido de que a estabilidade sob análise não se equipara à coisa julgada material. Porém, ao contrário do que entende o autor carioca,

¹⁹⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 342-343.

²⁰⁰ Nesse sentido, José Aurélio de Araújo sustenta que “[h]avendo corte cognitivo total quanto ao mérito, a sentença posterior, resultado da transformação da decisão de expedição do mandado de pagamento em título executivo judicial, em razão da não apresentação dos embargos, não terá conteúdo meritório para adquirir a qualidade de coisa julgada quanto à existência ou inexistência da relação creditícia de direito material, pois a sua proporção com o mérito tende a ser zero (DE ARAÚJO, José Aurélio. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 238).

²⁰¹ Nesse ponto, José Aurélio de Araújo, tratando sobre a decisão proferida em sede de processo monitorio, argumenta que “o legislador pretendeu dar a essa decisão *estabilidade forte*, menor que da coisa julgada, dificultando sua impugnação em razão das maiores exigências impostas para a ação rescisória” (DE ARAÚJO, José Aurélio. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada...*, p. 242).

para quem essa estabilidade seria uma preclusão extraprocessual²⁰², não se vislumbra nenhum óbice em denominá-la coisa julgada formal, entendendo, apenas, que houve um redimensionamento desse instituto, de modo que, em dadas circunstâncias, este terá aptidão para produzir efeitos extraprocessuais. É necessário, apenas, não a confundir com a coisa julgada material, haja vista se tratarem de estabilidades com características e efeitos diversos.

Superadas as questões de cunho terminológico e classificatório, é necessário tecer alguns comentários referentes a aspectos práticos da estabilidade ora analisada. Uma primeira constatação que deve ser feita é que, muitas vezes, a propositura de uma segunda demanda não ensejará a simples correção do vício, mas, em realidade, a propositura de uma demanda com elementos diversos. É o que se dá, por exemplo, quando aquele que propõe a demanda não tem capacidade de ser parte. Nesse caso, a correção do vício enseja uma alteração das condições fáticas e, conseqüentemente, faz com que se esteja diante de uma nova demanda. A rigor, portanto, essa nova demanda não estaria simplesmente observando a prescrição do art. 486, §1º, pois não se cuida de uma simples correção de vícios.²⁰³

De toda sorte, caso o vício não seja sanado, não será possível propor uma nova demanda, justamente em razão da previsão do dispositivo sob análise. Assim, embora a correção do vício enseje uma nova demanda, sua manutenção, caso venha a ser ajuizada uma nova ação, faz com que esta tenha que vir a ser extinta sem resolução do mérito, em razão da função negativa da coisa julgada formal.

É importante também que se analise quando essa estabilidade poderá ser desfeita por intermédio da ação rescisória. Como se viu, o legislador passou a permitir que a decisão estável seja superada por meio da correção do vício. Desse modo, sendo possível sanar o vício, não haveria necessidade de se propor ação rescisória, em razão da falta de interesse processual.

Porém, certo é que, em dadas situações, o vício não será sanável, de modo que a ação rescisória será de fundamental importância. Basta pensar na hipótese em que o magistrado venha a extinguir o processo com base na exceção de coisa julgada. Caso a *res judicata* do primeiro processo não venha a ser rescindida por meio de ação rescisória, não será possível corrigir o vício constatado quando da propositura da segunda demanda. Dessa forma, caso o autor entenda que não seria o caso de se extinguir o processo com base nesse fundamento, pelo

²⁰²CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 341.

²⁰³ É o que sustenta Carlos Frederico Bastos Pereira, ao afirmar que “nem sempre será possível a correção do vício nos termos exigidos pela lei sem que isso implique a propositura de uma nova demanda, porque alterada em seus elementos objetivos e/ou subjetivos” (PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Efeitos e estabilidade das decisões terminativas*. vol. 302. São Paulo: *Revista de Processo*, 2020. p. 41-67).

fato de que, por exemplo, os objetos das duas demandas tinham causas de pedir diversas, deverá propor ação rescisória a fim de desconstituir a decisão terminativa.²⁰⁴

Diante de todo o exposto, fica claro que o legislador processual instituiu uma nova estabilidade no ordenamento jurídico pátrio, a qual se mostra de grande relevo, do ponto da segurança jurídica e da economia processual.

1.6.3. Os diversos níveis de estabilidade decisão de mérito.

Além de não ser a única estabilidade do sistema processual, é possível dizer, também, que a coisa julgada em si, ao estabilizar uma decisão de mérito, pode ter cargas de estabilidade diversas a depender das circunstâncias.

Não apenas a coisa julgada pode ter níveis de estabilidade diversos, mas, também, a decisão judicial por ela acobertada pode ter seu âmbito de reversibilidade reduzido em razão de determinadas circunstâncias. Analisando tal fato, Pugliese afirma que o provimento meritório comportaria três níveis de estabilização, quais sejam: *i)* quando se proíbe ao órgão que proferiu a decisão que venha a modificá-la; *ii)* quando se limita os mecanismos de impugnação e estabelece um prazo para o seu emprego, de modo que, com transcurso do interregno previsto em lei, a decisão não é mais impugnável pelos meios ordinários; *iii)* quando a decisão se torna vinculante de forma extraprocessual.²⁰⁵

A primeira hipótese apontada pelo autor seria a concessão de certa dose de estabilidade à decisão, mas que não consiste, propriamente, em coisa julgada. Na verdade, haveria, nesse caso, uma preclusão voltada ao juiz, ou seja, a perda de um poder-dever, decorrente de seu exercício pelo órgão jurisdicional. Heitor Sica muito bem coloca que se trata de uma preclusão forte, pois impede a modificação da sentença, salvo nas hipóteses legalmente previstas. O autor ainda sustenta que o momento que essa estabilidade se forma consiste no ato da publicação da decisão.²⁰⁶

O fundamento jurídico para a atribuição dessa força preclusiva, no Código de Processo Civil de 2015, encontra-se em seu art. 494, o qual estabelece que, com a publicação da sentença, a decisão somente pode ser reformada em caso de erros materiais ou mediante a oposição de embargos de declaração.

²⁰⁴ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Efeitos e estabilidade das decisões terminativas..., p. 41-67.

²⁰⁵ PUGLIESI, Giovanni. *Giudicato civile*. In: Enciclopedia del diritto, v. XVIII. Milão: Giuffrè, 1969. p. 804.

²⁰⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*..., p. 212.

Heitor Sica argumenta que as outras duas estabilidades apontadas por Pugliese seriam, respectivamente, a coisa julgada formal e a coisa julgada material²⁰⁷. Não se pode perder de vista, porém, que, não obstante essas duas estabilidades sejam diversas, via de regra, ambas se formam no mesmo momento, isto é, com o advento do trânsito em julgado.²⁰⁸

Mas é possível ir além desses três níveis de estabilidade, analisando outros aspectos que fazem com que haja uma redução da margem de impugnação de uma dada decisão judicial. A própria coisa julgada, na verdade, não seria uma estabilidade de nível único, tendo aptidão para um aumento de acordo com o avanço do tempo. Isso se verifica na medida em que, com a formação dessa estabilidade, a decisão não pode ser atacada por intermédio dos meios ordinários de impugnação, o que não se impede, porém, que sejam utilizados os mecanismos extraordinários. Desse modo, formação da *res judicata* não coloca a decisão a salvo de toda e qualquer possibilidade de impugnação, embora, certamente, reduza consideravelmente os mecanismos processuais e os fundamentos que podem ser utilizados para tanto.²⁰⁹

Esse cenário permite que se conclua que o próprio instituto da coisa julgada consiste em uma estabilidade cujo nível varia de acordo com o decurso do tempo, de modo que não se trata de um fenômeno que, imediatamente, torna a decisão judicial imutável e impossível de ser atingida por qualquer meio de impugnação típicos. Percebendo esse contexto, Harald Koch e Albrecht Zeuner apontam que, no direito processual francês, costuma-se a fazer uma distinção de três tipos diversos de coisa julgada, quais sejam, a *autorité de la chose*, a *force de la chose jugée* e a *irrevocabilité*.²¹⁰

A tripartição terminológica que se vê no direito francês indica uma gradação de estabilidades, de modo que, com a *irrevocabilité*, nem mesmo os meios extraordinários de impugnação podem ser utilizados, o que implicaria no mais alto grau de estabilidade de uma decisão judicial daquele ordenamento.

É importante esclarecer, além disso, que a formação de coisa julgada tem significados distintos em ordenamentos diversos. No direito francês, por exemplo, a utilização de recursos interpostos perante a Corte de Cassação somente é possível após o trânsito em julgado da

²⁰⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*..., p. 213.

²⁰⁸ Essa é a conclusão que parece ser possível extrair da obra de Chiovenda, quando o autor afirma que “la cosa giudicata sostanziale (obbligatorietà nei futuri giudizi) ha per presupposto la cosa giudicata formale (preclusione delle impugnativie)” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*..., p. 763).

²⁰⁹ KOCH, Harald; ZEUNER, Albrecht. *Effects of judgments (res judicata)*. In: International encyclopedia of comparative law: civil procedure, vol. XVI, chapter 9. Chief editor: Mauro Cappelletti. Tübingen/Dordrecht/Boston: Mohr Siebeck/Martinus Nijhoff, 2012. p. 5.

²¹⁰ KOCH, Harald; ZEUNER, Albrecht. *Effects of judgments (res judicata)*..., p. 7.

decisão, de modo que esse mecanismo de impugnação consistiria em uma hipótese extraordinária. Na Itália, por outro lado, os recursos para a Corte de Cassação seriam meios ordinários de impugnação, anteriores, portanto, ao trânsito em julgado.²¹¹

A coisa julgada francesa, portanto, pelo menos no momento de sua formação, seria um instituto menos estável do que sua versão italiana, visto que esta última apenas se configura com o transcurso do prazo para interposição de recursos para a Corte de Cassação. Esse cenário demonstra que, em certa medida, há uma margem de discricionariedade por parte do legislador para definir quando o trânsito em julgado se operará, bem como os meios de impugnação anteriores e posteriores à sua formação.

O grau de liberdade na atuação do legislador também se reflete dentro de um mesmo ordenamento, o qual pode conferir fundamentos impugnativos diferentes para uma mesma estabilidade, a depender da situação. É o que se verifica, por exemplo, na Lei 11.101/2005, que permite, em seu art. 105-A, que com a declaração da extinção das obrigações do falido, se rescinda a sentença, desde que verificado que o falido tenha sonegado bens, direitos ou rendimentos. Trata-se de hipótese de rescisão mais ampla do que aquelas previstas no art. 966, Código de Processo Civil. Do mesmo modo, o art. 59 da Lei 9.099/1995 veda o manejo de ação rescisória no microssistema dos Juizados Especiais, o que faz com que a decisão tenha meios de impugnação mais restritos e, conseqüentemente, se forme uma coisa julgada mais forte nesse procedimento.²¹²

No âmbito da Comunidade Econômica Europeia, também é possível verificar diversidades internas do grau de estabilidade da coisa julgada a depender da posição jurídica ocupada pelo jurisdicionado. Especificamente, a Diretiva 93/13 estabelece que as cortes locais têm o dever de declarar de ofício a nulidade de cláusulas de contratos consumeristas que sejam consideradas abusivas. Levando isso em conta, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem flexibilizado a coisa julgada, a fim de afastar cláusulas contratuais nulas, mesmo quando o vício não tenha sido suscitado no momento oportuno pelo consumidor e, além disso, ainda que tenha havido a formação de coisa julgada. Nessas situações, Enrique Vallines afirma que os únicos

²¹¹ KOCH, Harald; ZEUNER, Albrecht. *Effects of judgments (res judicata)*..., p. 9.

²¹² Tratam-se de lições que podem ser extraídas da obra de Elie Pierre Eid, quando o autor afirma que “nem todas as decisões acobertadas pela coisa julgada material poderão ser desconstituídas pelas mesmas razões. Há casos em que o ordenamento jurídico veda qualquer forma de ataque ao ato decisório de mérito transitado em julgado (ex.: art. 26 da Lei 9.868/99); casos em que a lei cataloga como causa de rescisão fundamentos que vão além do art. 966 do CPC (ex.: art. 159-A da Lei 11.101/05); situações em que a rescisão será permitida em menor amplitude (ex.: art. 59 da Lei 9.099/95; art. 26 da Lei 9.868/99; art. 12 da Lei 9.882/99; e art. 27 da Lei nº 12.153/2009)” (EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais: reconstrução da relação entre recursos e ações autônomas de impugnação*. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 405).

casos em que não será possível a modificação da decisão transitada em julgado seriam quando a nulidade da cláusula contratual houvesse sido efetivamente afastada pelo juiz no caso concreto e quando não houvesse uma nova decisão vinculante em contradição com a decisão transitada em julgado²¹³. Dessa forma, o grau de estabilidade das decisões envolvendo demandas consumeristas, a rigor, seria menor do que aquele que é conferido a demandas de natureza diversas.

Além da diversidade de estabilidade que a coisa julgada pode conferir a uma decisão de acordo com variações procedimentais, também é possível verificar no ordenamento jurídico brasileiro, um aumento gradual da eficácia preclusiva decorrente do decurso do tempo e do avanço de fases processuais, tal como ocorre no direito francês²¹⁴. É importante se ter em mente que o sistema brasileiro é dotado grandes complexidades, haja vista a existência de diversos prazos distintos para o manejo de alguns dos meios extraordinários de impugnação, a depender da hipótese legal, conforme se analisará a seguir.

1.6.3.1. Estabilidade da coisa julgada e ação rescisória.

A estabilidade propiciada pela coisa julgada é claramente influenciada pelo cabimento de ação rescisória, pois, ultrapassado o prazo para o manejo desse mecanismo de impugnação, não haverá, via de regra, mais nenhum meio típico para atacar a decisão judicial, o que faz com que se configure um aumento de estabilidade.²¹⁵

Desse modo, parece claro que a previsão da possibilidade de se propor ação rescisória acaba por constituir um abrandamento da eficácia preclusiva da coisa julgada. Isso porque,

²¹³ VALLINES, Enrique. Op-Ed "No procedural limits for consumers challenging unfair contract terms? (C-869/19, C-600/19 and C-693/19 & C-831/19)". Disponível em: <https://eulawlive.com/op-ed-no-procedural-limits-for-consumers-challenging-unfair-contract-terms-c-869-19-c-600-19-and-c-693-19-c-831-19-by-enrique-vallines/>. Acesso em 14 de fevereiro.

²¹⁴ É importante esclarecer que o fenômeno do aumento gradual da eficácia preclusiva da coisa julgada não se confunde com a ideia de que a coisa julgada se forma gradualmente, em relação a cada um dos capítulos da decisão, a depender da opção das partes em relação a quais partes do pronunciamento judicial serão impugnados. Essa ideia, como bem aponta Flávio Cheim Jorge, decorre do fato de que a decisão possui "capítulos autônomos", de modo que "a incidência do efeito devolutivo, sob a ótica da extensão" exige que haja um "tratamento individual das demandas ajuizadas", razão pela qual aqueles capítulos não impugnados seriam imediatamente a cobertos pela coisa julgada (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 359). Essa ideia é diversa, porém, do aumento gradual da eficácia preclusiva, na medida em que este último fenômeno diz respeito à redução da margem de impugnação de um capítulo de uma decisão, em razão do transcurso do prazo para se manejar hipóteses específicas de ataque à decisão judicial. A formação gradual da coisa julgada, por outro lado, faz com que capítulos diferentes sejam a cobertos em momentos diversos pela coisa julgada, a depender da opção impugnativa do jurisdicionado.

²¹⁵ Elie Pierre Eid bem coloca que "a estabilidade conferida a determinada decisão será maior quanto menores forem as chances de questioná-la" (EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais...*, p. 406).

como visto anteriormente, esse efeito da estabilidade impede a propositura de demanda incompatível com a decisão transitada em julgado. É certo que a ação rescisória consiste em uma demanda que é incompatível com o provimento jurisdicional estabilizado, de modo que se cuida de uma exceção à eficácia preclusiva.²¹⁶

Ultrapassada a possibilidade de se propor ação rescisória, a eficácia preclusiva da coisa julgada aumenta, restringindo ainda mais os meios de impugnação típicos que podem ser manejados contra a decisão transitada em julgado²¹⁷. Trata-se do fenômeno que se convencionou chamar de “coisa soberanamente julgada”.^{218,219}

Desse modo, assim como no direito francês é comum se falar em graus diferentes de estabilidade para uma mesma decisão, chamando-se de *irrevocabilité* a estabilidade que se forma quando não cabe mais o manejo de meios de impugnação extraordinários, no direito brasileiro, ultrapassado o prazo para a propositura da demanda rescisória, tem-se um grau de proteção maior para as decisões de mérito acobertada pela coisa julgada.

A possibilidade de se propor ação rescisória, porém, não se esgota com o transcurso do prazo de dois anos do art. 975 do Código de Processo Civil. Em realidade, o diploma processual prevê a possibilidade de se manejar esse meio de impugnação, em determinadas situações,

²¹⁶ Nesse sentido, Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Nogueira afirmam que “[a] eficácia preclusiva da coisa julgada torna anódina a apreciação da validade de tais atos jurídicos, ressalvadas as hipóteses em que isso for relevante para destruir a própria coisa julgada, como acontece nos casos do inciso VIII do art. 485 do CPC” (DIDIER Jr., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 91). Embora os autores estivessem fazendo, nessa passagem, uma análise acerca da possibilidade de se atacar, especificamente, atos processuais inválidos, a conclusão à qual chegam parece ser consentânea com a ideia de que a eficácia preclusiva da coisa julgada é excetuada pelas hipóteses de cabimento de ação rescisória.

²¹⁷ O sistema processual permite, contudo, que se maneje impugnação ao cumprimento de sentença, para que a parte sustente que o título executivo judicial se consubstanciou em norma cuja inconstitucionalidade tenha sido reconhecida pelo STF antes do trânsito em julgado da decisão atacada (art. 525, §12, CPC). Tem-se, a rigor, portanto, mais uma exceção à eficácia preclusiva da coisa julgada.

²¹⁸ José Frederico Marques, sustentando a existência de uma coisa julgada com estabilidade maior do que aquela que se forma com o trânsito em julgado, afirma que “[d]ecorrido o biênio sem a propositura de ação rescisória, há coisa soberanamente julgada, o que também se verifica depois de transitada em julgado decisão declarando improcedente a rescisória” (MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 250). Na mesma ordem de ideias, Bruno Lopes afirma que “[p]assados os dois anos do prazo para a rescisão, forma-se a denominada coisa soberanamente julgada e a ação rescisória deixa de limitar a eficácia preclusiva. Superado o prazo da rescisória, a eficácia preclusiva passa a abranger toda e qualquer demanda incompatível, sem importar a natureza da matéria que lhe serviria de fundamento” (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada...*, p. 40).

²¹⁹ Não se pode perder de vista, porém, que o esgotamento dos meios típicos de impugnação da coisa julgada não impede que esta seja atacada por meio de um mecanismo de desconstituição atípico, consubstanciando no princípio da proporcionalidade, quando a segurança jurídica estiver em colidência com outro princípio de *status* constitucional. Nesse ponto, Talamini argumenta que “[u]ma vez reconhecido que a coisa julgada deve ser em certos casos ‘relativizada’ mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, a suposta falta de instrumentos processuais típicos não pode servir de obstáculo. Cabe aqui considerar a previsão geral de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV). Assim e em princípio, será viável o emprego de uma ação para a quebra atípica da coisa julgada” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 614).

mesmo após tal interregno. É o que se dá, por exemplo, com a ação rescisória consubstanciada na descoberta de prova nova, hipótese na qual a parte poderá utilizar-se da via rescisória no prazo de dois anos, mas tendo como termo inicial a descoberta do novo meio de prova, observando-se o limite máximo de 05 (cinco) anos após o trânsito em julgado da decisão de mérito (art. 975, §2º, CPC). Trata-se, portanto, de hipótese de rescisória que excetua a regra geral do *caput* do art. 975 do diploma processual.²²⁰

De forma mais ampla, o §3º do art. 975 dispõe que nas hipóteses de simulação e colusão das partes, o prazo para propositura de ação rescisória se inicia com a descoberta do vício pelo Ministério Público ou por terceiro prejudicado, sem que o dispositivo faça nenhuma ressalva no que diz respeito a um possível limite temporal máximo para o manejo do meio de impugnação. A rigor, portanto, a desconstituição da coisa julgada, nessa hipótese, seria uma possibilidade aberta a todo momento, não havendo, para as partes, uma confiabilidade plena de que a norma concreta veiculada na decisão será absolutamente imutável.

De toda sorte, parte da doutrina busca limitar tal hipótese de ação rescisória, sustentando que, para preservar o princípio da segurança jurídica, deve-se aplicar, de forma análoga, a restrição prevista pelo art. 975, §2º, CPC, de modo que a rescindibilidade em questão teria por limitação o prazo de 05 (cinco) anos, a contar do trânsito em julgado da decisão²²¹. Seguindo esse raciocínio, ter-se-ia uma majoração considerável da eficácia preclusiva da coisa julgada com o transcurso do prazo de 05 (cinco) anos, uma vez que, após esse período, duas hipóteses de ação rescisória não seriam mais cabíveis.

Por fim, o art. 525, §15, CPC, que consiste no objeto de investigação do presente trabalho, estabelece que a decisão exequenda poderá ser impugnada por meio de ação rescisória, com fundamento em posterior decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, a contar do trânsito em julgado do provimento deste. Desse modo, assim como o art. 975, §3º, o art. 525, §15, acaba por estabelecer uma hipótese de ação rescisória sem termo final determinado.

Assim, é possível dizer que o grau de eficácia preclusiva da coisa julgada não se coloca de maneira uniforme, variando de acordo com a perda da possibilidade de se manejar hipóteses

²²⁰ Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, Eduardo Talamini chegou a propor uma modificação legislativa, a fim de que fosse alterado o termo inicial da ação rescisória quando seu fundamento consistisse em algum elemento externo ao processo, como documento novo, a descoberta de que uma determinada prova é falsa, dentre outros (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 663).

²²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 272).

específicas de ação rescisória²²²⁻²²³. Ultrapassado o prazo geral de 02 (dois) anos do art. 975, boa parte das hipóteses previstas pelo art. 966 não poderão mais ser invocadas para se buscar.

Após o prazo de 05 (cinco) anos, a contar do trânsito em julgado, não mais pode ser manejada ação rescisória com base na descoberta de prova nova, agregando-se à decisão, com isso, mais uma camada de eficácia preclusiva. E a estabilização do provimento jurisdicional aumenta de acordo com a ultrapassagem de cada prazo específico previsto para hipóteses de cabimento de rescisória.

Com isso, além do trânsito em julgado, é possível enxergar vários marcos temporais de aumento de eficácia preclusiva da decisão, não obstante seja claro que o esgotamento das vias recursais consista em um momento no qual a maior parte dos fundamentos impugnativos são afastados.

No ordenamento jurídico brasileiro, portanto, é possível se falar em mais gradações de estabilidade do que aqueles existentes na França, no qual a coisa julgada se triparte em *autorité de la chose, force de la chose jugée e irrevocabilité*. A distinção se verifica na medida em que o esgotamento das hipóteses de meios de impugnação extraordinários, ou seja, posteriores ao trânsito em julgado, não se dá em um momento único. Assim, além do prazo do art. 975 do Código de Processo Civil, é possível visualizar, pelo menos, outros três marcos temporais de incremento da eficácia preclusiva da coisa julgada.

E, partindo da premissa de que a segurança não se coloca como um conceito que se aplica *tudo-ou-nada*, que exige uma espécie de certeza absoluta, pode-se concluir que não há maiores problemas na constituição de uma gradação de estabilidades, de modo que a decisão de mérito tenha, de forma paulatina, um aumento de sua eficácia preclusiva.

A forma como o Código de Processo Civil de 2015 sistematizou a ação rescisória aponta para uma ideia de segurança jurídica enquanto *confiabilidade* ou *continuidade*, no sentido de que não se exige a imutabilidade absoluta da decisão de mérito, mas, apenas, que esta seja

²²² A eficácia preclusiva da coisa julgada não consiste em fenômeno unitário, mas “a tua em intensidades distintas, tanto quanto a eficácia preclusiva de outras estabilidades, a depender de previsão legal” (EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais...*, p. 407).

²²³ Esse raciocínio é possível pelo fato de que “a eficácia preclusiva da coisa julgada veda a invocação de qualquer matéria para pretender alterar a decisão transitada em julgado, salvo aquelas taxativamente arroladas como causas de rescisória, que poderão ser alegadas na via própria para desconstituir a *res judicata*. Dessa forma, toda hipótese rescisória é, em si mesma, uma exceção à eficácia preclusiva da coisa julgada” (VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão*. 2018-2022. Dissertação [Mestrado em Direito]. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020. p. 212-213).

*tendencialmente estável*²²⁴. Não se faz necessário que o trânsito em julgado ou o transcurso do prazo para propositura da ação rescisória sejam momentos que tornem a decisão absolutamente imutável, mas apenas que os jurisdicionados tenham uma margem de previsibilidade sobre as hipóteses em que ocorrerá a desconstituição do provimento estável²²⁵, bem como que os parâmetros para tanto sejam controláveis.²²⁶

Não se pode perder de vista, porém, que o regime da ação rescisória previsto no Código de Processo Civil cuida-se da sistematização dos meios típicos de ataque à decisão transitada em julgado. Parte da doutrina argumenta que seria possível, também, se falar na quebra atípica da coisa julgada, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, quando houver a colisão entre o princípio da segurança jurídica com outra norma que tenha igualmente *status* constitucional²²⁷. O presente trabalho, contudo, se limita a analisar uma hipótese específica de quebra típica da coisa julgada.

Sendo claro que o Código de Processo Civil de 2015 sedimentou um regime de ação rescisória com gradações de estabilidade, se faz necessário investigar os critérios para sua aplicação, a fim de se garantir o princípio da segurança jurídica, especificamente nas facetas da calculabilidade e da confiabilidade.

1.6.3.2. Estabilidade da coisa julgada e tribunais supranacionais.

Além da mitigação da eficácia preclusiva decorrente dos meios internos de impugnação à coisa julgada, é possível suscitar, também, uma exceção desse efeito da *res judicata* em virtude de decisões das cortes supranacionais. Eventual influência das decisões dos tribunais internacionais pode vir a ocorrer nas decisões transitadas em julgado internamente, na medida

²²⁴ É o que se extrai da obra de Antonio do Passo Cabral, quando o autor afirma que “a continuidade revela uma maneira de não bloquear totalmente as mudanças e, ao mesmo tempo, preservar a segurança. A continuidade toma a posição jurídica tendencialmente estável, sem contudo apelar para a sua imutabilidade” (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*..., p. 374).

²²⁵ Para Cintia Guedes, a superação da estabilidade exigiria que os mecanismos processuais para seu ataque sejam previsíveis, “de modo a garantir que os interessados não sejam surpreendidos nem com o engessamento de estabilidade nem com sua ruptura fora das condições em que ela era previsível” (GUEDES, Cintia Regina. *A estabilidade das decisões judiciais no direito processual civil brasileiro*..., p. 124).

²²⁶ Nesse sentido: ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*..., p. 275; BERTEA, Stefano. *Certeza del diritto e argomentazione giuridica*..., p. 113.

²²⁷ Eduardo Talamini defende essa possibilidade, sustentando que “quando a concreta ponderação de bens conduzir à preponderância de outro valor em face da segurança jurídica, a regra da coisa julgada terá sua incidência afastada, excluída, no caso concreto (ao passo que o princípio da segurança jurídica será ‘ponderado’, cederá parcialmente espaço, será assim relativizado)” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*..., p. 577).

em que existe, no Direito Processual Civil Internacional, um ideal de “harmonia internacional das sentenças”.²²⁸

Dessa forma, é possível que, por vezes, uma decisão de uma corte supranacional venha a atingir um provimento transitado em julgado na ordem jurídica interna, ocasião na qual a diretriz da harmonia entre os julgados deverá ser observada.

Para as coisas julgadas formadas na ordem jurídica brasileira, importará, principalmente, observar as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para que seja instaurado um processo perante este órgão jurisdicional, é necessário, primeiramente, que uma pessoa, um grupo de pessoas ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Membros da Organização apresente uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (art. 44, Convenção Interamericana de Direitos Humanos).

Para isso, é necessário que sejam preenchidos os seguintes requisitos: a) sejam "interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna"; b) seja a denúncia apresentada "no prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva"; c) que a matéria não esteja "pendente de outro processo de solução internacional"; d) que a petição contenha a qualificação e a assinatura do(s) denunciante(s) (art. 46, Convenção Interamericana de Direitos Humanos).

Os requisitos em questão "a" e "b", porém, são dispensados quando: a) não houver sido observado o devido processo legal; b) não se houver permitido que o prejudicado acesse a ordem jurídica interna; c) houver "demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos" (art. 46, nº 2).

Após isso, a Comissão solicitará informações ao Estado ao qual pertence a autoridade que supostamente violou os direitos fundamentais alegados. Com o recebimento das informações ou caso o Estado não as tenha disponibilizado à Comissão, deverá ser verificado se há motivos para arquivamento da denúncia ou se há razões para que esta subsista. Poderá a Comissão, com isso, instaurar uma investigação, bem como buscar uma solução consensual entre as partes (art. 48).

²²⁸ KAYSER, Hartmut-Emanuel. Sobre a necessidade de uma proteção jurídica efetiva no reconhecimento de sentenças estrangeiras no Direito Processual Civil Internacional. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 344.

A Comissão Interamericana, caso não haja uma solução autocompositiva, redigirá um relatório, expondo suas conclusões sobre a situação fática, podendo apresentar as recomendações que reputar adequadas (art. 50). Também lhe é facultado propor demanda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a fim de ver a controvérsia solucionada (art. 51).

Em caso de procedência da demanda proposta perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é determinado que o Estado "assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados", bem como que seja "reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos" (art. 63, nº 1). Isso evidencia que há um direito à "tutela específica", e não apenas a uma tutela ressarcitória em caso de violação a situações jurídicas ativas fundamentais dos cidadãos.²²⁹

Adentrando especificamente na repercussão que a sentença internacional pode ter sobre a coisa julgada interna, é importante observar que, no modelo interamericano de controle dos atos internos, tanto os atos do Poder Executivo, quanto os do Legislativo e do Judiciário são passíveis de controle pela Corte Interamericana.²³⁰

O tribunal internacional teria, dessa forma, o poder de invalidar decisões transitadas em julgado das ordens jurídicas internas, quando não observados os direitos previstos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.²³¹

Nem sempre, porém, a coisa julgada interna será atingida em razão de uma posterior decisão versando sobre a mesma conjuntura fática. No caso, por exemplo, em que agentes policiais são absolvidos em um processo criminal no qual são acusados da prática de um determinado delito, é possível que a Corte Interamericana venha a condenar o Estado pela violação de direitos de determinados cidadãos, reconhecendo que os mencionados agentes foram os responsáveis pela prática do ato incompatível com a Convenção Interamericana. Nessa situação, haverá um "conflito lógico" entre a decisão interna e aquela proferida pela Corte Interamericana, uma vez que a primeira reconhece que os agentes não praticaram o delito, enquanto a segunda tem como premissa justamente o contrário; não haverá, contudo, um conflito prático, pois ambas as decisões podem ser executadas.²³²

²²⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 548.

²³⁰ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 549.

²³¹ MONTERISI, Ricardo D. *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 1. ed. La Plata: Kubrería Editora Platense, 2009. p. 436-437.

²³² TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 549.

Situação diversa poderá ocorrer no caso em que a Corte Interamericana vem a anular uma decisão proferida em um processo de desapropriação, por reconhecer a violação de direitos fundamentais dos cidadãos. Nesse caso, haverá uma “coincidência de sujeitos e objetos”, de forma que a sentença internacional será incompatível, do ponto de vista prático, com a decisão interna.²³³

De toda forma, nos casos em que a atuação da Corte Interamericana vier a incidir sobre uma decisão transitada em julgado, há que se observar que esta, a rigor, irá determinar que “se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados” (art. 63, nº 1, Convenção Interamericana de Direitos Humanos). A decisão do tribunal internacional, portanto, possui eficácia anulatória em relação à coisa julgada interna.²³⁴

As demandas propostas perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, destarte, podem ser consideradas, também, como um mecanismo que excetua a eficácia preclusiva da coisa julgada, na medida em que são incompatíveis com a decisão transitada em julgado (*vide* item 1.3.2.2). Destaca-se que, por todo o procedimento que precede a decisão internacional que possui eficácia constitutiva negativa em relação à decisão interna, é pouco provável que a demanda interamericana venha a ser julgada antes do decurso do prazo geral de 02 (dois) para propositura da ação rescisória.²³⁵

Todavia, por vezes, a demanda proposta perante a Corte Interamericana não prestará a tutela jurisdicional completa. É necessário observar, por exemplo, que a anulação da coisa julgada poderá fazer surgir para parte o interesse de propor uma demanda que tenha como objeto o retorno ao *status quo ante*.²³⁶

A eficácia anulatória do comando supranacional, porém, trata-se de situação diversa daquela que ocorre no direito comunitário europeu, pois, na Corte Europeia de Direitos Humanos, as decisões não preveem quais medidas devem ser adotadas para garantir a preservação dos direitos do jurisdicionado. Em realidade, a forma como se dará a tutela dos direitos é estabelecida pelo país signatário da Convenção Europeia de Direitos Humanos.²³⁷

²³³ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 550.

²³⁴ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 552.

²³⁵ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 555.

²³⁶ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 557.

²³⁷ Nesse sentido, Latterio De Domenico afirma que “le misure volte a conseguir la *restitutio in integrum* non sono predeterminate dalla Corte medesima ma vanno adottate dall’Alta Parte Contraente” (DE DOMENICO, Latterio. La revisione. In: BALDUCCI, Paola; MACRILLÒ, Armando [org.]. *Rimedi rescissori del giudicato*. Milão: Giuffrè Francis Lefebvre, 2020. p. 196).

Dessa forma, para que os direitos convencionais violados sejam tutelados, é possível que as ordens jurídicas internas adotem as medidas que forem pertinentes e, em casos extremos, poderão afastar a coisa julgada. Contudo, em casos menos graves, medidas de caráter monetário podem ser suficientes para a tutela do jurisdicionado, não se mostrando necessária a rescisão da *res judicata*.²³⁸

As decisões da Corte Interamericana, portanto, têm uma eficácia mais forte sobre a coisa julgada interna do que aquela que é produzida pelas decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Esse cenário evidencia que há mais um elemento que demonstra que a eficácia preclusiva ainda não opera todos os seus efeitos com o decurso do prazo em questão, havendo a possibilidade de a decisão transitada em julgado vir a ser anulada pela Corte Interamericana.

1.7. Conclusões parciais.

O presente capítulo buscou analisar os conceitos de coisa julgada e segurança jurídica, além de fixar algumas das bases para a compreensão desses institutos. A estabilidade que recai sobre as decisões de mérito consiste, em última análise, em uma concretização do princípio da segurança jurídica, buscando conferir *cognoscibilidade*, *calculabilidade* e *confiabilidade* às normas jurídicas concretas veiculadas nos comandos jurisdicionais. É possível, do exposto no presente capítulo, extrair as seguintes conclusões:

1. A coisa julgada consiste em uma estabilidade que recai sobre a decisão de mérito transitada em julgado, tendo três efeitos específicos, quais sejam, as eficácias negativa, positiva e preclusiva. A eficácia negativa impede a propositura de uma demanda que tenha por objeto questão que já foi anteriormente julgada em outro processo. A eficácia positiva determina que quando determinada questão, já julgada em um dado processo, seja em caráter principal ou prejudicial, consistir em premissa para a solução do mérito de outro processo, seja incorporada, no segundo processo, da mesma forma que foi decidida no primeiro. Já a eficácia preclusiva impede a propositura de demanda incompatível com aquela que já transitou em julgado. A análise das três eficácias, como

²³⁸ DE DOMENICO, Latterio. La revisione..., p. 196.

se buscou demonstrar, não depende da parte que pratica o ato que pode vir a ser obstado pela coisa julgada, mas sim pelo ato objetivamente considerado.

2. A segurança jurídica não deve ser lida, contemporaneamente, como um instituto de incidência *tudo-ou-nada*, ou seja, sua realização não se dá mediante um maniqueísmo entre segurança absoluta e insegurança absoluta. O princípio em questão, em realidade, permite que se enxergue um ordenamento jurídico mais ou menos seguro, se manifestando pelas exigências de *cognoscibilidade*, *calculabilidade* e *confiabilidade* ou, ainda, de *acurácia*, *atendibilidade* e *extensão temporal das previsões*.
3. A segurança jurídica possui, também, uma dimensão subjetiva, consistente no princípio da proteção da confiança. Por meio deste, tem-se uma tendência a manutenção de atos sobre os quais o jurisdicionado deposita sua expectativa, pelo fato de ter surgido sob a vigência de uma norma que o fundamenta. Para tanto, porém, é necessário que seja aferida *in concreto* a legitimidade da confiança do cidadão.
4. No âmbito das estabilidades, e, para os fins do presente trabalho, especificamente, em relação à coisa julgada, a segurança jurídica não impõe uma imutabilidade absoluta da decisão de mérito, mas sim que suas hipóteses de superação se deem mediante parâmetros e critérios previamente estabelecidos, de modo a se preservar a *calculabilidade* e a *confiabilidade*, que constituem exigências de tal princípio.
5. A coisa julgada, enquanto um instituto que tem por escopo preservar a segurança jurídica, possui proteção constitucional, não se limitando a uma regra de matriz meramente processual. Desse modo, a proteção constitucional da coisa julgada não se limita a uma vedação à retroatividade legislativa, mas se estende, em realidade, protege a decisão de mérito transitada em julgado de ataques dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.
6. A coisa julgada insere-se em um contexto processual mais amplo, estando inserida no sistema das estabilidades processuais. Desse modo, nem toda estabilidade consistirá, necessariamente, em coisa julgada, havendo outras espécies dentro desse gênero mais amplo.

7. As camadas de estabilidade de uma decisão transitada em julgado aumentam de forma gradual, de acordo com o atingimento de marcos temporais de incremento de eficácia preclusiva. O trânsito em julgado consiste em um primeiro momento no qual a estabilidade é dotada de efeito preclusivo, de modo a impedir a propositura de demandas incompatíveis. Contudo, há outros momentos de aumento da eficácia preclusiva, que ocorrem de acordo com o transcurso dos prazos para a propositura das hipóteses específicas de ação rescisória. Além do prazo de dois anos do art. 975 do Código de Processo Civil, há, também, hipóteses especiais de ação rescisória, cuja decadência se opera de modo diverso, consistentes: *i)* na ação rescisória com fundamento na descoberta de prova nova (art. 975, §2º, CPC); *ii)* na ação rescisória com fundamento em simulação e colusão das partes; *iii)* na ação rescisória com fundamento em posterior decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal (art. 515, §15, CPC). Com o transcurso de cada um desses prazos específicos, há um aumento gradual da eficácia preclusiva da coisa julgada.
8. As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos também podem vir a desconstituir provimentos jurisdicionais proferidos no âmbito das ordens jurídicas internas. Considerando tal fato, depreende-se que as demandas propostas perante este tribunal também constituem uma exceção à eficácia preclusiva da coisa julgada.

2. Teoria da relativização atípica da “coisa julgada inconstitucional”.

2.1. Considerações iniciais e delimitação do objeto do capítulo.

O presente capítulo tem por finalidade analisar a corrente doutrinária que busca relativizar de forma atípica a “coisa julgada inconstitucional”. A relevância de se aprofundar na investigação desse tema se justifica na medida em que essa linha de pensamento influenciou posteriores modificações legislativas que permitiram a flexibilização da coisa julgada em determinadas hipóteses nas quais houvesse a aplicação de norma inconstitucional. Portanto, é evidente que há uma relação da referida corrente e o objeto da presente pesquisa.

Diante disso, neste capítulo, se buscará, em um primeiro momento, analisar as raízes e os fundamentos da teoria da relativização atípica da “coisa julgada inconstitucional”, bem como as críticas feitas a essa corrente.

Em sequência, serão analisadas as repercussões da teoria em questão na legislação pátria, que se iniciaram com as reformas do Código de Processo Civil de 1973 e trouxeram reflexos também no atual diploma processual civil.

2.2. Origem da corrente doutrinária.

Como visto no primeiro capítulo, a coisa julgada tem como escopo agregar à decisão de mérito uma camada de estabilidade, de modo a impedir sua modificação, salvo em casos nos quais haja critérios pré-estabelecidos e argumentativamente controláveis. As decisões judiciais transitadas em julgado, portanto, são tendencialmente imutáveis, podendo ser alteradas apenas em situações excepcionais.²³⁹

Em certas situações, porém, parcela da doutrina se coloca de forma crítica em relação à estabilidade conferida pela coisa julgada às decisões de mérito, na medida em que esta poderia “eternizar” a aplicação de normas inconstitucionais. Nesse ponto, Paulo Otero, autor que muito influenciou a doutrina brasileira, sustenta que haveria um princípio geral segundo o qual todas as normas inconstitucionais são passíveis de serem, a qualquer tempo, extirpadas da ordem jurídica. A imutabilidade da coisa julgada, por outro lado, teria sido pensada para decisões conforme o direito ou, no máximo, em desconformidade com a legislação infraconstitucional, mas jamais em desacordo com normas constitucionais. Com base nessas premissas, Paulo Otero

²³⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 373-374.

sustenta que a estabilidade da coisa julgada deveria ser afastada em casos nos quais houvesse a aplicação de norma inconstitucional.²⁴⁰

Nesse sentido, o autor argumenta também que seria possível desconstituir a coisa julgada, mesmo fora das hipóteses de mecanismos processuais aptos a tal fim expressamente previstos em lei. Seria viável se falar, nessa ordem de ideias, em um “recurso extraordinário atípico”, devendo-se ter em vista que o recurso extraordinário, no ordenamento jurídico português, consiste em um remédio processual cabível contra decisões já transitadas em julgado.²⁴¹

Ideias semelhantes foram incorporadas na doutrina processual brasileira, tendo-se defendido que seria possível afastar a coisa julgada fora das hipóteses de ação rescisória e do prazo legal para sua propositura, com a finalidade de preservar princípios constitucionalmente garantidos e que seriam violados pela perpetuação da estabilidade das decisões de mérito. A esse respeito, Humberto Theodoro Júnior. e Juliana Cordeiro de Faria sustentaram que as decisões judiciais, tais como os demais atos do Poder Público, deveriam se submeter às normas constitucionais, de modo que poderiam, mesmo fora das hipóteses de ação rescisória, ser afastadas, caso apliquem normas em desconformidade com a Constituição Federal.²⁴²

Sobre a relativização atípica da coisa julgada há, ainda, doutrinadores que, de forma mais generalizada, defendem a possibilidade de se desconstituir decisões quando essas forem “objetivamente desarrazoadas”, ainda que não haja, propriamente, aplicação de uma norma inconstitucional²⁴³. O presente capítulo, contudo, estará limitado à análise da relativização atípica da coisa julgada em caso de aplicação de norma inconstitucional, haja vista a maior proximidade com o objeto desta dissertação.

²⁴⁰ Para o autor português, haveria que se observar o princípio geral de que as decisões judiciais “como actos jurídicos-públicos que são, dependem de sua conformidade constitucional. A sua respectiva inconstitucionalidade nunca se pode convalidar, sendo de admitir sempre a existência de mecanismos aptos à sua modificação” (OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993. p. 120-122).

²⁴¹ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*..., p. 121.

²⁴² Nesse sentido, os autores sustentam que “[s]e a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde a sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada? A única explicação para que não se tenha, até o momento, no direito brasileiro enfrentado o tema, resulta, ao que pensamos, de uma visão distorcida da idéia de imutabilidade inerente ao conceito de coisa julgada” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; DE FARIA, Juliana Cordeiro. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista dos Tribunais*, 2002. p. 124).

²⁴³ É o caso de José Maria Rosa Tescheiner, para quem o Poder Judiciário tem o dever de “ter ouvidos para toda alegação de injustiça, para que nenhuma se perpetue, ainda que em nome da coisa julgada” (TESHEINER, José Maria Rosa. Relativização da coisa julgada. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*. Ribeirão Preto, 2001. p. 109).

Todavia, antes de entrar nas discussões centrais que a teoria da relativização atípica da “coisa julgada inconstitucional” propõe, é importante fazer alguns reparos na terminologia usualmente utilizada por essa corrente doutrinária, a fim de que sejam evitadas ambiguidades nos raciocínios que serão posteriormente desenvolvidos.

2.3. Reparos terminológicos.

Uma primeira consideração a ser feita em relação à teoria da relativização da “coisa julgada inconstitucional” consiste no fato de que essa estabilidade, em si, jamais será considerada inconstitucional. Isso se verifica na medida em que a coisa julgada é uma decorrência do advento do trânsito em julgado, que tem como consequência a estabilização de uma decisão de mérito, não sendo ela mesma, portanto, maculada pela aplicação de uma norma inconstitucional.

O que pode ser considerado inconstitucional, em realidade, é a norma aplicada em uma determinada decisão que se estabiliza com a formação da *res judicata*; a desconformidade com a Carta Magna, porém, antecede a imunização do provimento jurisdicional.²⁴⁴

Outra ressalva de cunho terminológico a ser feita consiste no fato de que não se pode falar, simplesmente, em uma “teoria da relativização da coisa julgada”, sem adentrar na forma como acontecerá essa relativização. A necessidade de ser mais específico decorre do fato de que a estabilidade das decisões de mérito possui previsões legais e constitucionais de relativização, no sentido de que pode ser afastada em determinadas hipóteses expressamente positivadas, como ocorre com a ação rescisória e com a revisão criminal.

Há, portanto, meios típicos de relativização da *res judicata*, de modo que não é razoável falar, sem maiores detalhes, em uma “teoria da relativização da coisa julgada”, pois, a rigor, essa corrente abarcaria hipóteses típicas de afastamento dessa estabilidade, embora seja evidente que seu intuito seja justificar a flexibilização da imunização da decisão de mérito além dos casos expressamente previstos em lei.²⁴⁵

²⁴⁴ É o que se extrai da obra de Barbosa Moreira quando o autor afirma que “com a coisa julgada material, a inconstitucionalidade se cristaliza, adquire estabilidade; mas continuará a ser verdade que o defeito lhe preexiste, não dependia dela para exsurgir” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada Material. In: DIDIER JR., Fredie [org.]. *Relativização da Coisa Julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 226).

²⁴⁵ A esse respeito, Barbosa Moreira afirmou que “até a mais superficial mirada ao ordenamento jurídico brasileiro mostra que nele está longe de ser absoluto o valor da coisa julgada material: para nos cingirmos, de caso pensado, aos dois exemplos mais ostensivos, eis aí, no campo civil, a ação rescisória e, no penal, a revisão criminal, destinadas ambas, primariamente, à eliminação da coisa julgada. O que se pode querer — e é o que no fundo se

Talamini aponta que, ao se falar em “relativização da coisa julgada”, o que a doutrina em geral busca sustentar é a possibilidade de que haja uma flexibilização das hipóteses típicas de cabimento da ação rescisória, bem como que o afastamento da estabilidade da decisão de mérito possa ocorrer fora do prazo decadencial previsto para a demanda rescisória.²⁴⁶

Desse modo, em vez de se falar em “relativização da coisa julgada”, parece mais adequado utilizar o termo “relativização atípica da coisa julgada”, pois as hipóteses de flexibilização já previstas na legislação não parecem ser objeto de interesse dos defensores dessa corrente²⁴⁷. Além disso, no lugar de “coisa julgada inconstitucional”, parece mais adequado utilizar o termo “coisa julgada que acoberta decisão que aplica norma inconstitucional”.

Essas ressalvas permitem que se reduza a ambiguidade da corrente doutrinária que se analisa no presente capítulo, de modo a possibilitar uma análise mais clara dos argumentos utilizados para sustentar essa teoria.

2.4. Justificativas para a desconstituição atípica da “coisa julgada inconstitucional”.

A doutrina da relativização atípica da coisa julgada que acoberta decisão que aplica norma inconstitucional estabelece diversos fundamentos para sustentar sua tese, razão pela qual, nos subtópicos a seguir, estes serão analisados.

2.4.1. “Coisa julgada inconstitucional” como ato jurídico inexistente.

Parte da doutrina da relativização atípica da coisa julgada defende que, em caso de aplicação de norma inconstitucional em um determinado processo, seria necessário considerar que nem mesmo seria possível a formação de *res judicata*.

A fundamentação dessa vertente doutrinária, cujos principais defensores foram Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, pauta-se na ideia de que, quando em um dado processo não são preenchidas todas as condições da ação, a sentença nele proferida seria

quer, com dicção imperfeita — é a ampliação do terreno ‘relativizado’, o alargamento dos limites da ‘relativização’ (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada Material..., p. 225).

²⁴⁶ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 376.

²⁴⁷ Embora na doutrina brasileira se fale, normalmente, apenas em relativização da coisa julgada, Paulo Otero, ao escrever sobre o “caso julgado inconstitucional”, fez menção expressa à ideia de que deveria haver a possibilidade de as partes manejarem “recurso extraordinário atípico”, o que, no Brasil, parece estar próximo de uma ação rescisória atípica (OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional...*, p. 121).

considerada juridicamente inexistente. Isso porque, em tais casos, não haveria propriamente o exercício do direito de ação, mas, apenas, do direito de petição, de modo que não seria possível se falar no preenchimento dos requisitos mínimos para a configuração de um processo.²⁴⁸

Nesse cenário, a sentença que julga o mérito, não obstante ausentes uma ou mais condições da ação, seria juridicamente inexistente, uma vez que, nesse caso, nem mesmo direito de ação haveria.²⁴⁹

Essa ideia levaria à conclusão de que a sentença proferida em processo no qual foi formulada demanda com fundamento em norma inconstitucional seria juridicamente inexistente, pois, a rigor, o pedido formulado à exordial seria juridicamente impossível, de modo que não haveria a configuração de todas as condições da ação.²⁵⁰

Dinamarco defende raciocínio que contém algumas semelhanças, argumentando que, em caso de sentenças cujos efeitos são juridicamente impossíveis, não haveria que se falar em coisa julgada, uma vez que esta se formaria sobre os efeitos da sentença. Desse modo, sendo a norma aplicada juridicamente impossível, não haveria que se falar em efeito algum a ser acobertada pela coisa julgada.²⁵¹

O autor ilustra sua argumentação com base no hipotético caso no qual um juiz determina a separação de um Estado da federação. Por haver uma violação ao princípio federativo, um dos mais relevantes da Constituição Federal de 1988, Dinamarco entende que se trataria de efeito juridicamente impossível, de modo que não haveria a formação de coisa julgada, pois não existiria nada para ser acobertado por esta.²⁵²

De toda forma, Dinamarco trata apenas de exemplos extremos ao falar de efeitos juridicamente impossíveis, razão pela qual parece razoável concluir que o autor não entende que toda e qualquer sentença que aplica norma inconstitucional não é dotada de aptidão para ser acobertada pela coisa julgada.²⁵³

²⁴⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Relativização da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da Coisa Julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 399.

²⁴⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Relativização da coisa julgada..., p. 400.

²⁵⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Relativização da coisa julgada..., p. 398-403.

²⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 249.

²⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*..., p. 249-251.

²⁵³ Além da secessão de um ente da federação, Dinamarco também dá o exemplo do caso em hipotético no qual um juiz condena alguém a dar a outrem parte de sua própria carne (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*..., p. 249).

Para se analisar a vertente da doutrina da relativização atípica que se pauta na ideia de que, nesses casos, nem mesmo existiria coisa julgada, é necessário, primeiramente, tecer algumas linhas acerca da própria noção de inexistência processual.

2.4.1.1. Elementos mínimos de existência do processo.

Para o estudo da inexistência processual, é essencial que se busque delinear, de forma pormenorizada, os elementos mínimos de um ato processual, uma vez que, como bem coloca Calmon de Passos, um ato processual inexistente, a rigor, é um não-ato²⁵⁴. Não se trata, portanto, de um ato defeituoso, mas, em realidade, de um ato que não preenche nem mesmo os requisitos mínimos para ser considerado como tal.

Essa distinção se mostra necessária, na medida em que o defeito de um ato, caso não seja decretado, será irrelevante com o advento do trânsito em julgado – a não ser que se trate de uma hipótese de ação rescisória. O ato inexistente, por outro lado, persiste como tal mesmo com o esgotamento das vias recursais²⁵⁵. Caso, por exemplo, um dado processo seja considerado juridicamente inexistente, basta que o autor ajuíze uma nova demanda, observando, nesse segundo momento, todos os requisitos de existência²⁵⁶. Não haveria, desse modo, o óbice da eficácia negativa da coisa julgada, pois nem mesmo processo haveria para que pudesse ser proferida uma decisão de mérito e, em sequência, ser estabilizada.

Mesmo sendo importante delinear os elementos mínimos de existência dos atos processuais, a doutrina possui grandes divergências em relação à definição desses em diversas situações. Esse cenário de ausência de critérios pacíficos acaba por gerar uma insegurança em relação a quais são os meios de impugnação contra cada decisão após o trânsito em julgado, uma vez que os provimentos inexistentes podem ser atacados pela *querela nullitatis*, a qual não se submete a nenhum prazo específico²⁵⁷. Desse modo, a divergência doutrinária enseja dificuldades para a identificação de quais decisões não são mais impugnáveis após o trânsito

²⁵⁴ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicado às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 96.

²⁵⁵ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicado às nulidades processuais...*, p. 98-99.

²⁵⁶ É o que se extrai da obra de Cabral, quando o autor sustenta que “sequer poderia haver sanção normativa de nulidade para atos inexistentes, e a inexistência pode ser averiguada pela simples repositura da demanda” (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 30).

²⁵⁷ EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais...*, p. 208.

em julgado ou após o transcurso do prazo para o ajuizamento da ação rescisória e aquelas que, por serem inexistentes, podem ser atacadas a qualquer tempo.

A ausência de critérios pacíficos na doutrina faz com que seja variável o elenco dos pressupostos processuais de existência de acordo com a concepção de cada autor. Teresa Arruda Alvim, por exemplo, entende que, para que um processo exista, é necessário haver os seguintes elementos: i) jurisdição; ii) capacidade postulatória; iii) petição inicial; iv) citação.²⁵⁸

Em outro momento de sua obra, a autora acrescenta que, caso uma decisão de mérito seja proferida, a despeito de não estarem presentes todas as condições da ação, ter-se-ia um provimento jurisdicional inexistente²⁵⁹. É razoável concluir, portanto, que, para Teresa Arruda Alvim, além dos quatro elementos acima expostos, as condições da ação também seriam pressupostos processuais de existência.

Para Eduardo Talamini, por outro lado, seriam pressupostos processuais de existência a dedução de um pedido a um órgão investido de jurisdição, bem como a citação do réu²⁶⁰. O autor coloca, porém, que o processo no qual não tenha ocorrido a citação válida do réu será inexistente apenas em relação a este, de modo que, para o requerente, haverá processo²⁶¹⁻²⁶². Não haveria, nesse caso, processo enquanto relação jurídica trilateral, o que não obsta, porém, a configuração de uma relação entre autor e o órgão jurisdicional, da qual já decorrem uma série de situações jurídicas processuais.²⁶³

Bedaque, de modo diverso, entende que a citação não seria requisito de existência do processo, uma vez que é possível, por exemplo, que a petição inicial seja indeferida, que haja a interposição de recurso e que tudo isso preceda o efetivo ato de comunicação do réu, sem que se possa afirmar que, nesse cenário, não há processo²⁶⁴. Elie Pierre Eid, na mesma linha de raciocínio, sustenta que é possível que sejam proferidas decisões judiciais, tais como a que

²⁵⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 10. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 303.

²⁵⁹ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*..., p. 302-303.

²⁶⁰ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*..., p. 324.

²⁶¹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*..., p. 340.

²⁶² Elie Pierre Eid apresenta um contraponto a essa visão, sustentando que “[t]anto para o autor, como para o réu, o processo existirá, atos serão praticados, válidos e, alguns deles, eficazes, mas o que ocorrerá, em verdade, é a verificação de possível nulidade por violação do contraditório, não obstante eventual e futura convalidação” (EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário: fundamentos, estrutura e regime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 157).

²⁶³ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*..., p. 341-342.

²⁶⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 474.

concede tutela provisória, mesmo antes da citação, as quais se cuidam de atos existentes, válidos e eficazes.²⁶⁵

De fato, parece razoável sustentar que os momentos anteriores à citação também haverá processo, haja vista que muitas vezes, há diversas decisões que consistem em verdadeiro exercício da função jurisdicional, por meio do qual se procede a tutela de direitos. Tendo em vista que o processo consiste em um instrumento para o exercício da jurisdição²⁶⁶, depreende-se que em momentos nos quais há uma atividade por meio da qual se realiza a tutela de direitos, ou atos tendentes a tal fim, haverá efetivamente atos processuais.²⁶⁷

Esse parece ser o raciocínio desenvolvido por Bedaque, quando o autor afirma que o único pressuposto processual de existência consiste no exercício de atividade jurisdicional. Assim, não haverá processo apenas nos casos em que não houver efetivo exercício da jurisdição²⁶⁸. É possível sustentar essa tese com base em premissas da Teoria Geral do Direito desenvolvidas por Hans Kelsen. O autor austríaco argumenta que o Poder Judiciário, ao julgar uma determinada demanda, não está apenas declarando a existência ou a inexistência de uma norma jurídica, mas, também, criando uma norma jurídica concreta que, anteriormente, inexistia.²⁶⁹⁻²⁷⁰

²⁶⁵ EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário...*, p. 156.

²⁶⁶ Essa conclusão pode ser extraída da obra de Dinamarco, afirmando o autor que o processo, enquanto procedimento, seria “o meio encontrado pelo legislador para assegurar o modo de ser do exercício da jurisdição” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 155).

²⁶⁷ É importante observar, porém, que, em termos práticos, a ideia elaborada por Talamini, para quem o processo dependeria da citação para ser considerado como tal, e aquela desenvolvida por Bedaque, que sustenta que o processo não dependeria do ato de comunicação do réu para existir, se aproximam a partir do momento em que aquele autor entende que a relação entre o demandante e a jurisdição já produz efeitos jurídicos, embora sejam esses limitados. Assim, já existe uma relação jurídica, mesmo antes da citação do réu. Caso haja decisão, a despeito de sua integração ao processo, não haveria “nada de estranhável ou peculiar na circunstância de o réu que não foi validamente citado ou não participou do processo poder aproveitar da sentença ali dada contra o autor”, ou seja, lhe é lícito beneficiar-se da coisa julgada que se formou, caso esta esteja em consonância com seu interesse (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 341). Em sentido semelhante, José Rogério Cruz e Tucci sustenta que “enquanto a eficácia da sentença pode trazer prejuízo ao terceiro a imutabilidade da decisão vincula - o tão-somente quando lhe propiciar benefício” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 209).

²⁶⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual...*, p. 492.

²⁶⁹ Nesse ponto, Kelsen afirma que “[u]ma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída”. Em seguida, arremata o autor “[s]ó através da verificação, efetuada na decisão judicial, de uma norma geral a aplicar ao caso apresentado perante o tribunal é vigente – e tal norma é vigente quando foi criada constitucionalmente –, se torna esta norma aplicável ao caso concreto e se cria, através dela, para este caso, uma situação jurídica que antes da decisão não existia” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 264-265).

²⁷⁰ Trata-se de uma das acepções de processo possíveis na teoria geral do processo, cuidando-se, especificamente, de processo enquanto “método de produção de norma jurídicas” (DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 81-82).

Com isso, quando há o exercício da função jurisdicional, a rigor, ocorre uma atividade introdutora de normas na ordem jurídica, de modo que, ainda que não haja o preenchimento de outros pressupostos processuais estabelecidos em lei, haverá atividade processual. Isso não significa, porém, que todo exercício da função jurisdicional e, portanto, o enunciado normativo introduzido na ordem jurídica pelo processo, são, em si, válidos e justos, de modo que é possível que uma norma produzida em uma determinada situação concreta pelo Poder Judiciário venha a ser retirada da ordem jurídica pelas mais diversas razões. Contudo, a extirpação do comando exarado por órgão judicial somente pode ocorrer mediante outra decisão, também proferida por ente dotado de autoridade jurisdicional²⁷¹. Não é possível, portanto, simplesmente desconsiderar a decisão judicial transitada em julgado, como se inexistente fosse.

As teses que tentam conferir outros critérios à definição de processo parecem estar muito conectadas à uma noção valorativa do instituto, tal como se evidencia nas ideias de Elio Fazzalari, para quem o processo seria um procedimento em contraditório²⁷². No Brasil, o professor Hermes Zaneti Jr. é categórico ao afirmar que o conceito de processo está intimamente ligado à noção de contraditório.²⁷³

Analizando a obra de Fazzalari, Didier sustenta que não seria possível englobar, no conceito de processo, a noção de contraditório, uma vez que esse instituto, enquanto um elemento componente da teoria geral do processo, independe da análise de normas jurídicas específicas de um determinado ordenamento para que se determine seus pressupostos de existência, uma vez que se trata de um conceito lógico-jurídico.²⁷⁴

Todavia, a observância do contraditório, bem como de outras garantias constitucionais em um dado processo cuidam-se, em realidade, de elementos que legitimam a atuação do poder jurisdicional²⁷⁵. Assim, a inobservância do contraditório e de regras processuais específicas não

²⁷¹ É o que se extrai da obra de Kelsen, quando o autor afirma que "[s]e um tribunal decide um caso concreto e a firma ter-lhe aplicado uma determinada norma jurídica geral, então a questão encontra-se decidida num sentido positivo e assim permanece decidida enquanto esta decisão não for anulada pela decisão de um tribunal superior" (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito...*, p. 297).

²⁷² FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006. p. 118-119.

²⁷³ Nesse sentido, o autor afirma que "[o] que define o processo é a existência de contraditório, a interveniência do destinatário do ato na formação da decisão, tudo em muito potencializado em muito pela conformação híbrida do processo constitucional brasileiro, daí o contraditório se apresentar como 'valor-fonte' do processo democrático" (ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional*. Tese [Doutorado em Direito]. Departamento de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005. p. 103).

²⁷⁴ DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida...*, p. 106.

²⁷⁵ Dinamarco, ainda que sem tratar expressamente dos elementos de existência do processo, afirma que "se de um lado o procedimento regular é fator legitimante do exercício do poder, por outro ele próprio recebe legitimidade do modo como disciplina esse exercício, ou seja, da medida em que o dimensiona segundo as garantias

afastam a existência do exercício da atividade jurisdicional por intermédio de um procedimento, mas, apenas, fazem com que o processo seja considerado inválido.²⁷⁶⁻²⁷⁷

Com base nessas premissas, é razoável adotar a tese de Bedaque, no sentido de que o único pressuposto processual de existência consiste no efetivo exercício da função jurisdicional, não se colocando em análise, portanto, elementos valorativos.

Além das fundamentações conceituais acima expostas, a restrição dos requisitos de existência do processo mostra-se necessária para que se limite o cabimento da *querela nullitatis* e, conseqüentemente, se evite o perecimento da segurança jurídica²⁷⁸⁻²⁷⁹. Do contrário, caso se exigisse uma ampla gama de pressupostos para se verificar a existência do processo, haveria uma diminuição exacerbada do âmbito de incidência da coisa julgada, de modo que a previsibilidade das soluções dos litígios restaria prejudicada, cuidando-se de uma redução da segurança jurídica na perspectiva da *confiabilidade*, a qual foi anteriormente analisada.

Assim, seja por razões conceituais ou principiológicas, mostra-se acertado limitar, como requisito de existência do processo, ao efetivo exercício da função jurisdicional, mediante um procedimento.²⁸⁰

Porém, é importante observar que a adoção de uma posição restritiva em relação aos pressupostos de existência acaba por fazer com que os casos de inexistência sejam, na maior parte das vezes, extremos e de baixa plausibilidade do ponto de vista prático, como se dá, por exemplo, com a sentença proferida por não-juiz, sem dispositivo, dentre outras hipóteses com pouca aplicabilidade concreta²⁸¹. Nesses casos, é possível ver o não preenchimento do requisito

constitucionais e favorece a efetiva participação dos sujeitos interessados” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 155).

²⁷⁶ A esse respeito, Didier afirma que “processo sem contraditório não é processo inexistente, mas, sim, processo inválido” (DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida...*, p. 84).

²⁷⁷ Deve-se ressaltar, porém, que uma dada decisão proferida em processo no qual o réu não tenha sido regularmente citado, caso lhe seja benéfica, não poderá ser impugnada por este, na medida em que lhe faltaria interesse processual. A violação ao contraditório, destarte, perderia sua relevância com o advento de uma decisão que fosse benéfica àquele que não figurou na relação processual (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada...*, p. 201).

²⁷⁸ EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais...*, p. 210.

²⁷⁹ Barbosa Moreira também adota uma visão restritiva em relação aos pressupostos processuais de existência. O autor afirma que, em determinadas hipóteses, como na demanda proposta por advogado munido de procuração, mas representando pessoa já morta ou, ainda, na demanda em que o réu, já morto, é citado por edital, havendo um pronunciamento jurisdicional, “basta para que se tenha de reconhecer que algo, no processo, existe, e até vale” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Sobre os pressupostos processuais*. In: temas de direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 91).

²⁸⁰ Aqui, é pertinente que se adote o conceito de Fazzalari, para quem o procedimento seria “uma sequência de ‘atos’, os quais são previstos e valorados pelas normas” (FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual...*, p. 114).

²⁸¹ É o que se extrai da lição de Roque Komatsu, quando o autor afirma que “[o]s defeitos que impedem a ‘sentença’ de entrar no mundo jurídico são aqueles conhecidos: a sentença proferida por um não-juiz, não assinada, não

“exercício do poder jurisdicional”, uma vez que a sentença proferida por não-juiz, a rigor, consiste em ato praticado por aquele que não é investido de jurisdição; a sentença sem dispositivo, por outro lado, consiste em ato no qual não foi veiculada norma jurídica concreta, de modo que não houve, efetivamente, exercício de jurisdição.

Analisando esses exemplos, Barbosa Moreira afirma se tratarem de casos que possuem uma relevância meramente acadêmica. O autor salienta, porém, que é possível, em um plano dotado de maior concretude, vislumbrar que seja considerado inexistente o processo que tramita sob a condução de pessoa que não se encontra investida, ainda, em seu cargo de magistrado ou já tenha se desvinculado deste.²⁸²

Esse cenário, portanto, deixa claro que as hipóteses de inexistência processual são muito raras, de modo que, apenas em situações excepcionais, um determinado processo não preencherá os requisitos mínimos para que seja considerado como tal.

De todo modo, mesmo adotando uma perspectiva restritiva dos pressupostos processuais de existência, não se nega importância aos outros pressupostos elencados pela doutrina, apenas se modificando o peso que cada um deles efetivamente tem. Caso, por exemplo, o réu não seja citado ou sua citação não tenha ocorrido de forma válida, terá havido processo, mas o requerido será, a rigor, terceiro, de maneira que não poderá ser prejudicado pelos limites subjetivos da coisa julgada.²⁸³

2.4.1.2. Análise da possibilidade de se considerar a coisa julgada inexistente em caso de aplicação de norma inconstitucional.

Com base nas ideias acima desenvolvidas sobre a inexistência processual, é preciso, neste momento, verificar se é possível aplicá-las ao caso da “coisa julgada inconstitucional”. A esse respeito, destaca-se que a tese de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina é pautada, em grande medida, na teoria eclética da ação, para a qual não haveria exercício do direito de ação caso não fossem preenchidas as condições desta.

publicada, sem dispositivo, a sentença proferida contra quem não foi parte, a sentença não redigida por escrito” (KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 160).

²⁸² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre os pressupostos processuais..., p. 91.

²⁸³ Nesse sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*..., p. 473; TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão..., p. 340.

Essa corrente doutrinária consiste em uma tentativa de síntese de duas outras escolas que estudaram e tentaram desenvolver uma análise sistemática do direito de ação, após o surgimento da ciência processual, quais sejam, a teoria concreta e a abstrata.

A teoria concreta da ação, defendida por Chiovenda, sustenta, em apertada síntese, que o direito de ação apenas existiria quando aquele que propôs a demanda tivesse efetivamente o direito do qual afirmava ser titular²⁸⁴. Desse modo, a ação poderia ser lida como um direito à obtenção de um provimento jurisdicional favorável²⁸⁵. A rigor, a ação não seria o direito material, mas sua existência estaria subordinada a este.²⁸⁶

Parte da doutrina, porém, mostrou-se crítica à ideia de que o direito de ação existiria apenas para aqueles que efetivamente fossem titulares de um determinado direito material, pois com isso, de certa forma, ter-se-ia uma mistura do campo substancial com o processual, o que não seria admissível diante da noção de autonomia do processo. Com isso, surge a tese de que a ação consistiria em um direito abstrato e incondicionado, não se submetendo ao direito material, de modo a permitir que o cidadão provoque a jurisdição, ainda que não tenha razão.²⁸⁷

Buscando uma síntese entre essas duas correntes, a teoria eclética sustenta que, para a existência da ação, seria necessário que estivessem presentes três condições, quais sejam: i) possibilidade jurídica do pedido; ii) interesse de agir; iii) legitimidade *ad causam*. Esses elementos consistiram em pontos de contato do processo com o direito material, não obstante não fosse necessário ser titular deste último para ter, efetivamente, o direito de ação²⁸⁸. Assim, a ação, para a teoria eclética, não seria equivalente a um direito à procedência.

Essa última corrente, contudo, também foi objeto de fortes críticas doutrinárias. Calmon de Passos, por exemplo, mostrou-se contrário à ideia de que o direito de ação somente existiria quando preenchidas certas condições. O autor baiano argumentava que não seria coerente

²⁸⁴ Chiovenda argumentava que, caso o direito alegado em juízo não consistisse na “voluntà di legge”, não haverá o preenchimento de todas as condições da ação, de modo que o processo deverá ser extinto, não obstante haja, até mesmo, a formação de coisa julgada, impedindo a parte de repropor a demanda anteriormente deduzida em juízo (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*..., p. 82).

²⁸⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 287.

²⁸⁶ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho processal civil*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958. p. 64.

²⁸⁷ É o que se extrai da obra de Couture, quando o autor afirma que “[l]a acción, como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre: con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aun antes de que nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto tal; existe aun cuando no se ejerza efectivamente” (COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho processal civil*..., p. 68).

²⁸⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*..., p. 289.

buscar um meio termo entre a teoria concreta e a abstrata, de forma que a ideia de condições da ação nada mais seria do que uma tentativa de vincular o direito processual ao substancial, tal como faziam os concretistas.²⁸⁹

Kazuo Watanabe, por outro lado, entende que as condições da ação devem ser vistas não como elementos necessários para a existência do direito de ação, mas, em realidade, como requisitos para o julgamento do mérito, decorrentes de razões de economia processual.²⁹⁰

Analizando as ideias desenvolvidas nos tópicos anteriores, a posição do professor Kazuo Watanabe parece ser a que mais condiz com as noções defendidas no presente trabalho. Isso porque, a rigor, para que haja processo, como se demonstrou anteriormente, basta que haja o efetivo exercício de atividade jurisdicional. Dessa forma, caso haja um provimento judicial veiculando uma norma jurídica concreta, não se pode, em sequência, afirmar que este não existiu em razão do não preenchimento das condições da ação. O órgão dotado de jurisdição, ao proferir uma decisão, introduz uma norma jurídica no ordenamento, estando presentes ou não os requisitos previstos em lei.

A adoção da teoria abstrata, portanto, parece mais coerente, com base nas noções desenvolvidas até então no presente trabalho. O não preenchimento das condições da ação e dos pressupostos processuais poderá, quando muito, ensejar apenas uma invalidade e, por vezes, uma causa de rescindibilidade. Mas, mesmo assim, a decisão judicial deverá ser considerada existente uma vez preenchidos os requisitos para tanto.²⁹¹

Contudo, é importante observar que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, Teresa Arruda Alvim mudou seu posicionamento em relação à inexistência de coisa julgada em tais casos. Isso porque, atualmente, a possibilidade jurídica do pedido não consiste mais em uma condição da ação, tampouco em um pressuposto processual, de modo que qualquer tentativa de a considerar como um requisito para a provocação do Poder Judiciário parece ter sido afastada. Desse modo, a autora defende, atualmente, que, mesmo diante de aplicação de norma inconstitucional, não será possível se falar na inexistência de processo e de coisa julgada.²⁹²

²⁸⁹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Em torno das condições da ação: a possibilidade jurídica*. Revista de direito processual civil, 1960. p. 57-58.

²⁹⁰ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 91.

²⁹¹ Nesse ponto, Talamini argumenta que “cumpre reconhecer a existência jurídica da sentença de mérito proferida quando faltava condição da ação. Há um defeito, uma invalidade, mas a sentença existe: estão presentes os elementos essenciais para sua configuração: presença do juiz, presença das partes de *decisum*” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 380).

²⁹² ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença...*, p. 342-343.

Não se pode perder de vista, porém, que, ainda no Código de Processo Civil de 1973 e, antes mesmo de seu advento, alguns doutrinadores já criticavam a possibilidade jurídica do pedido como uma condição da ação. Calmon de Passos, por exemplo, sustentava que, quando esta não estivesse presente, haveria, na verdade, uma “improcedência *prima facie*”, e não uma causa para a extinção do processo sem resolução do mérito.²⁹³

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, Talamini sustentava que a possibilidade jurídica do pedido estaria ligada ao mérito da demanda, de modo que esta seria julgada improcedente quando, sem que houvesse a necessidade de produção probatória, ficasse clara a incompatibilidade do pedido com o ordenamento jurídico. Mas, de toda forma, nesse caso, haveria um efetivo julgamento do mérito.²⁹⁴

O autor acrescenta que a possibilidade jurídica do pedido seria efetivamente uma condição da ação apenas nos casos em que o mecanismo processual adotado pelo autor fosse “direta ou indiretamente proibido pelo ordenamento”, o que ocorreria, por exemplo, com o pedido de prisão civil do devedor de uma obrigação não alimentícia²⁹⁵. De toda forma, mesmo quando a possibilidade jurídica do pedido se colocava como uma condição da ação, para o referido jurista não haveria, em caso de não preenchimento desse requisito, inexistência do direito de ação, tampouco da sentença de mérito que venha e ser proferida a despeito da ausência desta.²⁹⁶

Isso tudo permite que se conclua que, mesmo antes do Código de Processo Civil de 2015, já era possível sustentar o desacerto da tese da inexistência defendida por Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina. Porém, com a retirada da possibilidade jurídica do pedido do rol de condições da ação e de pressupostos processuais, torna-se ainda mais clara a conclusão de que a tese em questão não tem sustentação.

Passado tal ponto, deve-se, agora, analisar a ideia de Dianamarco de que, em determinados casos extremos, os efeitos da sentença seriam juridicamente impossíveis, de modo que a coisa julgada seria inexistente. Essa ideia tem por base, como é evidente, a tese de Liebman de que a *res judicata* se forma sobre os efeitos da decisão judicial, a qual já foi analisado no primeiro capítulo do presente trabalho.²⁹⁷

²⁹³ DE PASSOS, José Joaquim Calmon. *Em torno das condições da ação...*, p. 60.

²⁹⁴ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 382.

²⁹⁵ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 382.

²⁹⁶ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 383.

²⁹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada...*, p. 06.

Contudo, como demonstrado anteriormente, a doutrina contemporânea entende, consubstanciada na obra de Barbosa Moreira, que os efeitos da decisão, em realidade, seriam mutáveis²⁹⁸. É o que ocorre, por exemplo, com a sentença condenatória, cujos efeitos desaparecem com a satisfação da obrigação decorrente da norma concreta veiculada no ato decisório. A imutabilidade, portanto, recairia sobre a própria norma jurídica veiculada na decisão, e não sobre seus efeitos.

Diante disso, ainda que um efeito da decisão de mérito seja “juridicamente impossível”, não se pode negar que, pelo provimento jurisdicional, há a veiculação de uma norma jurídica concreta, a qual pode ser acobertada pela coisa julgada, mesmo que dotada de eventual nulidade ou injustiça.

Talamini entende que se deve restringir aquilo que Dinamarco chama de efeitos juridicamente impossíveis a casos de graves violações a disposições constitucionais, o que somente pode ser aferido concretamente, mediante um juízo de ponderação de princípios²⁹⁹. Essa parece ser, de fato, a correta interpretação da obra de Dinamarco, uma vez que o autor afirma que não basta haver inconstitucionalidade para se relativizar a coisa julgada, sendo necessário ponderar concretamente os resultados decorrentes da aplicação de uma norma incompatível com a Carta Magna.³⁰⁰

De todo modo, mesmo nos casos extremos apontados pelo professor Dinamarco, não parece possível se afirmar que a coisa julgada seja considerada inexistente. Isso porque, como já apontado, a estabilidade em questão recai sobre a norma jurídica veiculada na decisão e não, propriamente, sobre os seus efeitos. Assim, havendo introdução de norma jurídica no ordenamento por meio de decisão judicial, há, a rigor, o preenchimento dos requisitos para a formação de coisa julgada, ainda que os efeitos do provimento não sejam possíveis de serem concretizados.

Contudo, em casos dotados de tamanha gravidade, é certo que será possível propor ação rescisória, em razão da manifesta violação a norma jurídica (art. 966, V, CPC) ou ainda por outras razões. Não se nega, também, que, em casos tais, será possível que se realize uma quebra atípica da coisa julgada, por intermédio da aplicação do princípio da proporcionalidade, embora seja necessário sempre efetuar uma solução de eventual colisão de direitos fundamentais

²⁹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Eficácia e autoridade da coisa julgada*..., p. 109.

²⁹⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*..., p. 394-396.

³⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*..., p. 256-257.

mediante uma análise detalhada do caso concreto. Não basta, portanto, a simples afirmação de que a Constituição Federal foi violada para se afastar a coisa julgada.

Todo esse cenário permite que se conclua que, a rigor, existe coisa julgada, mesmo nos casos de aplicação de norma jurídica inconstitucional na decisão. É possível, porém, relativizar a *res judicata* em tais casos, seja por meio da ação rescisória ou pela quebra atípica, a qual deve ser precedida de um procedimento cujo dever de fundamentação do magistrado é elevado. De toda forma, não é correto afirmar que, sendo aplicada norma inconstitucional, a decisão simplesmente não existe.

2.4.2. Tese da coisa julgada como uma noção meramente processual.

Já se analisou neste trabalho, anteriormente, a tese de que a coisa julgada seria um instituto meramente processual, quando se investigou o caráter constitucional dessa estabilidade (item 1.5). É importante pontuar que essa ideia é utilizada como fundamento para relativizar a coisa julgada em caso de aplicação de norma inconstitucional.

Trata-se, como visto anteriormente, de tese defendida por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, os quais argumentam que a norma que prescreve a proteção da coisa julgada, expressamente prevista no art. 5º, XXXVI, CF, seria uma vedação, apenas, de que a atividade do Poder Legislativo retroagisse sobre a decisão transitada em julgado.³⁰¹

Nessa linha de raciocínio, a coisa julgada em si não teria natureza constitucional, de forma que estaria em um grau hierarquicamente inferior àquele das normas garantidas pela Carta Magna. A consequência lógica disso seria, para os referidos autores, que a coisa julgada somente será intangível quando não houver violação à Constituição Federal; do contrário, seria possível relativizá-la.^{302_303}

E as consequências da adoção dessa tese são drásticas, pois, alguns de seus defensores argumentam que, em razão da gravidade da decisão que aplica norma inconstitucional, ter-se-

³⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. *O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado...*, p. 190-191.

³⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. *O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado...*, p. 191.

³⁰³ Seguindo a mesma ordem de ideias, José Augusto Delgado argumenta que, embora o princípio da segurança jurídica tenha uma relevância sistemática, este “cede quando princípios de maior hierarquia postos no ordenamento jurídico são violados pela sentença, por, acima de todo esse aparato de estabilidade jurídica, ser necessário prevalecer o sentimento do justo e da confiabilidade nas instituições” (DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 96-97).

ia, como consectário lógico, a configuração de uma “nulidade de natureza insanável”, a qual poderia ser oponível por ação autônoma e a qualquer tempo.³⁰⁴

Ideia semelhante pode ser verificada na obra de Paulo Otero, o qual afirma que a coisa julgada somente pode estabilizar a decisão que aplica uma norma inconstitucional quando a própria Carta Magna contiver previsão a esse respeito. É o caso, por exemplo, do art. 282, nº 4, da Constituição de Portugal, que admite que o Tribunal Constitucional do país module os efeitos de uma decisão declaratória de inconstitucionalidade³⁰⁵. Também haveria uma autorização a esse respeito no art. 282, nº 2, o qual veda que a posterior decisão de inconstitucionalidade atinja decisões que já transitaram em julgado.

Todavia, não havendo previsão expressa sobre essa possibilidade, a coisa julgada não seria apta, na concepção de tais autores, a impedir a modificação de uma decisão que tenha aplicado norma inconstitucional.³⁰⁶

Porém, como já demonstrado anteriormente (item 1.5), não parece possível sustentar que a coisa julgada tenha caráter infraconstitucional, tampouco que esta cede sempre que houver a aplicação de uma norma inconstitucional. Além das razões já expostas no tópico do primeiro capítulo desta dissertação, é importante apontar outros fundamentos que infirmam essa linha de pensamento da corrente relativista.

Ao contrário do que sustentam os defensores da teoria da “coisa julgada inconstitucional”, não parece possível argumentar que essa estabilidade somente deve prevalecer quando a decisão proferida estiver de acordo com as normas de cunho constitucional. O posicionamento de Paulo Otero não possui substrato normativo, uma vez que a estruturação do instituto da coisa julgada e da ordem constitucional não indicam na direção de que uma inconstitucionalidade não pode ser “cristalizada” pela estabilidade das decisões de mérito.

Na verdade, tendo em vista que a finalidade da coisa julgada é impedir que as discussões judiciais se eternizem, a fim de garantir a pacificação social, chega-se à conclusão diferente, pois a possibilidade de revisão *ad aeternum* de uma decisão se choca com esse escopo³⁰⁷. Para

³⁰⁴ DO NASCIMENTO, Carlos Valder. Coisa julgada inconstitucional. In: *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 28-29.

³⁰⁵ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional...*, p. 61.

³⁰⁶ Nesse sentido, Paulo Otero argumenta que “os valores da segurança e da certeza não possuem força constitucional autônoma para fundamentarem a validade de efeitos de actos inconstitucionais” (OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional...*, p. 61).

³⁰⁷ É o que defende Barbosa Moreira, ao argumentar que “[a] atividade do órgão judicial, entretanto, seria vã – e não atingiria o fim a que visa – se o resultado conseguido ficasse indefinidamente à mercê de discussões e impugnações. A tanto obsta o mecanismo da *res iudicata*” (BARBOSA MOREIRA, Considerações sobre a chamada ‘relativização da coisa julgada material’. In: DIDIER JR., Fredie [org.]. *Relativização da Coisa Julgada*.

além disso, a doutrina aponta que a estabilidade das decisões judiciais existe, também, para que os jurisdicionados possam confiar na seriedade do Poder Judiciário.³⁰⁸

Por uma perspectiva teleológica, portanto, observa-se que a coisa julgada não busca apenas estabilizar as decisões que estejam em conformidade com a Constituição Federal, mas toda e qualquer decisão de mérito. Entender de modo diverso é o mesmo que reduzir a envergadura constitucional da segurança jurídica e da própria coisa julgada, pois se estaria admitindo que, sempre que houver uma colisão entre aquele princípio e outros de ordem constitucional, estes últimos deveriam prevalecer.

Não se nega que, em caso de colisão de princípios constitucionais, por vezes, a segurança jurídica cederá a outros de igual envergadura. Mas não se pode sustentar, de maneira irrestrita e apriorística, que as colisões de direitos fundamentais ensejarão sempre uma relativização da segurança jurídica e da coisa julgada.

2.4.3. “Coisa julgada inconstitucional” e sua relativização com base no princípio da proporcionalidade.

Outro argumento amplamente difundido pela corrente relativista consiste na ideia de que a coisa julgada pode ser afastada por intermédio da aplicação do princípio da proporcionalidade em casos de conflitos entre a segurança jurídica e outra norma que também possua *status* constitucional.

Trata-se de ideia amplamente defendida por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, os quais afirmam não ser possível sustentar que um princípio (no caso, a segurança jurídica) se sobreponha de maneira absoluta em relação aos demais, de forma que a proporcionalidade se coloca como um mecanismo necessário para afastar a coisa julgada no caso de colisão entre princípios constitucionais.³⁰⁹

2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 232). No mesmo sentido: NOJIRI, Sérgio. Crítica à teoria da relativização da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da Coisa Julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 366. Ovídio Baptista, em linha semelhante, argumenta que “[d]e todos os argumentos concebidos pela doutrina, através dos séculos, para sustentar a necessidade de que os litígios não se eternizem, parece-me que o mais consistente reside, justamente, na eventualidade de que a própria sentença que houver reformado a anterior, sob o pressuposto de conter injustiça, venha a ser mais uma vez questionada como injusta; e assim ad aeternum, sabido, como é, que a justiça, não sendo um valor absoluto, pode variar, não apenas no tempo, mas entre pessoas ligadas a diferentes crenças políticas, morais, religiosas, numa sociedade democrática que se vangloria de ser tolerante e ‘pluralista’ quanto a valores” (DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Coisa julgada relativa?* vol. 6. São Paulo: *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, 2004. p. 4).

³⁰⁸ BARBOSA MOREIRA, Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material..., p. 233.

³⁰⁹ Nesse sentido: THEODORO JÚNIOR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. O tormentoso..., p. 211.

Dinamarco também se coloca como um dos defensores da tese de que a coisa julgada deve ser desconsiderada quando sua preservação implicar em um sacrifício demasiado de outros princípios que, pelas peculiaridades do caso concreto, devam ser preservados. Esse raciocínio se justifica com base na ideia de que não há uma ordem hierárquica entre os princípios, de modo que é necessário que, por vezes, haja uma ponderação entre eles.³¹⁰

De fato, concorda-se, no presente trabalho, com a ideia de que a segurança jurídica deverá, em determinados casos de colisão de princípios, ceder a outras normas que também têm envergadura constitucional, haja vista não haver uma sobreposição de nenhum dos princípios de tal estatura sobre os demais.

Contudo, a forma como se dá a aplicação da proporcionalidade por alguns partidários dessa corrente doutrinária é objeto de críticas, uma vez que não haveria uma fiel observância deste método de solução de colisão entre direitos fundamentais, ocorrendo, em verdade, sua utilização com o resultado já preestabelecido, o que iria de encontro com a sua lógica.³¹¹

É certo que, por vezes, parte da doutrina não aplica corretamente o princípio da proporcionalidade, com o intuito de afastar a coisa julgada, sem, propriamente, fazer uma análise dos três subprincípios que este método de solução de conflitos de direitos fundamentais impõe, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Porém, alguns doutrinadores, dentre os quais se destaca Luiz Guilherme Marioni, vão um pouco além e afirmam que não seria possível nem mesmo aplicar esse princípio para se afastar a coisa julgada. Nos subtópicos a seguir, serão analisadas as razões do referido autor para sustentar pela impossibilidade de se aplicar o princípio da proporcionalidade para relativizar a coisa julgada e, posteriormente, analisar-se-á se, de fato, sua aplicação é totalmente descabida em discussões envolvendo a coisa julgada.

³¹⁰ O autor sustenta que “[a]firmar o valor da segurança jurídica (ou certeza) não pode implicar desprezo ao da unidade federativa, ao da dignidade humana e intangibilidade do corpo etc. É imperioso equilibrar com harmonia as duas exigências divergentes, transigindo razoavelmente quanto a certos valores em nome da segurança jurídica, mas abrindo-se mão desta sempre que sua prevalência seja capaz de sacrificar o insuscetível” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 252).

³¹¹ Nesse sentido, Cabral sustenta que “o discurso empregado pelos defensores da tese da ‘relativização’ parece já apresentar juízos prontos sobre como a questão deva ser decidida, o que é contrário ao princípio da ponderação pregado por eles mesmos” (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*..., p. 198). Em linha de raciocínio semelhante, Talamini sustentou que a ponderação de princípios constitucionais perpassa por uma “reserva de ponderação no caso concreto”, de forma que “não é possível o simples estabelecimento de *standards*, soluções padronizadas, na identificação dos valores em conflito – sob pena de se cair em discurso vazio, meramente retórico” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*..., p. 587).

2.4.3.1. A coisa julgada como uma condição necessária do discurso jurídico.

Um dos argumentos utilizados para afastar a possibilidade de se relativizar a coisa julgada de forma atípica consiste na ideia de que essa estabilidade seria uma “regra formal do próprio discurso jurídico”, de modo que, sem ela, não haveria propriamente um discurso que possa ser qualificado como tal. Desse modo, não seria possível aplicar esse princípio em casos de aparente colisão entre a segurança jurídica e outra norma de matriz constitucional.³¹²

Ao que parece, a fundamentação de Marioni para sustentar seu ponto de vista consiste no fato de que, sem a imutabilidade de uma decisão de mérito, podendo ela ser atacada a qualquer momento, não se estaria, propriamente, diante de uma decisão que compõe o ordenamento jurídico e que tem conteúdo normativo, mas sim de um “discurso prático-geral”³¹³. Assim, para haver um discurso de cunho jurídico, não seria aceitável a possibilidade de sua mutabilidade.

Há, porém, alguns problemas em se adotar essa perspectiva. Uma primeira questão consiste no fato de que, partindo dessas premissas, chegar-se-ia à conclusão de que a coisa julgada é um instituto essencial para a existência de todo e qualquer ordenamento jurídico. Todavia, autores como Chiovenda, de modo diverso, sustentam que a coisa julgada não se imporia para o exercício da atividade jurisdicional, mas, em realidade, haveria a necessidade, apenas, de que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário sejam passíveis de execução³¹⁴. E, neste ponto, cabe acrescentar a argumentação de Liebman, no sentido de que a coisa julgada não torna a decisão imperativa, mas, apenas, estável³¹⁵. O caráter jurídico-normativo da decisão, com isso, não está associado à ocorrência de sua imutabilidade, sendo, portanto, anterior e independente dela.³¹⁶

³¹² O autor sustenta que a *res judicata* consistiria em “uma regra formal do próprio discurso jurídico, cuja fundamentação é pragmática-transcendental”, o que impediria a aplicação da técnica da ponderação (MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: art. 525, §§12, 13, 14 e 15 do CPC/2015*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 150).

³¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade...*, p. 150

³¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile...*, p. 759-763

³¹⁵ Nesse ponto, o autor afirma que “a declaração contida na sentença faz derivar sua força obrigatória, ou mais genericamente, a sua eficácia jurídica, da natureza imperativa e 'autoritativa' do ato que a produz, nem mais nem menos do que advém pela mudança da relação jurídica produzida pela sentença constitutiva, ou pelo título executório oriundo da sentença condenatória” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença...*, p. 19).

³¹⁶ Em sentido semelhante, Ismael Villas Boas argumenta que “[o] discurso que preexiste à estabilização já era jurídico (porque pretendia correção à luz do direito vigente) antes do trânsito em julgado” (VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão...*, p. 86).

Não parece correto dizer, desse modo, que uma decisão judicial deva ser imutável para ser tida como um componente da ordem jurídica, e não apenas um “discurso prático-geral”. Até porque, analisando a obra de Hans Kelsen, é possível constatar que o caráter distintivo das normas jurídicas em relação às normas morais e às normas sociais como um todo consiste no fato de que aquelas são dotadas de uma força coercitiva.³¹⁷

Desse modo, sendo possível fazer valer as decisões do Poder Judiciário por meio dos mecanismos dos quais é dotado o aparato estatal, ainda que não se tratem de provimentos estáveis, estar-se-á diante de atos que compõem o discurso jurídico, que têm, portanto, conteúdo normativo, de modo que não se tratam de um “discurso prático-geral”.

A ideia do autor austríaco, portanto, se encaixa perfeitamente com aquela sustentada por Chiovenda, de modo que a imperatividade da decisão judicial é o que a confere um caráter normativo, diferenciando-a de discursos proferidos por outros entes da sociedade.

Dessa forma, uma decisão judicial apenas perderia seu caráter de discurso jurídico se não fosse possível impô-la por meio do aparato estatal, de maneira que não se pode sustentar que sua imutabilidade consiste em uma regra formal do discurso jurídico, isto é, como uma condição para sua existência.

E a doutrina brasileira já vem observando há algum tempo que, em determinadas hipóteses previstas na legislação, decisões que põem fim a um processo podem não ser acobertadas pela coisa julgada. É o caso, por exemplo, do antigo processo cautelar, cuja sentença não possuía aptidão para ser acobertada pela coisa julgada³¹⁸. Não parece razoável, porém, afirmar que a decisão que extingue o processo cautelar não componha um discurso jurídico, haja vista a possibilidade de impô-la às partes do processo.

Para além disso, adotando-se as premissas de Marinoni como verdadeiras, ter-se-ia que concluir que outros provimentos jurisdicionais que não são dotados de imutabilidade e que são proferidos ao longo do processo, como ocorre com as tutelas provisórias em geral, não

³¹⁷ É o que se extrai da obra de Hans Kelsen, quando o autor afirma que “[o] Direito só pode ser distinguido essencialmente da moral quando - como já mostramos - se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligada à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*..., p. 71).

³¹⁸ Nesse sentido, Donaldo Armelin sustenta que, no processo cautelar, a sentença é “prolatada com lastro em prova de mera plausibilidade, sendo manifestamente temporário, não está afeiçoado, salvo exceção expressamente prevista no CPC, a gerar decisões imutáveis” (ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da coisa julgada*. In: DIDIER JR., Fredie [org.]. *Relativização da Coisa Julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 89)

comporiam, propriamente, um discurso jurídico. As decisões interlocutórias que, em regra, não julgam o mérito da demanda, não seriam acobertadas pela coisa julgada e, com isso, comporiam um discurso alheio ao mundo jurídico.

Com o Código de Processo Civil de 2015, ficou ainda mais clara a desnecessidade de formação coisa julgada em determinadas decisões, como ocorre, por exemplo, com a estabilidade prevista no art. 304, que recai, especificamente, sobre os provimentos que concedem tutela antecipada antecedente, mas não consiste propriamente em coisa julgada.

Todo esse cenário permite que se conclua que, embora a coisa julgada seja um instrumento de grande relevância para a preservação da segurança jurídica, além de ser constitucionalmente garantida, sua configuração não constitui elemento necessário para que uma decisão judicial tenha caráter normativo. A concepção de Chiovenda, portanto, parece mais acertada, de modo que não é dotada de razoabilidade a tese da absoluta impossibilidade de relativização atípica da coisa julgada.

Desse modo, a segurança jurídica, tutelada por intermédio da estabilidade decorrente da coisa julgada, pode ser relativizada e, em determinados casos, afastada, em caso de colisão com outros princípios constitucionais, uma vez que, mesmo assim, se estará diante de um discurso jurídico. Isso não significa dizer, porém, que em todas as colisões de princípios envolvendo a segurança jurídica, instrumentalizada pela coisa julgada, seja possível relativizá-la de maneira apriorística, uma vez que a ponderação de direitos fundamentais somente pode ocorrer mediante a análise dos três subprincípios da proporcionalidade, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

2.4.3.2. A imponderabilidade da segurança jurídica.

Além de sustentar que a coisa julgada seria uma “condição necessária do discurso jurídico”, parte da doutrina argumenta que não seria possível relativizar a segurança jurídica e, conseqüentemente, afastar a coisa julgada em situações nas quais ocorrer uma colisão de princípios, uma vez que esta seria um princípio que não estaria no mesmo grau hierárquico dos demais³¹⁹. Esse raciocínio pauta-se em uma ideia de que a existência da ordem jurídica depende

³¹⁹ Humberto Ávila argumenta que “em vez de constituir um elemento para ser objeto de ponderação, na qualidade de princípio, a segurança jurídica é concretizada constitucionalmente por meio de regras que, como tais, não se submetem a uma mera ponderação horizontal. A importância dessas regras está em criar uma rigidez aplicativa que não pode ser afastada, por meio de ponderação, pela consideração de razões muitas vezes qualificadas de superiores, como ocorre em outros sistemas jurídicos em que não há qualquer tipo de regramento” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 692).

da segurança jurídica, uma vez que esta seria a base de sustentação do restante do ordenamento³²⁰, razão pela qual não seria possível colocá-la no mesmo patamar dos demais princípios, não cabendo, dessa forma, seu afastamento por meio da aplicação da proporcionalidade.³²¹

A consequência disso, no âmbito processual, seria a impossibilidade de se relativizar a coisa julgada de forma atípica, por meio do princípio da proporcionalidade, haja vista o fato de a estabilização das decisões de mérito ser um instrumento de concretização do princípio da segurança jurídica.³²²

Essa sobreposição absoluta da segurança jurídica passa por ideias semelhantes às aquelas que apontam para uma noção de que, sem coisa julgada, não há um discurso jurídico, mas, de forma mais ampla, entende-se que, afastando tal princípio, estar-se-ia, de certo modo, desnaturando o próprio ordenamento jurídico.

Contudo, não se pode perder de vista o fato de que o próprio ordenamento jurídico prevê hipóteses de relativização típica da coisa julgada, o que, no âmbito do processo civil, costuma a se dar por meio da ação rescisória³²³. A legislação infraconstitucional, por sua vez, estabelece hipóteses restritivas de cabimento de ação rescisória, tendo o Código de Processo Civil detalhado, em seu art. 966, os casos nos quais será possível afastar a coisa julgada.

Dessa forma, ao estabelecer hipóteses excepcionais de quebra da coisa julgada, o ordenamento jurídico permite que se conclua que, em dadas situações, o princípio da segurança jurídica deverá ceder, a fim de preservar outro princípio de caráter constitucional. Não se trata,

³²⁰ A segurança jurídica seria um “pressuposto para o funcionamento do próprio Direito e para a realização dos princípios de liberdade, de igualdade e de dignidade” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 701).

³²¹ A esse respeito, Humberto Ávila afirma que “[c]omo princípio que serve de fundamento de validação normativa e instrumento de realização de outras normas, ela funciona como um pressuposto do Direito, sobre o qual se assentam as demais normas”, tendo afirmado o autor, em sequência, que “não se pode conceber o Direito sem segurança jurídica [no sentido definitório] e sem o princípio da segurança jurídica [no sentido normativo]” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 700).

³²² Nesse sentido, Ismael Villas Boas argumenta que “[a] coisa julgada, enquanto forma de concretização da segurança jurídica, não pode ser ponderada, pois a segurança não é um princípio que se encontra no mesmo nível de qualquer outro, ainda que de índole constitucional” (VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão...*, p. 136).

³²³ A Constituição Federal, por exemplo, prevê no art. 102, I, “j”, o cabimento de ação rescisória perante o Supremo Tribunal Federal, quando a decisão impugnada tiver sido proferida por esse tribunal, ao passo em que a competência será do Superior Tribunal de Justiça, conforme dispõe o art. 105, I, “e”, da carta magna, quando este tiver exarado o provimento jurisdicional atacado.

portanto, ao contrário do que sustentam alguns autores, de um “sobreprincípio” que se coloca acima dos demais de forma absoluta.^{324,325}

Essa perspectiva já seria uma primeira demonstração de que a segurança jurídica é um princípio passível de ponderação, uma vez que, ao menos o legislador infraconstitucional pode estabelecer hipóteses em que esta será flexibilizada. Há, com isso, uma certa proximidade entre os diversos princípios constitucionais, não estando a segurança jurídica excluída da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Parte da doutrina argumenta, porém, que a ponderação da segurança jurídica seria limitada ao constituinte, de modo que não seria possível que um magistrado viesse a relativizá-la no julgamento de casos concretos.³²⁶

Em simples análise do ordenamento, porém, é possível perceber que a ideia de que a relativização estaria limitada ao constituinte carece de sentido, pois a própria Constituição Federal prevê a ação rescisória, mas não estabelece os casos em que esta é cabível, de modo que foi outorgado ao legislador ordinário o poder de estabelecer outras hipóteses de relativização, pautadas em uma ponderação de princípios³²⁷. Essa estrutura do ordenamento poderia permitir, portanto, no máximo, como argumentam alguns autores, que a ponderação de princípios não poderia ser feita em casos concretos envolvendo a segurança jurídica e a coisa julgada. A aplicação do método da proporcionalidade para relativizar a coisa julgada, nessa

³²⁴ É o que se extrai da obra de Talamini, quando o autor afirma que “[a]o selecionar determinadas hipóteses, nelas autorizando a quebra da coisa julgada a despeito de superados os meios processuais comuns de revisão da sentença, a ordem jurídico-constitucional deixa claro haver outros bens jurídicos relevantes além da segurança jurídica”, mas o autor faz a ressalva de que, a existência de hipóteses excepcionais “torna evidente a própria relevância da segurança jurídica”, de modo que seria possível falar que “o princípio consiste na preservação da ‘coisa julgada inconstitucional’” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 562).

³²⁵ O estabelecimento de hipóteses excepcionais de relativização da coisa julgada mostra que a segurança jurídica, por vezes, pode ser afastada e, ao mesmo tempo, demonstra a preocupação do legislador com a relevância dessa norma. Nessa ordem de ideias, Bruno Rêgo argumenta que “ao elencar limitadas hipóteses de cabimento de ação rescisória, o legislador prestigiou e relativizou a segurança” (RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade no Brasil*. Porto Alegre: Impreta, 2001. p. 29-30).

³²⁶ A esse respeito, Luiz Guilherme Marinoni argumenta que “se a coisa julgada pudesse ser objeto de ponderação, não haveria como escapar da conclusão de que esta ponderação já teria sido feita pelo próprio legislador constitucional” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade...*, p. 152).

³²⁷ É nessa ordem de ideias que Barbosa Moreira defende que a coisa julgada não é um valor absoluto, tendo a legislação previsto uma série de hipóteses para sua relativização, o que, certamente, passa por um juízo de ponderação (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada Material...*, p. 225).

ordem de ideias, estaria adstrita às hipóteses expressamente previstas em lei e à atividade restrita do legislador.³²⁸

De toda sorte, a ideia de que a segurança jurídica não pode ser ponderada em casos concretos perde de vista o fato de que as colisões de princípios não podem ter suas soluções esgotadas pelo direito positivo, uma vez que a própria sistematização desse tipo de norma e da solução de seus conflitos depende de uma análise do caso concreto e do peso efetivo que cada norma terá levando-se em consideração as circunstâncias fáticas. Segundo Eduardo Talamini, enxergar a sistemática principiológica de forma a limitar sua ponderação ao campo legislativo seria o mesmo que transformar os princípios em “regras infraconstitucionais”, além de impedir a solução de sua colisão no plano concreto.³²⁹

E, acrescenta-se a tais ideias o fato de que, tal como a existência do discurso jurídico não depende da coisa julgada, não parece possível sustentar que um ordenamento dependa da segurança jurídica para existir, de forma que a ausência de segurança levaria à sua desconfiguração. Isso porque, tal como o discurso jurídico, a ordem jurídica se caracteriza pelo fato de ser composta por normas jurídicas, as quais têm como traço distintivo em relação às normas sociais o seu caráter coercitivo³³⁰. Assim, a segurança jurídica compõe a gama de princípios constitucionais, tal como todos os demais que são previstos na Carta Magna, razão pela qual não se encontra acima desses, tampouco em uma lógica normativa diversa.

Para além disso, é importante observar que enxergar a segurança jurídica como um princípio imponderável parece ser uma visão que não é adequada com a ideia de que esse princípio não se coloca em uma lógica *tudo-ou-nada*, o que se buscou demonstrar não ser a melhor forma de abordar esse princípio atualmente (item 1.4.1).

E, ainda que se entenda que a segurança jurídica é uma das bases de sustentação do ordenamento jurídico, sem o qual esse não subsistiria, relativizá-la em determinados casos concretos não permite que se conclua que a ordem jurídica restaria estruturalmente abalada, pois o princípio, de forma sistemática, continua a produzir seus efeitos normalmente, sendo

³²⁸ A esse respeito, Nelson Nery Jr. sustenta que “como ocorre no caso de ação rescisória e no dos embargos do devedor do CPC 741, a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade contra a coisa julgada só existe se prevista *expressa e previamente na lei*” (NERY JR., Nelson. A polemica sobre a relativização [desconsideração] da coisa julgada e Estado de Direito. In: DIDIER JR., Fredie [org.]. *Relativização da Coisa Julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 301).

³²⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 575.

³³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito...*, p. 71.

afastado apenas em um caso concreto. Entender que sua flexibilização, de alguma forma, gera um abalo normativo estrutural, seria uma argumentação *ad absurdum*.

Todo esse contexto permite que se conclua que a segurança jurídica é passível de ponderação, tal como as demais normas de caráter constitucional, de forma que se mostra justificável o afastamento da coisa julgada, por intermédio da aplicação do princípio da proporcionalidade. Não se pode perder de vista, contudo, que a colisão de normas constitucionais não ensejará, necessária e aprioristicamente, o afastamento da coisa julgada, sendo necessário verificar, concretamente, qual direito fundamental deve prevalecer.³³¹

2.4.4. Análise crítica da teoria da relativização atípica da “coisa julgada inconstitucional”.

Diante das discussões em torno do tema da desconstituição atípica da “coisa julgada inconstitucional”, é preciso tecer algumas análises referentes a essa corrente doutrinária, haja vista a diversidade de opiniões a seu respeito.

Como se viu anteriormente, é possível dizer que a doutrina relativista tem três fundamentos principais para justificar sua tese: i) a ideia de que a coisa julgada seria inexistente quando a decisão por ela acobertada contiver em sua fundamentação norma inconstitucional; ii) a noção de que a coisa julgada seria um instituto sem *status* constitucional, limitando-se, portanto, a uma estabilidade cuja proteção remete à legislação processual; iii) a possibilidade de se aplicar o princípio da proporcionalidade para afastar a coisa julgada quando a segurança jurídica estiver colidindo com outra norma que também tenha caráter constitucional.

Em relação ao ponto “i”, buscou-se demonstrar razões conceituais e principiológicas justificam uma interpretação restritiva do conceito de inexistência processual³³², de modo que apenas em casos extremos, analisados no item 2.4.1.1, seria possível se falar em inexistência da coisa julgada.

Já no que diz respeito ao ponto “ii”, buscou-se demonstrar, no item 2.4.2, que a coisa julgada, pautando-se no princípio da segurança jurídica, tem o importante papel de impedir que um determinado litígio fique indefinidamente sem solução, de modo a evitar que sejam

³³¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, p. 198.

³³² EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais...*, p. 210.

possíveis impugnações inesgotáveis³³³. Além disso, nos itens 1.4.3 e 1.5, buscou-se demonstrar a relação entre coisa julgada e as dimensões contemporâneas da segurança jurídica, o que reforça o seu caráter constitucional. Nesse cenário, parece razoável concluir que a tese da relativização atípica não possui substrato jurídico na tentativa de limitar a *res judicata* a um instituto de matriz processual.

No que tange ao ponto “iii”, contudo, é preciso analisar, com base nas ponderações feitas nos itens anteriores, se é possível afastar a coisa julgada, de forma atípica, mediante aplicação do princípio da proporcionalidade. Como se viu nos itens 2.4.3.1 e 2.4.3.2, parte da doutrina mostra-se diametralmente oposta à possibilidade de se utilizar esse princípio com tal finalidade. Os fundamentos principais que embasam essa tese são, basicamente, a ideia de que a coisa julgada seria uma condição essencial do discurso jurídico e que a segurança jurídica seria uma espécie de “sobreprincípio”, necessário para a realização de todos os demais “subprincípios”, razão pela qual não seria passível de ponderação.

É interessante notar, contudo, que os autores que se mostram contrários à relativização atípica da coisa julgada, muitas vezes, defendem ideias que são, de certa forma, interpretações extensivas dos mecanismos típicos de desconstituição dessa estabilidade ou que, pelo menos, representam um abrandamento da segurança jurídica, em favor da preservação de outros princípios³³⁴. Assim, embora se mostrem contrários à flexibilização da coisa julgada, acabam por defender teses que repercutem sobre essa estabilidade, não obstante não contenham previsão legal expressa.

Essa posição contrária ao relativismo atípico, mas que aumenta o âmbito de incidência dos mecanismos típicos de desconstituição da coisa julgada, pode ser vista na obra de Marinoni, pois o autor sustentava, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, que não obstante o fato de que o art. 485, VII, daquele diploma estabelecia a possibilidade de rescisão da decisão transitada em julgado com base em documento novo, seria possível abranger, nessa hipótese, também, outros meios de prova aos quais a parte não tinha acesso até então. O autor sustenta

³³³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada Material..., p. 232.

³³⁴ Trata-se de constatação de Eduardo Talamini, o qual afirma que “embora esses autores discordem das teorias da relativização da coisa julgada, o posicionamento por eles adotados em face de determinadas e específicas questões relacionadas com o tema muitas vezes implica, concretamente, significativo alargamento do âmbito de sentenças que podem ser revisadas depois do trânsito em julgado independentemente de ação rescisória” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 400).

essa ideia com a finalidade de defender a desconstituição da decisão que julgou improcedente uma ação de investigação de paternidade antes do surgimento do exame de DNA.³³⁵

Embora seja contrário à aplicação do princípio da proporcionalidade em conflitos entre a segurança jurídica e outras normas de caráter constitucional, Marinoni acaba por defender uma posição que, de certa forma, reduz a segurança jurídica e o grau de proteção da coisa julgada. Ao que parece, essa posição se pauta em uma ideia de fazer com que outros princípios, que possuem a mesma relevância que a segurança jurídica, possam ser preservados, mas sem fazer referência, de forma expressa, ao princípio da proporcionalidade e à relativização atípica da coisa julgada.

Considerando o atual contexto da segurança jurídica, porém, parece que vedar sua relativização por meio do princípio da proporcionalidade também é, em certa medida, uma forma de abordar tal norma sem levar em conta que esta não é um instituto que se coloca a partir de uma lógica *tudo-ou-nada*. Tendo em vista que o princípio em questão comporta graus diversos de realização³³⁶, é razoável entender que o seu afastamento, em determinados casos concretos, não implica em sua “destruição”, mas apenas na redução de sua força normativa em uma dada situação fática.

Ocorre que, tendo a segurança jurídica um valor constitucional e, considerando que a coisa julgada deve ser preservada não apenas nos casos em que a decisão por ela acobertada estiver de acordo com a Constituição Federal (*vide* item 2.4.2), chega-se à conclusão de que não é o simples fato de haver a configuração de inconstitucionalidade em um dado caso concreto que ensejará o afastamento da *res judicata*.

Para que possa haver a superação da estabilidade da decisão de mérito, deve-se observar que é necessário que sejam adotados critérios argumentativamente controláveis, uma vez que essa é uma exigência do atual estado normativo do princípio da segurança jurídica³³⁷. E o princípio da proporcionalidade, quando aplicado de forma fundamentada, mostra-se adequado para cumprir tal finalidade, pois, mesmo sendo dotado de certa carga de subjetividade, trata-se de um mecanismo de solução de conflitos de direitos fundamentais com três etapas bem definidas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), razão pela qual pode

³³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade...*, p. 156.

³³⁶ GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità...*, p. 02.

³³⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 275.

ser considerado “comprovável”³³⁸, sendo possível verificar o nível de justificação do magistrado.

Ademais, mesmo diante de um visível subjetivismo na aplicação do princípio da proporcionalidade, é evidente que toda atividade cognitiva terá essa característica, até mesmo na aplicação de regras³³⁹, não obstante haja graus de liberdade interpretativa diversos. O que é importante, portanto, é que a aplicação desse princípio se dê de forma fundamentada, a fim de que os jurisdicionados possam controlar a qualidade e o acerto da decisão.

Porém, tendo em vista que o escopo do presente trabalho não é analisar de forma pormenorizada a maneira como deve se dar a desconstituição da coisa julgada mediante o princípio da proporcionalidade, não se aprofundará, no presente momento, em todas as etapas necessárias para que se realize a quebra dessa estabilidade em caso de colisão de direitos fundamentais. Faz-se apenas a ressalva de que, por se tratar de um fenômeno que envolve o conflito de pelo menos dois princípios, é certo que não é possível que se crie um esquema de ponderação universal e absoluto, com todas as formas de solução estabelecidas de forma apriorística, pois as circunstâncias concretas sempre serão de suma relevância para que se determine qual direito fundamental deve prevalecer.³⁴⁰

2.5. Reflexos da doutrina da relativização atípica da coisa julgada na legislação.

As discussões referentes à relativização atípica da “coisa julgada inconstitucional”, embora tenham se iniciado em sede doutrinária, acabaram tendo fortes repercussões práticas, ensejando, inclusive, modificações legislativas. Nesse contexto, foram inseridos, respectivamente, no Código de Processo Civil de 1973 e no atual diploma processual, dispositivos com previsões de possibilidades de desconstituição da coisa julgada em caso de aplicação de norma inconstitucional.

Desse modo, serão analisadas, no presente momento, as normas que preveem hipóteses de relativização da coisa julgada, tendo como ponto de partida o Código de Processo Civil de 1973, para, depois, adentrar no atual estado do regramento processual a esse respeito.

³³⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 587.

³³⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 568.

³⁴⁰ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 578.

É importante deixar claro que boa parte das discussões da doutrina da relativização não subsiste com as modificações legislativas, pois essas inseriram normas que estabelecem hipóteses de flexibilização típica da “coisa julgada inconstitucional”.

2.5.1. O art. 741, parágrafo único, Código de Processo Civil de 1973.

Diante dos embates doutrinários acerca da possibilidade de se desconstituir a coisa julgada que acoberta decisão que se fundamenta em norma inconstitucional, o Código de Processo Civil de 1973 foi objeto de alterações, a fim de permitir uma maior flexibilização dessa estabilidade.

Especificamente, foi incluído, naquele diploma processual, o parágrafo único do art. 741, por intermédio da Medida Provisória 1.197-37/2000, tendo sua redação final sido conferida pela Medida Provisória 2.180-35/2001. O dispositivo em questão dispunha que, nos processos de execução em face da Fazenda Pública, seriam cabíveis embargos à execução para alegar a inexigibilidade do “título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”.

É perceptível, nesse cenário, que o legislador processual introduziu no direito positivo um mecanismo processual voltado à desconstituição da coisa julgada em caso de aplicação de norma incompatível com a Carta Magna. Trata-se, portanto, de uma hipótese de impugnação à “coisa julgada inconstitucional”, mas, agora, por meio de um instrumento expressamente previsto na lei, o que deixa clara a influência da doutrina relativista.

Destaca-se que é possível perceber nesse dispositivo não só uma ferramenta para se atacar a coisa julgada quando houver a aplicação de norma inconstitucional, mas, também, o estabelecimento de um critério específico para tanto, isto é, para que fossem cabíveis embargos à execução, não bastava alegar que a decisão impugnada estava em desacordo com a Carta Magna, mas, também, era necessário que esta não estivesse em consonância com uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Assim, além de estabelecer uma nova hipótese e um novo mecanismo processual para relativizar, de forma típica, a “coisa julgada inconstitucional”, o

legislador acabou por conferir maior relevo à autoridade do STF, o que, para Teori Zavascki, seria o reflexo da existência de um “princípio da autoridade do STF”.³⁴¹

A aplicação desse dispositivo, contudo, não era possível em todo e qualquer caso no qual houvesse um conflito entre um determinado provimento jurisdicional e uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, por se estar diante de uma hipótese de impugnação da coisa julgada por intermédio dos embargos à execução, tem-se como consequência a limitação da incidência do dispositivo às decisões passíveis de execução, o que, via de regra, ocorrerá com aquelas que tiverem conteúdo condenatório, mas, por vezes, também poderá ser o caso de determinadas hipóteses de provimentos constitutivos e declaratórios, conforme se observará no item 4.3.2.1.3.

E a razão de ser para a criação de uma hipótese de mecanismo rescisório limitado às decisões passíveis de execução se fundamenta no fato de que essa forma de provimento seria uma “tutela jurisdicional incompleta”, ao contrário do que se dá, em regra, com os provimentos constitutivos e declaratórios. Essa ideia se justifica pelo fato de que esses tipos de tutela jurisdicional, em geral, se esgotam com a própria decisão, ao contrário do que se dá com os provimentos passíveis, que, não sendo espontaneamente satisfeitos, precisam passar por um módulo processual executivo. Por essa razão, o provimento condenatório e, por vezes, o constitutivo e o declaratório, quando da fase de execução, podem ser dotados de menor estabilidade do que aquela conferida às tutelas que não dependem de passar por esse módulo processual, de modo que seria razoável limitar a incidência do art. 741, parágrafo único, CPC/1973, a hipóteses de provimentos passíveis de execução, visto que haveria uma menor expectativa do jurisdicionado de manutenção de uma decisão cujas repercussões práticas ainda não se concretizaram.³⁴²

É legítimo, portanto, do ponto de vista da segurança jurídica, conferir um grau de estabilidade maior para as decisões cujos efeitos já se esgotaram, razão pela qual se justifica uma hipótese impugnativa mais abrangente para os provimentos ainda não concretizados de forma plena.

³⁴¹ A esse respeito, Teori Albino Zavascki argumenta que “alargou-se o campo de rescindibilidade das sentenças, para estabelecer que, sendo elas, além de inconstitucionais, também contrárias a precedentes da Corte Suprema, ficam sujeitas a rescisão por via de impugnação ou embargos, dispensada a ação rescisória própria. A existência de precedente do STF representa, portanto, o diferencial indispensável a essa peculiar forma de rescisão do julgado”. Em sequência, o autor argumenta que essa opção legislativa seria uma mostra da valorização dos precedentes (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 183).

³⁴² TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 483-484.

Acrescenta-se ainda que a redação do art. 741, parágrafo único, CPC/1973, foi objeto de críticas por parcela da doutrina, especialmente no que diz respeito à previsão de que a decisão que aplicava norma inconstitucional seria *inexigível*. A crítica era feita na medida em que a exigibilidade tem relação com o fato de não estar pendente o implemento de condição ou termo³⁴³. Em razão disso, alguns autores argumentam que o correto seria falar em inexistência da obrigação, e não em sua inexigibilidade, a fim de preservar a melhor técnica.³⁴⁴

Por outro lado, parte da doutrina sustenta que a previsão do art. 741, parágrafo único, estabelece uma hipótese de rescindibilidade, mas por meio de embargos à execução, e não de ação rescisória.³⁴⁵

Existem ainda autores que, de forma diversa, argumentam que a previsão do art. 741, parágrafo único, seria, de fato, uma hipótese de inexigibilidade. A esse respeito, aduzem que não se poderia negar o fato de que o Código de Processo Civil estabeleceu, de forma expressa, que o título seria inexigível, e não passível de rescisão.³⁴⁶

Sobre esse ponto, Elie Pierre Eid tece algumas análises referentes ao art. 525, §12, CPC/2015, que corresponde ao art. 741, parágrafo único, CPC/1973, mas tendo seu âmbito de incidência se limita às hipóteses de inconstitucionalidade declarada antes do trânsito em julgado da decisão exequenda. O autor argumenta que, além de haver previsão expressa de que se trata de uma hipótese de inexigibilidade, dever-se-ia observar que o próprio art. 525, §1º (correspondente ao art. 741, *caput*, CPC/1973) dispõe que uma das matérias que pode ser

³⁴³ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 462.

³⁴⁴ Marcelo Abelha, escrevendo sobre o art. 525, §12, CPC/2015, que possui disposição semelhante ao parágrafo único do art. 741 do diploma processual de 1973, sustenta que não haveria que se falar de inexigibilidade, uma vez que não versa a respeito da pendência de condição ou termo, mas sim na própria inexistência da obrigação (ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 576).

³⁴⁵ Embora sem criticar de forma expressa a terminologia utilizada pelo CPC/1973, Teori Zavascki afirmou, por algumas vezes, que a hipótese do art. 741, parágrafo único, consistiria em rescindibilidade (ZAVASCKI, Teori Albino. *Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais*. In: DIDIER JR., Fredie [org.]. *Relativização da Coisa Julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 378). Por outro lado, Eduardo Talamini afirma de forma expressa que a previsão do art. 741, parágrafo único, consiste em uma nova hipótese de rescindibilidade, de modo que a previsão legislativa seria uma atecnia e desconsideraria que a decisão que aplica norma inconstitucional é, de fato, acobertada pela coisa julgada, padecendo, tão somente, de um *error in judicando*, o que torna a decisão injusta (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 460-462).

³⁴⁶ Analisando o art. 525, §12, CPC/2015, Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Samo Braga argumentam que a declaração de inconstitucionalidade do STF anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda retiraria sua eficácia, indo, portanto, na mesma linha de raciocínio que a inexigibilidade: DIDIER JR., Fredie; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Samo. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. vol. 2. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 459-460.

arguida em sede de impugnação ao cumprimento de sentença (ou embargos à execução, no CPC/1973) é a inexigibilidade da obrigação.³⁴⁷

Não obstante, a simples previsão legislativa não parece suficiente para definir se a hipótese do art. 741, parágrafo único, se cuida, de fato, de inexigibilidade ou não, pois, por diversas vezes, o legislador não se vale da melhor técnica para estabelecer conceitos.³⁴⁸

O autor ainda acrescenta alguns argumentos, dentre os quais se destacam os seguintes: i) caso se admita que se tratava de uma hipótese de rescindibilidade, haveria uma assimetria de meios de impugnação pautada na natureza das decisões, pois apenas as de cunho condenatório poderiam ser objeto de rescisão por meio de embargos; ii) a rescisão da decisão de cunho condenatório – ou das decisões passíveis de execução –, “não teria prazo determinado”, de modo que seu termo final poderia ocorrer após o transcurso do prazo de dois anos para propositura de ação rescisória; iii) haveria uma violação à regra de competência prevista para a ação rescisória ao se estabelecer a possibilidade de se rescindir a coisa julgada por meio de embargos à execução.³⁴⁹

Em relação ao item “i”, não se verifica problema algum em se estabelecer uma diversidade de meios de impugnação, o que se justifica, como já demonstrado anteriormente, pela variação de níveis de concretização dos provimentos³⁵⁰. Desse modo, por ter, até o cumprimento voluntário ou forçado da obrigação, um grau de realização inferior àquele que se observa nas decisões que não dependem de execução para serem plenamente satisfeitas, se mostra justificado o estabelecimento de uma maior margem de impugnação às decisões condenatórias. E a isso se acrescenta o fato de que o regime de impugnação da coisa julgada é delineado pelo legislador, o qual tem uma ampla margem de liberdade para estabelecer seus limites e mecanismos processuais impugnativos³⁵¹. Não há uma obrigatoriedade, portanto, de que decisões constitutivas, declaratórias e condenatórias tenham sempre o mesmo regime de impugnação.

Quanto ao item “ii”, é importante observar que, em boa parte das vezes, quando o prazo para apresentação de embargos à execução ultrapassava o interregno de dois anos para propositura da ação rescisória, isso se daria apenas pelo fato de que o exequente não agiu de

³⁴⁷ EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais*..., p. 214.

³⁴⁸ É o que também ocorreu, por exemplo, com o julgamento implícito das questões deduzidas e dedutíveis, uma vez que o art. 508, CPC/2015, dispõe que essas serão consideradas “repelidas”, o que não está de acordo com a melhor técnica, como se buscou demonstrar no item 1.3.2.1.

³⁴⁹ EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais*..., p. 215.

³⁵⁰ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*..., p. 483-484.

³⁵¹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*..., p. 462.

forma célere para instaurar o procedimento executivo. Mas, caso agisse de maneira a dar início a tal fase processual logo após o trânsito em julgado, a tendência seria de que o prazo para apresentação de embargos, que era de 15 (quinze) dias (art. 738, CPC/1973), se esgotasse antes do decurso do biênio para propositura de ação rescisória.

De todo modo, desde que haja parâmetros claros para o cabimento de embargos à execução com fins rescisórios, não haveria, a rigor, violação alguma ao princípio da segurança jurídica. A possibilidade de rescisão da coisa julgada não importa, necessariamente, em um prazo único, podendo haver regimes diversos, desde que haja meios para que o jurisdicionado possa antever os meios pelos quais pode ocorrer a desconstituição da decisão estabilizada.

Já no que diz respeito ao item “iii”, é importante observar que, ainda que se entenda que há uma violação à regra de competência ao se estabelecer a possibilidade de que uma pretensão rescisória seja veiculada em sede de embargos à execução, isso não é o suficiente para desnaturar a natureza da atividade desempenhada pelo magistrado em tais casos. O fato de violar uma norma de competência não permite que se renomeie o vício e da forma de se lidar com ele com a finalidade de se afastar uma eventual inconstitucionalidade do dispositivo. Há, portanto, quando muito, uma hipótese de incompatibilidade do dispositivo com a Carta Magna, o que não permite que se defina que em casos tais se configura inexigibilidade.

Mas, o que justifica de forma clara o caráter rescisório do dispositivo sob análise consiste no fato de que, a decisão atacada pelos embargos à execução foi proferida, aplicou norma inconstitucional e transitou em julgado. Desse modo, tendo em vista que houve processo, preenchidos todos os requisitos de existência, que foram analisados no item 2.4.1.1, a coisa julgada, a rigor, se formou, ainda que sobre uma decisão que padece de *error in iudicando*. Isso leva à conclusão de que não basta considerar a decisão e a obrigação ineficazes, inexigíveis ou inexistentes, sendo necessário extirpá-las do ordenamento jurídico, por intermédio de outro provimento jurisdicional.^{352_353}

Há, ainda, razões de cunho técnico que justificam o enquadramento da hipótese do art. 741, parágrafo único, em um caso de rescindibilidade. A inexigibilidade se configura, como demonstrado, quando pendente termo ou condição. Caso se acrescentasse a inconstitucionalidade a essas categorias, estar-se-ia adicionando ao gênero uma espécie muito

³⁵² TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 462.

³⁵³ Aqui, parece ser aplicável novamente a ideia de Kelsen, destacada no item 2.4.1.1, no sentido de que, quando é proferida uma decisão judicial, somente é possível retirá-la da ordem jurídica mediante outra decisão, que, na hipótese sob análise, exige um juízo rescindente, que desconstitui a coisa julgada e, posteriormente, um juízo rescisório, que a modifica (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito...*, p. 297).

diversa. A principal diferença entre essas consiste no fato de que a condição e o termo são passíveis de implementação, de modo que a obrigação passa a ser exigível com o advento do acontecimento que a obstava. A inconstitucionalidade, por outro lado, não se transmuda – salvo raras exceções – em constitucionalidade, de forma que se tratam de categorias cujos regimes jurídicos não podem coincidir.

Essas razões parecem ser suficientes para demonstrar que o art. 741, parágrafo único, CPC/1973, enquadra-se como uma hipótese de rescindibilidade e não de inexigibilidade.

É importante observar que, para além das polêmicas acima, a doutrina não era unânime acerca dos limites de aplicação do dispositivo em questão, razão pela qual, nos itens a seguir, serão analisadas algumas das divergências a esse respeito.

2.5.1.1. Possibilidade de apresentar embargos à execução com base em decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade.

Uma primeira discussão que surge no que diz respeito aos limites de aplicação da regra prevista no art. 741, parágrafo único, CPC/1973, consiste em identificar se a possibilidade de se atacar a coisa julgada com base em decisão de inconstitucionalidade do STF está adstrita aos provimentos jurisdicionais decorrentes do controle concentrado de constitucionalidade ou se engloba, também, o controle difuso. Esse é um debate que se coloca, segundo Teori Zavascki, em razão de uma dificuldade de se identificar com precisão os efeitos das decisões proferidas pela Corte Constitucional.³⁵⁴

Nesse debate, Araken de Assis argumenta que somente mediante resolução do Senado Federal, por meio de aplicação do art. 52, X, Constituição Federal, seria possível que uma decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal ensejasse o cabimento dos embargos à execução com efeitos rescisórios³⁵⁵. A simples existência de decisão da Corte Constitucional proferida em controle difuso, portanto, não seria suficiente para possibilitar o seu manejo.

A razão de ser desse ponto de vista consiste no fato de que o controle incidental de constitucionalidade teria eficácia *inter partes* e não *erga omnes*. Desse modo, para que fosse

³⁵⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 176.

³⁵⁵ DE ASSIS, Araken. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da Coisa Julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 59.

viável atingir, também, a esfera jurídica de terceiros, haveria a necessidade de que o Senado suspendesse a eficácia da norma.³⁵⁶

Há autores que, de modo diverso, sustentavam que não seria possível exigir que houvesse resolução do Senado para se aplicar o art. 741, parágrafo único, CPC/1973, tampouco seria viável limitar a sua incidência aos casos em que a decisão do STF tenha sido proferida em sede de controle concentrado.

Essa ideia se justificaria pelo fato de que o texto legal não havia feito distinção entre o controle difuso e o controle concentrado e, além disso, o escopo do legislador, ao estabelecer o cabimento de embargos à execução em casos tais, seria valorizar o princípio da autoridade das decisões do STF, independentemente do mecanismo processual por meio das quais essas são exaradas.³⁵⁷

A valorização das decisões da Corte Constitucional ganharia especial relevo quando se observa as diversas mudanças estruturais do sistema de controle de constitucionalidade, como a possibilidade de que esta edite súmulas vinculantes (art. 102-A, CF/1988), bem como o estabelecimento do regime da repercussão geral (art. 102, §3º, CF/1988), além de outras modificações no Código de Processo Civil de 1973. Esse cenário, segundo parcela da doutrina, teria alterado a abrangência das decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, além de ter modificado o alcance normativo do art. 52, X, Constituição Federal³⁵⁸⁻³⁵⁹.

De todo modo, é possível observar que a discussão em questão adquiriu novos contornos com o advento do Código de Processo Civil de 2015, de modo que houve uma majoração do alcance das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle difuso, o que será melhor analisado no item 3.3.2.

³⁵⁶ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 446-449.

³⁵⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 187.

³⁵⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4. ed..., p. 47-48.

³⁵⁹ Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco argumentam que, no atual contexto normativo, a “suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*. p. 2.577).

2.5.1.2. Possibilidade de apresentar embargos à execução com base em posterior decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

Outra discussão que surge em relação à aplicação do art. 741, parágrafo único, CPC/1973, dizia respeito ao momento em que a decisão do STF deveria ser proferida para ser apta a ensejar a desconstituição da coisa julgada, isto é, o provimento deveria ser anterior ao trânsito em julgado da decisão que se pretendia desconstituir? Ou até mesmo a decisão posterior teria aptidão para ensejar o cabimento de embargos com caráter rescisório?

É certo que, considerando que as decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal podem ter eficácia *ex tunc* ou *ex nunc* ou, ainda, ter sua aptidão para produzir efeitos modulada de forma diversa pela Corte Constitucional, haja vista o que dispõe o art. 27, Lei 9.868/1999, chega-se à conclusão de que a decisão posterior somente terá aptidão para atingir a coisa julgada quando seus efeitos forem retroativos. Havendo, portanto, limitação aos efeitos *ex tunc* em sede de modulação de efeitos, não seria possível que o jurisdicionado se valesse dos embargos à execução para atacar decisão já transitada em julgado.³⁶⁰

Mas, ainda assim, a doutrina não era pacífica acerca da possibilidade de a decisão posterior, com efeitos *ex tunc*, ter aptidão para ser utilizada como fundamento para desconstituir a coisa julgada.

Luiz Guilherme Marinoni, analisando as disposições do Código de Processo Civil de 1973, defendia que admitir que uma decisão de inconstitucionalidade superveniente atingisse a coisa julgada seria o mesmo que negar a sua essência. O autor argumentava que a inconstitucionalidade de uma determinada norma poderia ser apreciada antes do trânsito em julgado, de modo que, permitir sua rescisão com base na posterior decisão do Supremo Tribunal Federal violaria a eficácia preclusiva da coisa julgada³⁶¹. O autor sustentava, ainda, que permitir que a declaração de inconstitucionalidade superveniente atinja a estabilidade das decisões de mérito consistiria em uma violação do juízo difuso de constitucionalidade realizado pelo

³⁶⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, efeitos da sentença, "coisa julgada inconstitucional" e embargos à execução do art. 741, Par. Ún. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da Coisa Julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 343.

³⁶¹ É o que se extrai da obra do autor quando afirma que "a fase de conhecimento, anterior à prolação da sentença que julga o mérito, é o momento em que tal causa deve ser discutida. Em outras palavras: a decisão de inconstitucionalidade, apesar de superveniente à sentença, afirma uma causa que deveria e poderia ter sido detectada antes da edição da sentença" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 127).

magistrado do caso concreto³⁶². Salienta-se que ambos os argumentos serão analisados com maior profundidade no item 3.5.1.

Donaldo Armelin, de modo diverso, entende que o art. 741, parágrafo único, teria estabelecido uma autorização para que a decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal produzisse efeitos retroativos sobre a coisa julgada³⁶³. Paulo Lucon sustenta que, ainda que haja uma aparente colisão com a garantia constitucional da coisa julgada, a sua rescisão com base em posterior decisão de inconstitucionalidade, mediante aplicação do dispositivo sob análise, estaria dentro da margem de liberdade de regulamentação do legislador infraconstitucional.³⁶⁴

Para parte da doutrina defensora da desconstituição da coisa julgada com base em posterior decisão de inconstitucionalidade, o que define os limites temporais de aplicação do art. 741, parágrafo único, são os parâmetros de modulação estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Senado Federal, em caso de edição de resolução³⁶⁵. Desse modo, apenas nos casos em que a Corte Constitucional entendesse pela impossibilidade de a decisão produzir efeitos *ex tunc* é que não seria possível desconstituir a coisa julgada.³⁶⁶⁻³⁶⁷

Para essa corrente doutrinária, o que justificaria a desconstituição da coisa julgada, mediante embargos à execução, com base em posterior decisão de inconstitucionalidade, seria o fato de que a decisão proferida pelo STF em tal procedimento produz efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.³⁶⁸

Alguns autores sustentam, ainda, que o silêncio da lei autorizaria a conclusão de que pouco importa se a decisão do STF é anterior ou posterior ao trânsito em julgado da decisão que se pretende desconstituir.³⁶⁹

³⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*..., p. 129.

³⁶³ ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da coisa julgada*..., p. 109.

³⁶⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada, efeitos da sentença, "coisa julgada inconstitucional" e embargos à execução do art. 741, Par. Único*..., p. 343.

³⁶⁵ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*..., p. 464.

³⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei nº 11.232/2005*. In: DO NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 102.

³⁶⁷ Nesse sentido, Cabral salienta que “a técnica da modulação temporal de efeitos é relevante quando aplicada para atenuar a eficácia da decisão de superação de estabilidade” (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*..., p. 664).

³⁶⁸ DANTAS, Ivo. *Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência*. In: DO NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 276.

³⁶⁹ ZAVASKI, Teori Albino. *Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC*. vol. 125. Revista de processo, 2005. p. 4.

O cenário normativo, contudo, se modificou com o Código de Processo Civil de 2015, conforme se demonstrará no item 2.6. De toda forma, as discussões acerca dos limites temporais e das decisões aptas a fundamentar a pretensão de rescisão com fulcro em inconstitucionalidade ainda suscitam embates doutrinários, conforme se analisará, de maneira mais profunda, no item 5.4.

2.5.1.3. Aplicação às execuções em geral e o art. 475-J, §1º do Código de Processo Civil de 1973.

Um ponto relevante a ser destacado consiste no fato de que o art. 741, parágrafo único, continha previsão que, por sua literalidade, estaria restrita às execuções movidas contra a Fazenda Pública, uma vez que o *caput* do dispositivo trata, especificamente, dessa modalidade de execução. Isso levou alguns autores a criticarem a opção em beneficiar apenas entes públicos com a possibilidade de se insurgir contra decisões exequendas que tivessem por fundamento norma inconstitucional.³⁷⁰

Nesse contexto, Talamini sustentou que o dispositivo embora tivesse, em sua literalidade, aplicação limitada às execuções movidas contra a Fazenda Pública, não violaria o princípio da isonomia, desde que fosse possível aplicá-lo, de maneira extensiva, “em favor de qualquer litigante”.³⁷¹

No entanto, com o advento do art. 475-L, §1º, CPC/1973, que foi inserido no diploma processual mediante a Lei nº 11.232/2005, esse possível tratamento anti-isonômico entre a Fazenda Pública e os jurisdicionados em geral foi afastado, pois se passou a permitir a arguição de “inexigibilidade” do título, em razão da aplicação de norma inconstitucional, de forma generalizada em sede de impugnação ao cumprimento de sentença.

Há autores, porém, que criticam a opção do legislador ao prever, de forma generalizada, a possibilidade de se arguir a inconstitucionalidade mediante impugnação ao cumprimento de

³⁷⁰ Essa opção legislativa levou parte da doutrina a argumentar que a Medida Provisória nº 2.180/2001, que introduziu o parágrafo único ao art. 741 do CPC/1973, “teve endereço certo”, pois visava “servir à voracidade do Executivo Federal para, utilizando-se do uso deste infeliz instituto chamado Medida Provisória, legislar em causa própria e em detrimento dos princípios maiores que informam o Estado Democrático de Direito” (DANTAS, Ivo. *Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência*. In: DO NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto [org.]. *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 277).

³⁷¹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 425.

sentença por particulares. Essa ideia se justificaria no fato de que, em tese, nas relações privadas “nenhuma necessidade há de uniformidade”.³⁷²

Neste trabalho, contudo, discorda-se da ideia de que as relações privadas não necessitam de uniformidade, uma vez que uma padronização decisória em relação a casos concretos semelhantes mostra-se como uma necessidade de um tratamento isonômico dos jurisdicionados. Esse é um dos fatores, inclusive, que levou o sistema de precedentes a ganhar tanta relevância nos últimos anos, o que passou a ter especial destaque com o advento do Código de Processo Civil de 2015.³⁷³

Parece possível concluir, portanto, que foi adequada a opção do legislador de estender expressamente a hipótese do art. 741, parágrafo único, por meio do art. 475-J, §1º, às execuções em geral.

2.6. Reflexos da doutrina da relativização atípica da “coisa julgada inconstitucional” no Código de Processo Civil de 2015.

Como visto nos itens anteriores, a doutrina da relativização atípica da “coisa julgada inconstitucional” trouxe grandes repercussões no direito positivo então vigente, de modo que o CPC/1973 sofreu alterações que, certamente, decorrem dos influxos das discussões desenvolvidas anteriormente no âmbito acadêmico.

No Código de Processo Civil de 2015, a influência doutrinária em questão é visível, primeiramente, no art. 525, §12, o qual estabelece que será considerado “inexigível” a obrigação que estiver lastreada em decisão cuja fundamentação esteja pautada em norma declarada inconstitucional pelo STF. Em casos tais, será possível à parte manejar impugnação ao cumprimento de sentença. O §14, por sua vez, esclarece que, para que a parte possa se valer desse mecanismo processual, é necessário que a decisão de inconstitucionalidade tenha sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

Já o art. 535, §5º, prevê disposição semelhante, mas, especificamente, no âmbito das execuções movidas contra a Fazenda Pública.

³⁷² DE ASSIS, Araken. Eficácia da coisa julgada inconstitucional..., p. 57.

³⁷³ A respeito das necessidades referentes ao sistema de precedentes, Ravi Peixoto argumenta que esses se prestam a “gerar previsibilidade e garantir isonomia na aplicação do direito” (PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR, Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro; DE ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril [coord.]; DIDIER JR., Fredie [coord. geral]: Grandes temas do novo CPC – Precedentes. vol. 3. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 557).

Porém, o atual diploma processual dispõe, também, e de forma expressa, acerca da possibilidade de o jurisdicionado se insurgir contra a decisão exequenda, nas hipóteses em que a decisão de inconstitucionalidade seja posterior ao seu trânsito em julgado. A esse respeito, os arts. 525, §15, e 535, §8º, estabelecem que, em casos tais, deverá a parte se valer da ação rescisória, cujo prazo decadencial terá como termo inicial o trânsito em julgado da decisão proferida pela Corte Constitucional.

É importante observar que, tanto nas previsões do art. 525, quanto nas disposições do art. 535, é estabelecido que as decisões proferidas em sede de controle difuso ou concentrado terão aptidão para ensejar o desfazimento da coisa julgada, por intermédio dos respectivos mecanismos processuais.

A sistemática processual referente à desconstituição da “coisa julgada inconstitucional”, contudo, também suscita uma série de discussões doutrinárias. Um dos problemas que é levantado com maior frequência pela doutrina consiste no fato de que o art. 525, §15, tal como o art. 535, §8º, estabelecem “um termo *a quo* (trânsito em julgado da decisão do STF) sem indicar o termo *ad quem* (como faz o art. 975)”.³⁷⁴

É evidente que, caso se interprete o cabimento de ação rescisória em razão de inconstitucionalidade superveniente de tal forma, estar-se-á, de certo modo, a violar de forma demasiada o princípio da segurança jurídica, em suas facetas da *calculabilidade* e da *acurácia* (item 1.4.2). Isso porque tal abertura impugnativa reduziria excessivamente a margem de erro nas previsões dos jurisdicionados, que não teriam meios para prever até quando a decisão transitada em julgado poderia ser desconstituída.³⁷⁵

Diante desse cenário de grande incerteza, decorrente de uma das interpretações possíveis do art. 525, §15, e art. 535, §8º, CPC, a doutrina vem buscando conferi-lo uma interpretação diversa, que esteja de acordo com a Constituição Federal.³⁷⁶

A interpretação mais adequada referente ao prazo previsto nesses dispositivos, contudo, será objeto de análise no item 4.3 desta dissertação.

³⁷⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentários ao art. 525. In: CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (Org.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2016. E-book. p. 832.

³⁷⁵ GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità...*, p. 271-272.

³⁷⁶ Heitor Sica, por exemplo, busca conferir a esses dispositivos, uma interpretação analógica, aplicando o prazo para a ação rescisória fundamentada em prova nova, cujo *dies a quo* inicia-se com a descoberta do novo meio de prova, mas se limita a cinco anos a contar do trânsito em julgado (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentários ao art. 525..., p. 832). Nelson Nery Jr., por outro lado, defende que o prazo especial para ação rescisória com fulcro em posterior decisão de inconstitucionalidade somente será aplicável caso o prazo geral de dois anos não tiver se esgotado (NERY JR., Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal..., p. 95-96).

A própria discussão a respeito da constitucionalidade de se utilizar a inconstitucionalidade superveniente como fundamento de ação rescisória permanece no atual diploma processual, pois esta consistiria em uma violação ao sistema difuso de controle de constitucionalidade³⁷⁷. Em relação a esse ponto, maiores análises serão tecidas no item 3.5.1.

Dentro dessa sistemática normativa, também se discute os limites interpretativos do art. 525, §13, o qual define a possibilidade de que se realize modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF, de modo que parte da doutrina é levada a argumentar que se trata de uma autorização para que os efeitos do provimento da Corte Constitucional sejam manipulados *in concreto*³⁷⁸. A esse respeito, maiores reflexões serão desenvolvidas no Capítulo 5 desta dissertação.

O que é possível observar, no presente momento, é que a doutrina da “coisa julgada inconstitucional” trouxe grandes reflexos para o âmbito do direito positivo. As discussões referentes aos limites da desconstituição da estabilidade das decisões de mérito, porém, continua com o Código de Processo Civil de 2015, não obstante tenham adquirido novos contornos, que serão analisados ao longo desta dissertação.

2.7. Conclusões parciais.

O presente capítulo buscou analisar a doutrina da relativização atípica da coisa julgada que acoberta decisão que aplicou norma inconstitucional. Verificou-se que os embates doutrinários trouxeram grandes repercussões no âmbito legislativo. É possível, do exposto no presente capítulo, extrair as seguintes conclusões:

1. Do ponto de vista terminológico, não é possível falar em “coisa julgada inconstitucional”, na medida em que a estabilidade da decisão de mérito não é dotada desse vício, mas, apenas, acoberta uma decisão de mérito que aplica preceito normativo incompatível com a Constituição Federal. A inconstitucionalidade, portanto, existe antes mesmo da formação da coisa julgada.

³⁷⁷MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade...*, p. 76-77.

³⁷⁸TALAMINI, Eduardo. Os pronunciamentos do STF sobre questões constitucionais e sua repercussão sobre a coisa julgada (impugnação ao cumprimento de sentença do título executivo inconstitucional e a regra sobre prazo de ação rescisória). In: DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. (Coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. vol. 12. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 376.

2. Embora se fale em “teoria da relativização da coisa julgada”, esta corrente doutrinária lida, em última análise, com a flexibilização atípica da estabilidade das decisões de mérito. Desse modo, de um ponto de vista técnico, depreende-se que não é possível falar em “teoria da relativização da coisa julgada” sem maiores especificações, na medida em que as hipóteses típicas de desconstituição dessa estabilidade também consistem em meios para relativizá-la.
3. Embora parte da doutrina da relativização atípica defenda que, em caso de aplicação de norma inconstitucional, não há processo, tampouco coisa julgada, não parece possível sustentar essa posição do ponto de vista técnico. Para que haja processo, basta que exista um procedimento por meio do qual se exerça a atividade jurisdicional, introduzindo uma norma jurídica concreta na ordem jurídica. Assim, o teor da norma jurídica (em acordo ou desacordo com a Constituição Federal) não é relevante para o preenchimento dos pressupostos de existência do processo. Isso não significa, porém, que a decisão que aplica norma inconstitucional não seja dotada de vícios, mas não é possível, tecnicamente, apenas desconsiderá-la.
4. A coisa julgada não pode ser considerada inexistente tampouco nos casos em que os efeitos da decisão sejam tidos como juridicamente impossíveis. Isso se verifica na medida em que a estabilidade da decisão de mérito se forma, especificamente, sobre a norma jurídica concreta que é veiculada nesta, e não sobre seus efeitos. Desse modo, ainda que a decisão não seja apta a produzir efeitos, não se pode concluir que não ocorre a formação de coisa julgada.
5. A coisa julgada não se forma apenas em relação às decisões que aplicam normas jurídicas que estejam em conformidade com a Constituição Federal, mas em relação a toda e qualquer decisão de mérito que preenche os requisitos mínimos de existência. Por se tratar de um instituto ligado intimamente à segurança jurídica, visando conferir *calculabilidade* e *confiabilidade* às relações jurídicas, não é possível sustentar que a *res judicata* consista em uma “noção meramente processual”.
6. Não é possível, de maneira apriorística e sem maiores análises, desconsiderar a coisa julgada mediante a ponderação entre a segurança jurídica e de outros princípios de caráter constitucional. Mostra-se necessário averiguar, concretamente, qual das

garantias fundamentais deve prevalecer em caso de colisão, tendo o julgador um ônus argumentativo elevado para tanto. Não é correta, portanto, a ideia de que a coisa julgada deve ceder sempre que houver a aplicação de norma inconstitucional, devendo o juízo de proporcionalidade ser feito *in concreto*.

7. A coisa julgada não se coloca como uma “condição necessária do discurso jurídico”, o qual, para existir, depende apenas da força coercitiva das normas que veicula. Desse modo, a rigor, a *res judicata* atribui estabilidade a um discurso que já é anteriormente jurídico. Essa não poderia ser, destarte, uma razão para afastar a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade para afastar a coisa julgada em caso de colisões de princípios constitucionais.
8. A segurança jurídica não consiste em um “sobreprincípio” que se mostra “imponderável”, na medida em que se encontra na mesma hierarquia que os demais princípios constitucionais, da mesma maneira que a coisa julgada não é uma condição necessária para o discurso jurídico. O afastamento do princípio da segurança jurídica, em determinados casos concretos, dessa forma, não importa em uma desnaturação das estruturas do ordenamento jurídico. Inclusive, tendo em vista que o princípio em questão não se manifesta por uma lógica *tudo-ou-nada*, sua ponderabilidade coloca-se como uma ferramenta para lhe conferir graus variados de realização; a visão de “sobreprincípio”, por outro lado, está ligada a uma concepção rígida de segurança jurídica.
9. O art. 741, parágrafo único, CPC/1973, consistiu em uma primeira repercussão da teoria da relativização atípica da coisa julgada sobre a legislação processual pátria, consistindo em uma hipótese de rescindibilidade da estabilidade das decisões de mérito, por meio dos embargos à execução. O dispositivo em questão, porém, em sua literalidade, restringia-se às execuções movidas contra a Fazenda Pública. De toda forma, o art. 475-J, §1º, por outro lado, passou a permitir que qualquer jurisdicionado se insurgisse contra a decisão exequenda que aplicou norma inconstitucional por intermédio da impugnação ao cumprimento de sentença.
10. No Código de Processo Civil de 2015, o legislador optou por estabelecer que, havendo inconstitucionalidade declarada pelo STF anteriormente ao trânsito em julgado da

decisão exequenda, seria cabível impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525, §12 e art. 535, §5º, CPC). Caso a inconstitucionalidade, porém, seja posterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda, estabeleceu-se que será cabível ação rescisória (art. 525, §15 e art. 535, §8º, CPC). Há, contudo, amplo dissenso doutrinário acerca do prazo para apresentação de ação rescisória em caso de posterior decisão de inconstitucionalidade, na medida em que os arts. 525, §15, e 535, §8º, estabelecem que o termo inicial para o manejo desse remédio processual consiste no trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal.

3. Eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada.

3.1. Considerações iniciais e delimitação do objeto do capítulo

O presente capítulo tem por finalidade investigar a possibilidade de que a decisão proferida em controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal venha a atingir decisões já estabilizadas pela coisa julgada que contenham, em sua fundamentação, aplicação da norma que foi reputada incompatível com a Carta Magna.

Para isso, é importante que se investigue, em um primeiro momento, o fenômeno do controle de constitucionalidade, a fim de que sejam identificados os efeitos produzidos de forma geral pelas decisões proferidas em tal sede. Essa análise passará pelos modelos de controle difuso e concentrado de constitucionalidade para, com isso, identificar como se encontra configurado o modelo de controle de constitucionalidade no direito brasileiro.

Em sequência, será analisada a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada no direito estrangeiro, principalmente nos ordenamentos jurídicos de Portugal, da Itália e da Alemanha, a fim de se verificar como se opera esse fenômeno em tais países, o que poderá permitir análises comparatistas com o ordenamento pátrio.

Adentrando com mais profundidade no fenômeno em questão no Brasil, será analisada a legitimidade constitucional de norma que permite, neste ordenamento, que a coisa julgada seja atingida por posterior decisão de inconstitucionalidade, bem como os argumentos da doutrina que repudia essa possibilidade.

Por fim, serão examinadas as repercussões que a decisão de inconstitucionalidade possui sobre as relações jurídicas continuativas.

3.2. Controle de constitucionalidade.

Em razão do valor normativo da Constituição e de sua posição hierárquica no ordenamento jurídico pátrio, torna-se necessário que se estabeleça, também, um sistema de controle contra os atos normativos que violem a Carta Magna.³⁷⁹

³⁷⁹ Trata-se de ideia que pode ser extraída da obra de Canotilho, que afirma que “O Estado constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de garantias e de sanções: garantias da observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais; sanções contra actos dos órgãos de soberania e dos outros poderes públicos não conformes com a constituição” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 807).

Diante desse cenário, foram desenvolvidos modelos de controle de constitucionalidade na *common law* e na *civil law*, voltados à preservação da força normativa da Constituição, embora com mecanismos e efeitos diversos. Dentre esses modelos, destacam-se o sistema americano e o sistema austríaco de controle de constitucionalidade, tendo servido de inspiração para os ordenamentos jurídicos que desenvolveram, posteriormente, mecanismos de controle de legitimidade constitucional dos atos normativos.

É importante que se tenha em mente, com isso, que esses modelos são, de certo modo, “tipos ideais” de controle de constitucionalidade, na medida em que são sistemas que, quando analisados, têm características diametralmente opostas, de forma que podem ser considerados, em sua origem, os modelos “puros” de controle. Contudo, o desenvolvimento dos ordenamentos jurídicos vem demonstrando que há uma tendência de que sejam adotados modelos “híbridos” de fiscalização da legitimidade constitucional dos atos normativos.

Esse contexto permite concluir que os “tipos ideais” de controle de constitucionalidade devem ser investigados, a fim de que se compreenda o atual estágio de desenvolvimento de fiscalização da legitimidade constitucional normativa no Brasil. Também é possível que, nesse cenário, se chegue à conclusão de que o regime jurídico do controle de constitucionalidade e de seus efeitos não pode ser abordado apenas por uma perspectiva lógico-jurídica, uma vez que as circunstâncias de cada ordenamento serão determinantes para determinar sua conformação normativa.³⁸⁰

Nos itens a seguir, portanto, serão analisados os modelos de controle de constitucionalidade e seus respectivos efeitos, a fim de que se possa melhor compreender o regime jurídico que este instituto possui na ordem jurídica brasileira.

³⁸⁰ Nesse sentido, ao tratar do “dogma da nulidade”, que seria uma das formas de abordar o fenômeno da inconstitucionalidade, Gilmar Mendes afirmou que este, embora esteja presente em diversos ordenamentos, não pode ser visto como obrigatório “do ponto de vista lógico-jurídico, como demonstram a doutrina e a praxis austríacas”, uma vez que, no modelo austríaco, adota-se a teoria da anulabilidade das normas jurídicas inconstitucionais (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 255-256). Na mesma ordem de ideias, Talamini sustenta que “é inegável que aspectos jurídico-positivos interferem na definição da questão. A compreensão do tema, ainda quando se pretenda conferir-lhe roupagem de teoria geral (lógico-jurídica), acaba influenciada pelas peculiaridades do direito positivo” (TALAMINI, Eduardo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin [coord.]. *Direito constitucional brasileiro: organização do Estado e dos poderes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 671).

3.2.1. Modelo difuso/estadunidense de controle de constitucionalidade.

Como se indicou anteriormente, um dos modelos de controle de constitucionalidade que pode ser considerado como um dos “tipos ideais” de fiscalização da legitimidade constitucional dos atos normativos é o método difuso/estadunidense. Esse sistema tem por característica central o fato de que todos os órgãos jurisdicionais possuem competência para analisar a conformidade dos atos normativos com a Constituição³⁸¹, tratando-se, portanto, de um poder difuso para todos os julgadores, não estando limitado a um órgão específico.

Dessa maneira, a questão constitucional não pode ser apreciada pelo Poder Judiciário em um processo autônomo, em caráter principal, mas, tão somente, de forma incidental em casos concretos e na medida em que forem relevantes para a solução do mérito da demanda.³⁸²

O regime jurídico desse modelo de controle de constitucionalidade traz algumas consequências práticas que lhe são características. Uma das primeiras consiste no fato de que a norma inconstitucional é, a princípio, “absolutamente nula”, de modo que o juiz que exerce o exame de se sua conformidade com a Carta Magna não está a retirando do sistema, mas apenas lhe negando aplicação, na medida em que se trata de uma norma ineficaz em sua raiz.^{383- 384}

Para além disso, observa-se que, no método estadunidense de controle de constitucionalidade, a eficácia da decisão de inconstitucionalidade é retroativa (*ex tunc*), o que se associa com a tese da nulidade da norma inconstitucional, pois, por esse raciocínio, o vício de incompatibilidade com a Carta Magna existe desde o nascimento da norma.³⁸⁵

³⁸¹ Nesse sentido, Canotilho afirma que, nesse modelo, “todos os tribunais têm o direito e o dever de, no âmbito das acções e recursos submetidos a decisão do juiz, aferir da conformidade constitucional do acto normativo aplicável ao feito submetido a decisão judicial” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição...*, p. 896).

³⁸² A esse respeito, Cappelletti sustenta que “[d]itas questões podem ser arguidas apenas incidente, isto é, no curso e por ocasião de um ‘case or controversy’, ou seja, de um caso concreto processo ‘comum’ (civil ou penal ou de outra natureza) e só na medida em que a lei, cuja constitucionalidade se discute, seja relevante para a decisão do caso concreto” (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 102-103).

³⁸³ Nessa ordem de ideias, Cappelletti afirma que, nesse modelo, “a lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula (‘null and void’) e, por isto, ineficaz, pelo que o juiz exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, declara uma (pré-existente) nulidade da lei inconstitucional” (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado...*, p. 115-116).

³⁸⁴ Talamini aponta, contudo, que a utilização da terminologia nulidade, em contraposição à anulabilidade, que, conforme se verificará a seguir, consiste na teoria de Hans Kelsen a respeito dos efeitos do controle de inconstitucionalidade, mostra-se inadequada, pois essa dicotomia pressupõe uma dualidade entre interesse público e privado, embora, no âmbito do exame de compatibilidade constitucional sempre se esteja, em última análise, diante de uma questão que envolve, invariavelmente, o interesse público (TALAMINI, Eduardo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade...*, p. 670).

³⁸⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição...*, p. 904.

Destaca-se ainda que, no sistema estadunidense, o magistrado não declara a inconstitucionalidade da norma, de modo que esta não é retirada da ordem jurídica, mas apenas tem sua aplicação afastada no caso concreto. Dessa forma, a decisão de inconstitucionalidade, nesse modelo, possui, a rigor, efeitos *inter partes*, não atingindo, portanto, a esfera jurídica de terceiros.³⁸⁶

Essas são, em síntese, as características que marcam o sistema difuso/estadunidense de controle de constitucionalidade. Contudo, é necessário que se façam algumas reflexões a respeito desse método, bem como de sua repercussão em outros ordenamentos jurídicos que eventualmente venham a adotá-lo.

Um problema que pode surgir em um exercício hipotético consiste no fato de que, tendo todos os juízes a competência para realizar o juízo de constitucionalidade em caráter incidental, surge, também, a possibilidade de que alguns julgadores repute uma norma inconstitucional, enquanto outros entendem que esta se encontra de acordo com a Constituição. Dessa forma, o controle difuso acaba por ensejar um risco aos princípios da segurança jurídica e da isonomia.³⁸⁷

Outro problema surge com o modelo difuso especificamente no que diz respeito à economia processual. Isso porque, por meio de tal método, para obter o afastamento de uma norma jurídica reputada inconstitucional, o jurisdicionado deveria propor uma demanda para discutir a questão, haja vista que a decisão que afasta a aplicação da norma incompatível com a Constituição tem eficácia *inter partes*.³⁸⁸

Esses problemas, contudo, são atenuados nos Estados Unidos, uma vez que a doutrina do *stare decisis* atribui um caráter vinculante à decisão de inconstitucionalidade, a qual passa a configurar um verdadeiro precedente³⁸⁹. E, ainda que em um primeiro momento possa haver divergências entre os diversos órgãos jurisdicionais a respeito da constitucionalidade de uma norma, a tendência é que, por meio do sistema recursal, a questão chegue à Suprema Corte, a qual proferirá uma decisão que, pelo *stare decisis*, terá eficácia *erga omnes*.³⁹⁰

A inexistência de um mecanismo semelhante ao *stare decisis* foi o que fez com que os países da tradição da *civil law* majoritariamente adotassem, em um primeiro momento, o controle concentrado de constitucionalidade, negando, portanto, aos órgãos jurisdicionais

³⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*..., p. 118-119.

³⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*..., p. 77-78.

³⁸⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4. ed..., p. 32.

³⁸⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4. ed..., p. 32.

³⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*..., p. 82.

ordinários o poder de realizar o juízo de constitucionalidade, o qual se mantinha restrito à Corte Constitucional.³⁹¹

Para que não sejam violados os princípios da segurança jurídica e da isonomia, parte da doutrina defende que, nos ordenamentos da família da *civil law*, deve-se adotar um sistema de precedentes obrigatórios, semelhante ao que ocorre no *stare decisis*.³⁹²

É importante destacar, ainda, que um outro aspecto do modelo estadunidense foi atenuado com o tempo, qual seja, a tese da nulidade das normas inconstitucionais e da produção de efeitos *ex tunc*. Isso ocorreu na medida em que aspectos práticos demonstravam ser prejudicial, em certos casos, conferir-se eficácia absolutamente retroativa às decisões de inconstitucionalidade, como ocorre quando uma lei durante muito tempo foi reputada como válida e aplicada de forma generalizada. Um exemplo que se dá a esse respeito consiste no caso em que um determinado tributo tenha, durante muito tempo, sido considerado constitucional, ocasião na qual a atribuição de efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade poderia ser extremamente lesiva.³⁹³

Não seria razoável, portanto, reputar o ato jurídico inconstitucional, em razão de sua nulidade, totalmente ineficaz. A cessação da produção de efeitos de um ato jurídico nulo dependeria de prévia manifestação judicial e, mesmo assim, a ponderação de princípios poderia ser utilizada como um mecanismo para preservar alguns de seus efeitos. Dessa forma, estar-se-ia protegendo a segurança jurídica dos jurisdicionados, em razão de sua legítima expectativa de que o ato jurídico nulo produza efeitos regularmente.³⁹⁴

Em razão disso, é possível verificar, nos Estados Unidos da América, uma atenuação da regra da eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade, de modo que outros princípios igualmente relevantes venham a ser tutelados³⁹⁵. É notória, especificamente, a atenção que se dá ao princípio da segurança jurídica ao se atenuar a regra da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade.³⁹⁶

³⁹¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4. ed..., p. 34.

³⁹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 1.085.

³⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado...*, p. 122-123.

³⁹⁴ FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC: efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 113-114.

³⁹⁵ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 434.

³⁹⁶ Nesse sentido, busca-se tutelar, nos Estados Unidos, “certos ‘efeitos consolidados’ (entre os quais, emerge, de modo particular, a autoridade da coisa julgada), produzidos por atos fundados em leis depois declaradas contrárias à Constituição: e isto em consideração ao fato de que, de outra maneira, se teriam mais graves repercussões sobre a paz social, ou seja, sobre a exigência de um mínimo de certeza e de estabilidade das relações e situações jurídicas” (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado...*, p. 124).

3.2.2. Modelo concentrado/austriaco de controle de constitucionalidade.

Outro modelo que pode ser considerado um dos “tipos ideais” de controle de constitucionalidade consiste no sistema concentrado/austriaco, que possuiu grande influência, em sua elaboração, da obra de Hans Kelsen. Esse método de fiscalização da legitimidade constitucional tem por base a noção de que os órgãos jurisdicionais ordinários não podem desconsiderar a lei, em razão do “princípio da supremacia da lei”.³⁹⁷

Era necessário, portanto, criar um órgão voltado especificamente à realização dessa atividade, a qual não poderia ser atribuída a todo e qualquer julgador. É por essa razão que o sistema austriaco ficou conhecido como modelo concentrado de controle de constitucionalidade, pois essa competência concentrava-se em apenas um órgão.³⁹⁸

Uma das ideias centrais que se encontra no sistema concentrado de controle de constitucionalidade consiste na eficácia anulatória da decisão de inconstitucionalidade, isto é, até o advento da decisão da Corte Constitucional, o ato normativo existe e é válido. Apenas com o advento do provimento jurisdicional do órgão competente, portanto, é que a norma deixaria de compor o ordenamento jurídico³⁹⁹. Afirma-se, com isso, que a decisão proferida no sistema austriaco de controle de constitucionalidade possui eficácia constitutiva negativa, na medida em que não declara uma invalidade pré-existente, mas extirpa o ato normativo do ordenamento.⁴⁰⁰

Essa ideia finca-se na premissa de que, enquanto um órgão jurisdicional competente não emite provimento referente à inconstitucionalidade do ato normativo, não é possível dizer que este é incompatível com a Constituição, uma vez que apenas com a decisão emitida pelo julgador competente é que se verificaria a inconstitucionalidade⁴⁰¹. A norma inconstitucional, dessa forma, permaneceria no ordenamento jurídico, produzindo efeitos de forma plena até sua anulação, que dependeria, no sistema austriaco, de um pronunciamento do órgão competente.⁴⁰²

³⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*... p. 981.

³⁹⁸ Cappelletti afirma que o controle de constitucionalidade, nesse sistema, é “concentrado, precisamente, em um único órgão judiciário, idealizado e criado, propositadamente, para esta função de controle normativo” (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*..., p. 84).

³⁹⁹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução: KRUG, Alexandre; BRANDÃO, Eduardo; GALVÃO, Maria Ermantina. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 25.

⁴⁰⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*..., p. 904.

⁴⁰¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*..., p. 309.

⁴⁰² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 72.

Portanto, no controle abstrato de constitucionalidade previsto no sistema austríaco, a decisão de inconstitucionalidade proferida pela Corte Constitucional produziria efeitos apenas prospectivos, mas jamais, retroativos, não atingindo, dessa forma, os atos jurídicos praticados com base na norma inconstitucional.⁴⁰³

Outra consequência desse modelo de controle de constitucionalidade consiste no fato de que, neste, não há dependência da existência de um litígio concreto, tratando-se, portanto, de um processo que tramita essencialmente com parâmetros abstratos.⁴⁰⁴

É importante, ainda, destacar o fato de que o controle concentrado de constitucionalidade tem por característica produzir efeitos *erga omnes*, na medida em que extirpa a norma inconstitucional do ordenamento jurídico.⁴⁰⁵

O sistema austríaco de controle de constitucionalidade, contudo, tal como o modelo estadunidense, sofreu uma série de críticas em razão de suas limitações. Uma primeira colocação a esse respeito consiste no fato de que, no modelo originalmente desenvolvido na Áustria, apenas o Governo Federal e os Governos dos *Länders*, que seriam os estados, teriam legitimidade para requerer a instauração de um procedimento de controle de constitucionalidade perante a Corte Constitucional. Contudo, pelo fato de os legitimados terem apenas uma faculdade e não um dever de instaurar tal procedimento, normas jurídicas infraconstitucionais que, de alguma forma, violassem direitos individuais dificilmente eram objeto de controle de constitucionalidade⁴⁰⁶. Esse risco, por outro lado, não existe em um sistema no qual se admite o controle difuso de constitucionalidade, uma vez que os próprios jurisdicionados podem, de forma generalizada, suscitar a inconstitucionalidade de uma determinada norma jurídica que afete sua esfera jurídica.

⁴⁰³ Kelsen, Hans. *Jurisdição constitucional...*, p. 25.

⁴⁰⁴ Nesse sentido, Canotilho afirma que “o controlo abstracto significa que a impugnação da constitucionalidade de uma norma é feita independentemente de qualquer litígio concreto. O controlo abstracto de normas não é um processo contraditório de partes; é, sim, um processo que visa sobretudo a defesa da constituição e do princípio da constitucionalidade através da eliminação de actos normativos contrários à constituição” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição...*, p. 900).

⁴⁰⁵ A esse respeito, Canotilho afirma que “[o] Tribunal Constitucional ou órgão correspondente afirma-se como defensor da Constituição, legislando negativamente, ou seja, eliminando do ordenamento jurídico a norma inconstitucional” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição...*, p. 903-904).

⁴⁰⁶ Sobre esse ponto, Cappelletti sustenta que “[f]ora do âmbito do controle ficavam, por exemplo, as leis lesivas dos direitos individuais de liberdade. Já que, além disso, nem o Governo Federal nem os Governos dos *Länders* tinham um dever, mas, apenas uma faculdade, discricionária, de instaurar o processo de controle da constitucionalidade contra as leis por eles consideradas inconstitucionais, era inevitável que aqueles órgãos políticos se sentissem, efetivamente, interessados em promover o processo somente em casos um tanto raros e excepcionais. Assim, muitas leis inconstitucionais podiam, praticamente, fugir do controle da Corte Constitucional austríaca, e já vimos que, por força de um preciso preceito da Constituição, as leis, mesmo se manifestamente inconstitucionais, deviam ser sempre aplicadas, como se fossem perfeitamente válidas, por todos os juízes” (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado...*, p. 106-107).

Também é comum que se critique a perspectiva kelseniana de que a norma inconstitucional é válida até que um órgão jurisdicional competente emita pronunciamento a retirando do ordenamento. A crítica se coloca na medida em que Kelsen sustenta a ideia de que a norma inconstitucional não é inválida desde sua introdução na ordem jurídica pelo fato de que, para o autor austríaco, a invalidade estaria no mesmo plano que a inexistência⁴⁰⁷. Todavia, afirma-se doutrinariamente que a existência de uma norma consiste na pertinência dela a um determinado ordenamento, ao passo em que a validade possui relação com a observância a “preceitos que teria que respeitar”.⁴⁰⁸

A validade de uma norma jurídica, portanto, não possui relação com sua existência, mas sim com a observância a outras normas hierarquicamente superiores, especialmente no que diz respeito à Constituição Federal⁴⁰⁹. Não se sustenta, portanto, a premissa de Kelsen para fundamentar a tese de que a decisão de inconstitucionalidade possui caráter meramente constitutivo negativo.⁴¹⁰

Por fim, observa-se que a tese de que a decisão de inconstitucionalidade não produz efeitos retroativos recebeu abrandamentos com o passar do tempo, uma vez que, com a reforma constitucional de 1929, passou-se a admitir que o *Oberster Gerichtshof* (Corte Suprema) e o *Verwaltungsgerichtshof* (Corte Administrativa) instaurassem, ao julgar casos concretos, procedimentos de controle de constitucionalidade perante a Corte Constitucional. Essa reforma, por um lado, ampliou o rol de legitimados para suscitar a inconstitucionalidade de uma norma jurídica⁴¹¹, e, por outro, permitiu que se atribíssem efeitos retroativos à decisão da Corte Constitucional em relação ao caso concreto que suscitou a instauração do processo de controle

⁴⁰⁷ É possível observar isso quando Kelsen sustenta que “uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito...*, p. 300).

⁴⁰⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Leis originalmente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente. n. 5. Curitiba: *Revista de direito administrativo & constitucional*, 2007. p. 21.

⁴⁰⁹ TALAMINI, Eduardo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade...*, p. 674.

⁴¹⁰ O provimento declaratório de inconstitucionalidade, na verdade, possui “uma pluralidade de eficácias”, na medida em que “[p]or um lado, declara a *invalidade* que preexistia. Por outro, tem caráter constitutivo: a norma, que até então pertencia ao ordenamento, dele é retirada” (TALAMINI, Eduardo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade...*, p. 674).

⁴¹¹ O que foi visto de forma positiva pela doutrina, pois haveria, anteriormente, uma “excessiva limitação sob o aspecto ‘modal’, em suma, sob o aspecto dos sujeitos a que pertence a legitimação para instaurar o processo de controle perante a legitimação para instaurar o processo de controle perante a Corte Constitucional, em que o poder de controle se concentra” (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado...*, p. 108).

de constitucionalidade, afinal, não haveria sentido em impedir que o provimento jurisdicional não atingisse o caso concreto que lhe deu origem.⁴¹²

Tendo em vista os abrandamentos e as críticas acima expostos, é possível observar que os ordenamentos jurídicos, com o passar do tempo, tiveram uma tendência de adotar modelos de controle de constitucionalidade que são, de certa forma, “híbridos” entre os sistemas estadunidense e o austríaco “puros”, conforme se demonstrará no item a seguir.

3.2.3. Modelos de controle de constitucionalidade na Europa: breve análise dos sistemas alemão e italiano.

Como destacado nos tópicos anteriores, os modelos austríaco e estadunidense são, de certa forma, “tipos ideias” de controle de constitucionalidade, sendo os modelos que, originalmente, delinearam sistemas diametralmente opostos de fiscalização da legitimidade constitucional das normas jurídicas.

Contudo, é importante salientar que, embora esses modelos tenham sido utilizados como parâmetro para a construção de outros sistemas de controle de constitucionalidade, muitos ordenamentos criaram mecanismos diversos e que, de certa maneira, acabavam por demonstrar a possibilidade de que, no âmbito jurídico-positivo, características de ambos os sistemas convivessem em harmonia.

Nesse ponto, os sistemas de controle de constitucionalidade da Alemanha e da Itália se destacaram por terem características de ambos os modelos ou, pelo menos, aspectos que os colocam em contato com ambos os sistemas.

Tal como ocorre na Áustria, os órgãos jurisdicionais ordinários não possuem, nos dois países mencionados, competência para fazer o juízo de constitucionalidade de uma determinada norma jurídica. Contudo, todos os magistrados são dotados do poder-dever de instaurar o procedimento de controle de legitimidade constitucional dos atos normativos perante o Tribunal Constitucional, o que distancia esses sistemas do modelo austríaco originário, na medida em que, nesse país, apenas o Governo Federal, os Governos dos *Länder* e as Cortes Suprema e

⁴¹² Nesse sentido: Kelsen, Hans. *Jurisdição constitucional*..., p. 25-26; Cappelletti, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*..., p. 121.

Administrativa têm a possibilidade de suscitar a incompatibilidade de uma lei com a Constituição.⁴¹³

Não há como dizer, porém, que o fato de todos os magistrados terem o poder de instaurar o procedimento de controle de inconstitucionalidade faz com que estes adiram, de forma integral, ao sistema estadunidense, na medida em que os órgãos jurisdicionais ordinários têm o dever de remeter a questão constitucional para o julgamento do Tribunal Constitucional, o qual detém o monopólio da competência para o julgamento dessa matéria⁴¹⁴. Dessa forma, enquanto a corte de vértice não finalizar o juízo de constitucionalidade, os casos concretos serão suspensos.⁴¹⁵

Dessa forma, o controle de constitucionalidade na Alemanha e na Itália ocorre pela via incidental (característica do modelo estadunidense), mas a competência para o julgamento da questão constitucional é concentrada em um único órgão (característica do modelo austríaco), o que demonstra o que é possível criar modelos híbridos entre os dois “tipos ideais” de sistemas de fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos.⁴¹⁶

Quanto aos efeitos do juízo de constitucionalidade, cada um desses sistemas também possui características próprias. Na Alemanha, em um primeiro momento, os efeitos produzidos pela decisão de inconstitucionalidade eram *ex tunc* e *erga omnes*. A eficácia retroativa, contudo, foi mitigada com o decorrer do tempo, uma vez que esta poderia causar graves prejuízos ao princípio da segurança jurídica, bem como a outros princípios que também são dotados de proteção constitucional.⁴¹⁷

Além do risco a outros bens jurídicos, a decisão de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* também cria a possibilidade de, por vezes, haver a configuração de um “vácuo jurídico”, na medida em que uma relevante matéria pode se tornar carente de regulamentação. Nesse contexto, também se encontra a possibilidade de mitigar o “dogma da nulidade” da declaração de inconstitucionalidade.⁴¹⁸

⁴¹³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*...p.985.

⁴¹⁴ A esse respeito, Gilmar Mendes afirma que, na Alemanha, há um “monopólio da censura outorgado ao *Bundesverfassungsgericht* (Lei Fundamental, art. 100, I) e pressupõe que o juiz ou o Tribunal não pode aplicar a lei inconstitucional” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*..., p. 255-256).

⁴¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*..., p. 109.

⁴¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*..., p. 899.

⁴¹⁷ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*..., p. 428.

⁴¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 54.

Já o sistema de controle de constitucionalidade italiano indica, em um primeiro momento, que as decisões que declaram a inconstitucionalidade de uma norma terão eficácia *erga omnes*, mas *ex nunc*, na medida em que o art. 136 da Constituição italiana dispõe que, após o juízo de constitucionalidade, a norma deixa de ter eficácia no dia subsequente à publicação da decisão.⁴¹⁹

Contudo, a doutrina majoritária sustenta que, em realidade, os efeitos dessa decisão seriam *ex tunc*, uma vez que o art. 30 da Lei nº 87 de 11 de março de 1953 dispõe que a norma declarada inconstitucional não pode mais ser aplicada no dia subsequente à data da publicação da decisão. Desse modo, Remo Caponi sustenta que, enquanto o art. 136 da Constituição estabelece que a norma jurídica será retirada do ordenamento no primeiro dia após a publicação da decisão, o art. 30 da Lei de 1953 impede que, a partir de então, esta seja aplicada, mesmo que a casos concretos anteriores.⁴²⁰

Esse cenário permite concluir que os sistemas de controle de constitucionalidade posteriores aos dois primeiros modelos citados absorveram características de ambos e criaram regimes jurídicos próprios, que mesclam os sujeitos, os efeitos e os mecanismos para se efetuar a fiscalização da legitimidade constitucional das normas jurídicas.

3.3. Modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.

O modelo de controle de constitucionalidade brasileiro não aderiu, de forma restrita, aos “tipos ideias” de fiscalização da legitimidade constitucional das normas jurídicas estabelecidos nos Estados Unidos da América e na Áustria. O atual sistema vigente no Brasil dialoga com ambos os modelos, tendo, porém, características muito próprias e diversas dos ordenamentos analisados no item 3.2.3, que também podem ser considerados sistemas mistos.

É preciso observar, porém, que com o início do Brasil República, foi estabelecido, em um primeiro momento, apenas o controle difuso de constitucionalidade, o que se verificou com

⁴¹⁹ Nesse sentido, Calamandrei sustenta que, embora a Constituição italiana utilize-se do termo decisão que declara a inconstitucionalidade ao se referir ao sistema de controle, o que indicaria uma eficácia *ex tunc*, se afirma, também, que a norma “cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”, o que faria com que a decisão produzisse efeitos *ex nunc* e tivesse caráter constitutivo negativo (CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. In: Opere giuridiche. vol. 3. Roma: Roma TrE-Press, 2019. p. 395).

⁴²⁰ O autor afirma que “è corretto ritenere che questi due articoli abbiano due contenuti normativi diversi, che cioè l’art. 136 Cost. elimini la norma incostituzionale per il futuro, mentre l’art. 30 della legge cit. preveda l’obbligo di disapplicazione di tale norma nei giudizi pendenti” (CAPONI, Remo. *L’efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milão: Giuffrè Editore, 1991. p. 43-44).

a Carta Magna de 1891, a qual estabeleceu, por meio de seu art. 59, §1º, a possibilidade de que todos os órgãos jurisdicionais fiscalizassem a legitimidade constitucional das normas jurídicas.

A criação de um sistema de controle de constitucionalidade difuso deu-se em razão da inspiração no modelo norte-americano⁴²¹. Contudo, não havia no ordenamento jurídico brasileiro técnica semelhante ao *stare decisis*, mecanismo que, nos Estados Unidos da América, tem a aptidão para conferir uniformidade às decisões judiciais.⁴²²⁻⁴²³

Nesse contexto normativo, a fim de se conferir maior alcance às decisões do Supremo Tribunal Federal, a Constituição de 1934 instituiu o mecanismo da suspensão pelo Senado das normas que tenham sua inconstitucionalidade reconhecida em sede de controle difuso pela Corte Constitucional brasileira⁴²⁴. O instituto da suspensão, inclusive, foi repetido nas Constituições subsequentes, estando previsto, atualmente, no art. 52, X da Carta Magna de 1988.

A Constituição Federal de 1934 também foi responsável por introduzir, no ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da representação interventiva, instrumento que conferia ao Procurador Geral da República a legitimidade para provocar o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este apreciasse a constitucionalidade da lei que decretasse intervenção federal. A doutrina entende que esse mecanismo foi o precursor da representação interventiva prevista na Constituição de 1946 – que possuía maior abrangência do que o instrumento previsto na Carta Magna de 1934 –, e da representação de inconstitucionalidade, instituída pela Emenda Constitucional nº 16/1965, a qual veio a solidificar o controle abstrato no Brasil.⁴²⁵⁻⁴²⁶

⁴²¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro...*, p. 87.

⁴²² TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle dire to*. Tese de livre-docência. São Paulo: USP, 2008. p. 94-95.

⁴²³ É por essa razão que a doutrina defende que, nos sistemas em que não se admite o *stare decisis*, há uma tendência de se adotar o sistema concentrado de constitucionalidade, solução esta que não foi seguida na ordem constitucional brasileira. Nesse sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4. ed..., p. 34. Na mesma ordem de ideias, parte da doutrina entende que, ao adotar um sistema de controle difuso, o ordenamento deve prever, necessariamente, a fim de que seja dotado de racionalidade, um mecanismo semelhante ao *stare decisis* (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional...*, p. 1.086).

⁴²⁴ Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book. p. 580; TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 95.

⁴²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 2.157.

⁴²⁶ Parte da doutrina sustenta que a representação interventiva prevista nas Constituições de 1934 e 1946 tinha a finalidade de “dar à União, representada pelo Procurador-Geral da República, o poder de ver resolvido conflito em face de ente federativo, acusado de violação de dever imposto pela Constituição” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional...*, p. 997).

A representação de inconstitucionalidade marcou o surgimento de um controle abstrato de inconstitucionalidade dotado de maior abrangência, de modo que o Procurador-Geral da República poderia provocar o Supremo Tribunal Federal, a fim de que se apreciasse a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.⁴²⁷

A partir de então, passaram a conviver, no Brasil, de forma simultânea, os controles difuso e concentrado de constitucionalidade, de modo que todo órgão jurisdicional poderia reconhecer, em caráter prejudicial, a inconstitucionalidade de uma determinada norma jurídica, enquanto o Supremo Tribunal Federal teria a competência exclusiva de, em caráter principal, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, de modo a ensejar sua exclusão do ordenamento jurídico.

A Constituição Federal de 1988 foi responsável por ampliar a abrangência do controle abstrato de constitucionalidade, tendo conferido legitimidade para sua propositura a mais sujeitos (art. 103, CF) – uma vez que antes apenas o Procurador-Geral da República poderia propor ação direta de inconstitucionalidade –, além de ter instituído, também, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.⁴²⁸

Houve, ainda, a criação da ação declaratória de constitucionalidade, por intermédio da Emenda Constitucional nº 03, que poderia ser proposta pelos mesmos sujeitos com legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade.

Nesse contexto de diversos mecanismos processuais aptos a ensejar o controle de constitucionalidade das normas jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário que se investigue a eficácia temporal de eventual decisão de inconstitucionalidade, uma vez que se trata de aspecto determinante para analisar a possibilidade de que sejam atingidas coisas julgadas já formadas que tenham aplicado a norma cuja inconstitucionalidade tenha sido reconhecida. Esse ponto será objeto de análise no item 3.3.1.

É importante observar ainda que, diante do aumento de instrumentos processuais voltados ao controle de constitucionalidade das normas jurídicas, bem como dos sujeitos legitimados a provocar o STF para fiscalizar sua legitimidade constitucional, parte da doutrina chega a sustentar que há, hoje, uma preponderância do sistema concentrado sobre o difuso.⁴²⁹

⁴²⁷SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*..., p. 997.

⁴²⁸SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*..., p. 1.004-1.005.

⁴²⁹MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*..., p. 255-256.

Destaca-se também que a própria lógica de funcionamento do controle difuso de constitucionalidade foi se modificando com o decorrer do tempo na ordem jurídica brasileira, havendo amplas discussões doutrinárias acerca de seus efeitos e dos sujeitos por ele atingidos.

A atual conformação do controle realizado de forma incidental pelo Supremo Tribunal Federal enseja debate acerca da possibilidade de que este produza efeitos *erga omnes*, e não mais *inter partes*, modificando, portanto, a estrutura original do modelo difuso (item 3.2.1).

Desse modo, tendo em vista que a abrangência dos efeitos do controle difuso possui repercussão direta no objeto do presente trabalho, se analisará, no item 3.3.2, como se encontra, atualmente, o regime jurídico dos limites subjetivos deste método de fiscalização da legitimidade constitucional das normas jurídicas.

3.3.1. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade no direito brasileiro.

Como visto anteriormente, no modelo estadunidense de controle de constitucionalidade, a decisão que entende pela violação de determinada norma jurídica à Carta Magna possui, em razão da tese da nulidade, efeitos *ex tunc* (*vide* item 3.2.1).

No modelo austríaco, por outro lado, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma determinada norma jurídica possui, em razão da adoção da tese da anulabilidade, efeitos prospectivos, conforme se analisou no item 3.2.2.

Contudo, como já destacado nos respectivos tópicos, a produção de efeitos exclusivamente retroativos ou prospectivos sofreu abrandamentos nos modelos estadunidense e austríaco com o decorrer do tempo.

Além disso, nos modelos alemão e italiano, analisados no item 3.2.3, observou-se que, não obstante a competência para o juízo de constitucionalidade das normas jurídicas fosse concentrada, tal como na Áustria, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade são, a princípio, retroativos.

Esse quadro permite concluir que os efeitos da decisão acerca da legitimidade constitucional de uma determinada norma jurídica não podem ser extraídos de uma análise exclusivamente lógico-jurídica, sendo necessário apreciar as peculiaridades de cada

ordenamento, a fim de verificar se a eficácia da decisão de inconstitucionalidade é, em regra, prospectiva ou retrospectiva.⁴³⁰

A esse respeito, é preciso observar que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, norma que estabeleça, de forma expressa, os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. Faz-se necessário, nesse contexto, investigar os elementos normativos que permitem que se extraia uma conclusão sobre esse ponto por um raciocínio indutivo.

Nesse sentido, observa-se que, a partir do momento em que a Carta Magna estabeleceu a possibilidade de que qualquer órgão jurisdicional deixe de aplicar uma norma por reputá-la inconstitucional, deve-se considerar que o vício de ilegitimidade constitucional sempre existiu, de modo que decisão de inconstitucionalidade produz efeitos retroativos (*vide* item 3.2.1)⁴³¹. Afinal, não faria sentido permitir que todos os órgãos jurisdicionais fizessem o controle difuso de constitucionalidade, mas que sua decisão produzisse efeitos prospectivos, pois se trataria de um poder sem nenhuma utilidade do ponto de vista prático. É razoável concluir, nesse cenário, que um sistema que institui o sistema difuso estabelece, necessariamente, a noção de que a decisão que reconhece o vício de inconstitucionalidade produz efeitos retroativos.

Acrescenta-se a isso o fato de que o art. 27 da Lei nº 9.868/1999 estabeleceu a possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou que ela só produza efeitos a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento. Desse modo, o dispositivo reforça o fato de que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade são retroativos, não obstante tenha o Supremo Tribunal Federal o poder de manipulá-los temporalmente de forma diversa, a fim de resguardar a segurança jurídica e outros princípios de *status* constitucional.⁴³²

Esse quadro normativo permite que se conclua que a sistemática do controle de constitucionalidade no Brasil estabelece a produção de efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade em regra, embora disponha, também, de mecanismos aptos a

⁴³⁰ Tratando de assunto correlato a esse ponto, embora não integralmente coincidente, Gilmar Mendes sustenta que o “dogma da nulidade da lei inconstitucional não se afigura obrigatório do ponto de vista lógico-jurídico” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional...*, p. 255-256), o que se verifica, também, com os demais aspectos do controle de constitucionalidade. Dessa forma, o regime jurídico do controle de constitucionalidade depende, necessariamente, da apreciação das características específicas de cada ordenamento. Na mesma ordem de ideias, Talamini argumenta que, não obstante aspectos lógico-jurídicos sejam importantes para o estudo dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade, sua compreensão acaba, em última instância, “influenciada pelas peculiaridades do direito positivo” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 427).

⁴³¹ Nesse ponto, Gilmar Mendes sustenta que “[o] poder de que dispõe qualquer juiz ou Tribunal para deixar de aplicar a lei inconstitucional a determinado processo (CF, arts. 97 e 102, III, a, b e c) pressupõe a invalidade da lei e, com isso, a sua nulidade” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional...*, p. 325).

⁴³² TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 437-439.

manipulação do termo inicial da produção de efeitos desse provimento jurisdicional, o que será analisado com maior profundidade no Capítulo 05, no qual se tratará especificamente a respeito da modulação de efeitos.

3.3.2. Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

O modelo de controle de constitucionalidade inicialmente instituído pela Constituição Federal de 1988 era pautado em um sistema misto, no qual havia meios de se fiscalizar a legitimidade constitucional das normas jurídicas tanto pela via difusa, quanto pela concentrada. O controle incidental, a princípio, tinha funcionamento muito semelhante ao modelo estadunidense, já analisado no item 3.2.1, não obstante não houvesse na ordem jurídica pátria um mecanismo semelhante ao *stare decisis*.

Todavia, é importante observar que a estrutura normativa do controle difuso sofreu drásticas mudanças com o passar do tempo, de modo que parte da doutrina vem argumentando pela sua objetivação ou abstrativização. Esse fenômeno se verifica na medida em que a fiscalização realizada pelo STF da legitimidade constitucional das normas jurídicas, quando exercida mediante o julgamento de recurso extraordinário, estaria atribuindo uma relevância ainda maior ao direito objetivo e, por consequência, deixando de se pautar no interesse exclusivo das partes.⁴³³

Nesse ponto, Eduardo Talamini salienta que o recurso extraordinário sempre teve caráter objetivo, haja vista sua função de uniformização interpretativa das normas constitucionais. Todavia, esse aspecto foi reforçado por intermédio de uma série de mudanças da legislação infraconstitucional, bem como da própria Carta Magna, que teriam conferido um enfoque ainda maior aos aspectos objetivos desse meio de impugnação das decisões jurisdicionais.⁴³⁴

Contudo, a doutrina tece algumas ponderações em relação à tese de que há uma objetivação do controle difuso. Uma primeira mitigação dessa ideia se verificaria na medida

⁴³³ A esse respeito, Flávio Cheim Jorge e Thiago Ferreira Siqueira argumentam que os recursos excepcionais, dentre os quais se encontra o recurso extraordinário, se pautam na preservação da “correta interpretação da norma jurídica”, de forma que “[n]ão se preocupam imediatamente com o interesse das partes posto em juízo” (JORGE, Flávio Cheim; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Função e técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial vol. 295. *Revista de Processo*, 2019. p. 6).

⁴³⁴ TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”). In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [coord.]. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 152-153.

em que requisitos de admissibilidade do recurso, como a tempestividade, o preparo e o interesse recursal, que se tratam de aspectos do recurso ligados à atuação das partes, não poderiam, em regra, ser afastados em razão da tutela do direito objetivo.⁴³⁵

Parte da doutrina, percebendo a importância dos aspectos subjetivos para o julgamento do recurso extraordinário, critica a própria utilização dos termos objetivação e abstrativização para se referir ao controle incidental realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Argumenta-se que a interpretação constitucional realizada em sede de controle difuso sempre leva em consideração a repercussão que a norma possui sobre uma determinada circunstância fática, de modo que o preceito normativo cuja inconstitucionalidade eventualmente seja reconhecida não será retirado da ordem jurídica, mas terá sua constitucionalidade afastada diante de determinadas circunstâncias fáticas.⁴³⁶

Esse caráter concreto do controle difuso de constitucionalidade ensejaria até mesmo a possibilidade de que a norma inconstitucional voltasse a ser aplicada em caso de modificação dos fatos sociais, uma vez que esta não é retirada da ordem jurídica, mas, apenas, tem sua aplicação afastada em um determinado contexto fático.⁴³⁷

De toda sorte, considerando que a maior parte da doutrina se refere ao fenômeno sob análise como objetivação ou abstrativização, esses termos serão utilizados ao longo do presente trabalho. Além disso, não obstante o julgamento do recurso extraordinário não seja alheio a questões fáticas, seus requisitos e técnicas conferem uma preponderância a aspectos objetivos. Porém, não se ignora que os aspectos fáticos são muito relevantes nessa modalidade de controle de constitucionalidade, o que, inclusive, será levado em consideração nas linhas argumentativas que serão tecidas no item 3.3.2.1.

É importante que se tenha em mente que o ponto principal do fenômeno da objetivação do controle difuso para os fins do presente trabalho será investigar se a decisão proferida em tal sede pelo Supremo Tribunal Federal produz efeitos *inter partes* ou *erga omnes*, pois, a depender da resposta que se alcançar, haverá grandes repercussões no que diz respeito à possibilidade de manejo de ação rescisória com base em posterior decisão de inconstitucionalidade.

⁴³⁵TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante..., p. 153.

⁴³⁶MARINONI, Luiz Guilherme. Abstrativização do controle concreto ou concretização do controle abstrato, vol. 329. São Paulo: *Revista de Processo*, 2022. p. 4.

⁴³⁷MARINONI, Luiz Guilherme. Abstrativização do controle concreto ou concretização do controle abstrato..., p. 3.

Pelo regime jurídico original do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, os efeitos da decisão proferida pelo STF em tal sede seriam *inter partes* e o mecanismo instituído para retirar a norma do ordenamento jurídico em definitivo, conferindo ao provimento jurisdicional efeitos *erga omnes*, seria a suspensão de sua eficácia pelo Senado, prevista no art. 52, X, CF.⁴³⁸

A doutrina, contudo, passou a se inclinar no sentido de que a própria decisão do Supremo Tribunal Federal, independentemente de manifestação da casa legislativa, teria aptidão para produzir efeitos *erga omnes*. Um dos primeiros aspectos da estrutura normativa pátria que permitiria enxergar uma maior objetivação do controle incidental realizado pelo STF e a possibilidade de produção de efeitos que ultrapassam a esfera jurídica das partes seria o procedimento para julgamento de recurso extraordinário interposto no âmbito dos juizados especiais, o qual permite a intervenção de interessados na discussão da tese e, além disso, cuja decisão vincula as turmas recursais.⁴³⁹

O art. 475, §3º, CPC/1973, que dispensava a remessa necessária quando a decisão estivesse de acordo com posicionamento do pleno do STF, também reforçaria a tese da objetivação da fiscalização da legitimidade constitucional das normas jurídicas.⁴⁴⁰

O art. 557, *caput*, CPC/1973, por sua vez, estabelecia que o relator de um recurso poderia negar seguimento a este, quando a decisão recorrida estivesse em conformidade com súmulas ou com a jurisprudência dominante do tribunal em questão ou dos tribunais superiores.⁴⁴¹

Já o art. 544, §3º e §4º, autorizava ao relator, em julgamento de agravo em recurso extraordinário ou especial, conhecer e prover a impugnação, desde que estivesse de acordo com súmula ou jurisprudência dominante.⁴⁴²

⁴³⁸ TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante..., p. 148-151.

⁴³⁹ Fredie Didier Jr. trata desse tema como uma das primeiras inovações legislativas que permite enxergar uma objetivação do julgamento dos recursos extraordinários. DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. n. 8. Salvador: *Revista do CEPEJ*, 2020, p. 48-49.

⁴⁴⁰ DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso..., p. 50.

⁴⁴¹ A esse respeito, Teori Zavascki argumentava que o dispositivo em questão indicaria um “movimento em direção à força subordinante dos precedentes” (ZAVASCKI, Teori. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4. ed..., p. 43).

⁴⁴² ZAVASCKI, Teori. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4. ed..., p. 43.

O art. 481, parágrafo único, estabelecia que não haveria necessidade de se submeter a arguição de inconstitucionalidade ao plenário dos tribunais locais quando a questão já houvesse, anteriormente, sido objeto de pronunciamento do Pleno do STF.⁴⁴³

Fora do plano da legislação infraconstitucional, observa-se outro elemento da abstrativização do controle de difuso, que consiste na possibilidade de que o STF edite súmulas vinculantes, por decisão de dois terços de seus membros, tendo sido inserido na ordem jurídica pela Emenda Constitucional nº 45/2004.⁴⁴⁴

Nessa mesma oportunidade, o poder constituinte derivado inseriu na Carta Magna o §3º do art. 102, por meio da qual passou a exigir que o recorrente demonstrasse repercussão geral da questão constitucional quando da interposição de recurso extraordinário. Desse modo, para o conhecimento da impugnação em questão, não basta que a parte seja sucumbente, tendo o ônus de demonstrar, também, de que maneira o julgamento será relevante para a tutela do direito objetivo, ultrapassando a esfera de interesse individual.⁴⁴⁵

Parte da doutrina entende que a consagração do requisito de admissibilidade da repercussão geral levaria à conclusão de que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal passariam a ter eficácia *erga omnes*. Um dos fundamentos dessa linha de raciocínio decorre da ideia de que a instituição de um mecanismo que impede o julgamento pelo STF de causas que não ultrapassem o interesse individual significaria, necessariamente, que os efeitos da decisão decorrente desse procedimento deveriam vincular os demais órgãos jurisdicionais e administrativos.⁴⁴⁶

Parte da jurisprudência também caminhou no sentido de conferir à decisão de inconstitucionalidade proferida pela via incidental pelo STF efeitos *erga omnes*. Essa corrente foi capitaneada por Gilmar Mendes, em voto proferido no julgamento da Reclamação Constitucional nº 4.335, ocasião na qual o Ministro argumentou que as decisões da STF proferidas em sede de controle difuso teriam eficácia *erga omnes*.⁴⁴⁷

⁴⁴³ ZAVASCKI, Teori Albino. Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais..., p. 380.

⁴⁴⁴ DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro..., p. 49.

⁴⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson; FORTES, Luiz Henrique Krassuski. Repercussão geral do recurso extraordinário: dever de demonstração da transcendência e relevância da questão constitucional. vol. 7. *Revista de Processo Comparado*, 2018, p. 2-3.

⁴⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Abstrativização do controle concreto ou concretização do controle abstrato..., p. 3.

⁴⁴⁷ STF - RCL Nº 4.335 AC. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Data do julgamento: 21/08/2006.

Para fundamentar sua tese, o Ministro sustentou que o Código de Processo Civil então vigente possuía uma série de dispositivos que pressupunham para sua aplicação a concessão de efeitos *erga omnes* às decisões proferidas no controle difuso, como se deu, por exemplo, com o art. 557, §1º-A, o qual estabelecia que o relator poderia dar provimento a um recurso se a decisão impugnada estivesse em desacordo com a “jurisprudência dominante” do STF ou do STJ.

Também foi sustentado no voto que há, com a Constituição de 1988, uma preponderância do sistema concentrado em detrimento do difuso, haja vista o amplo rol de legitimados para instaurarem o controle abstrato de constitucionalidade (art. 103, CF). Esse cenário seria um indicativo de que a ordem jurídica estaria se inclinando a adotar, também no controle difuso, técnicas utilizadas no âmbito do modelo concentrado.

O Ministro argumentou, também, que o art. 52, X, CF, teria sofrido uma mutação constitucional, de modo que seu significado normativo atual seria no sentido de que as decisões do STF que reconheçam a inconstitucionalidade de normas jurídicas em sede de controle incidental devem ser apenas publicadas pelo Senado. Não se trataria, portanto, de um ato da casa legislativa apto a retirar a norma do ordenamento, mas apenas a dar publicidade ao entendimento da Corte Constitucional.

Destaca-se que a referida tese ganhou ainda mais força na Corte Constitucional no ano de 2017 com o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.406 e 3.470, nas quais se retomou a discussão acerca dos efeitos das decisões proferidas pelo STF em caráter incidental.⁴⁴⁸

Não obstante a tendência doutrinária e jurisprudencial de entender que a ordem jurídica, com sua estrutura normativa, conferiria efeitos *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, parta da literatura jurídica se opôs em um primeiro momento a essa possibilidade.

Nesse ponto, Eduardo Talamini sustentava, sob a égide do CPC/1973, que o fato de haver uma objetivação do recurso extraordinário não levava, necessariamente, à conclusão de que os efeitos do julgamento proveniente do controle difuso produzem-se para além das partes

⁴⁴⁸ Nessas ações, houve, pela via incidental, o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal 9.055/1995. Decidiu-se em caráter difuso pelo fato de o dispositivo em questão não constituir objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade. De toda sorte, entendeu-se, nesta decisão, que as decisões de inconstitucionalidade não proferidas em caráter principal pelo STF também teriam eficácia *erga omnes* (ADI 3.406 e ADI 3.470. Relatora: Ministra Rosa Weber. Data do julgamento: 29/11/2017).

do processo. Haveria um “salto lógico”, uma vez que a premissa não possui uma correlação necessária com a conclusão.⁴⁴⁹

As modificações estruturais do Código de Processo Civil então vigente e da Constituição Federal não davam ensejo a uma força vinculante das decisões proferidas em sede de controle difuso, o que apenas ocorreria de maneira efetiva, isto é, como uma “vinculação forte”, quando fosse possível impor aos demais aplicadores do direito o entendimento do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade incidental.⁴⁵⁰

O autor argumentava, ainda, que a instituição das súmulas vinculantes na Constituição Federal (art. 103-A), que estabelece um procedimento rigoroso para que as decisões do STF produzam efeitos vinculantes, indicaria que não é possível que as decisões proferidas pela corte de vértice que não passem por esse rito produzam efeitos *erga omnes*.⁴⁵¹

Nesse quadro, não teria havido mutação constitucional do art. 52, X, CF, de modo que, para que a decisão de inconstitucionalidade do STF proferida em sede de controle difuso tivesse efeitos *erga omnes*, seria necessário que o Senado suspendesse a eficácia da norma jurídica.⁴⁵²

De fato, não é possível dizer que a instituição de mecanismos que criem uma objetivação do controle difuso leve, necessariamente, à conclusão de que os efeitos da decisão serão *erga omnes*. É possível, do ponto de vista lógico, que se exija a demonstração de repercussão geral em sede de recurso extraordinário e, mesmo assim, os efeitos da decisão se limitem à esfera jurídica das partes, razão pela qual sua instituição não leva à consequência de que a decisão produza efeitos *erga omnes*.

Ainda nesse ponto, André Dias Fernandes sustenta que a tese do STF teria um óbice intransponível, consistente na previsão do art. 52, X, CF, o qual, em sua literalidade, impediria a adoção da ideia de que a decisão proferida pela Corte Constitucional produz efeitos *erga omnes* de forma automática.⁴⁵³

Esse contexto, contudo, modificou-se com o advento do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que, com o atual diploma, foram mantidas as técnicas de objetivação do controle já existentes e, além disso, foram estabelecidos outros mecanismos voltados a fazer com que as

⁴⁴⁹ TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante..., p. 154.

⁴⁵⁰ TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante..., p. 147.

⁴⁵¹ TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante..., p. 160.

⁴⁵² TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante..., p. 161-162.

⁴⁵³ FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*..., p. 176.

decisões proferidas em sede de controle difuso sejam observadas pelos demais órgãos jurisdicionais.

A esse respeito, o art. 988, §5º, CPC, estabeleceu, por uma interpretação *contrario sensu*, o cabimento de reclamação constitucional proposta com o fim de preservar o entendimento do STF formado em sede de “recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos”. Essa expansão do cabimento da reclamação acabou por reforçar os efeitos *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso.⁴⁵⁴

É importante deixar caro que, não obstante a Lei 13.256/2016, tenha estabelecido a inadmissibilidade de reclamação contra decisão que viola decisão proferida em sede de “recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos”, essa limitação é estabelecida, especificamente, para os casos em que não houver sido “esgotadas as instâncias ordinárias”.

Desse modo, depreende-se que a reclamação será cabível quando forem esgotadas as vias ordinárias para se atacar a decisão que viola os precedentes constitucionais supramencionados. Não se trata de uma inadmissibilidade geral para a apresentação de reclamação em tais casos.⁴⁵⁵⁻⁴⁵⁶

Portanto, caso não seja observado um entendimento formado pelo STF em sede de “recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida” ou em “recurso extraordinário repetitivo”, o jurisdicionado poderá se valer da reclamação constitucional, após esgotadas as instâncias ordinárias, para que o entendimento da Corte Constitucional seja aplicado no caso concreto. Há, nesse contexto, uma “vinculação forte” da decisão proferida em sede de controle difuso no que diz respeito à aplicação do direito pelos órgãos jurisdicionais ordinários.⁴⁵⁷

⁴⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; FUCK, Luciano Felício. Novo CPC e o recurso extraordinário. vol. 261. *Revista de Processo*, 2016. p. 5.

⁴⁵⁵ A esse respeito, Osmar Mendes Paixão Côrtes afirma que “[a]penas nos casos extremos, nos quais não se consiga resolver a questão da observância ao precedente firmado em repetitivo ou em repercussão geral no Tribunal inferior é que se pode abrir a via da reclamação” (CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Natureza e efeitos da decisão em recurso repetitivo: uma tentativa de sistematizar a observância à tese firmada na decisão paradigmática. vol. 273. *Revista de Processo*, 2017. p. 18).

⁴⁵⁶ Nesse ponto, em manifestação representando o Instituto Brasileiro de Direito Processual, Paulo Henrique dos Santos Lucon e Leonardo Cameiro da Cunha sustentaram que “é cabível a reclamação para garantir a observância de precedente obrigatório”, desde que “observado o requisito do esgotamento prévio das vias ordinárias” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos; DA CUNHA, Leonardo Cameiro. Manifestação do IBDP quanto ao cabimento de reclamação por desrespeito a decisão em recurso repetitivo”. vol. 300. *Revista de Processo*, 2020. p. 9).

⁴⁵⁷ Força vinculante forte seria, como apontado anteriormente, aquela que consiste na “própria imposição da adoção do pronunciamento que dela se reveste, pelos demais órgãos aplicadores do direito” (TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional*..., p. 94).

É bem verdade que o STJ, no julgamento da Reclamação nº 36.476/SP, entendeu que não seria cabível a utilização desse instrumento processual para se buscar observância de precedentes formados no regime dos recursos repetitivos. Um dos principais pontos suscitados para defender esse posicionamento consistiu no fato de que as hipóteses de reclamação teriam sido veiculadas nos incisos do art. 988, ao passo em que os parágrafos teriam sido utilizados para estabelecer exceções a essa regra.⁴⁵⁸

Essa interpretação, porém, parece ser *contra legem*, na medida em que o art. 988, §5º, II, CPC, é claro ao estabelecer que a reclamação apresentada contra decisões que violem precedentes formados no regime da repercussão geral ou dos recursos repetitivos apenas não serão admitidos “quando não esgotadas as instâncias ordinárias”.⁴⁵⁹

Dessa forma, a sistemática processual vigente permite concluir pelo cabimento de reclamação em casos tais, de maneira que as decisões proferidas pelo STF em sede de recurso extraordinário têm sua força vinculante reforçada com a atual redação do Código de Processo Civil.

Para além disso, observa-se que o art. 926, CPC, estabelece os deveres de uniformização e manutenção da estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência também reforçam a tese da eficácia *erga omnes* das decisões proferidas em sede de controle incidental⁴⁶⁰. Esse nível de eficácia vinculante também é verificado na medida em que o art. 489, §1º, VI, estabelece que incumbe ao julgador fundamentar as razões pelas quais não está seguindo um determinado precedente invocado pela parte, não lhe sendo permitido negar-lhe aplicação sem demonstrar a ocorrência de distinção ou superação. Diante desse cenário, os precedentes adquiriram força obrigatória, de modo que vinculam os demais órgãos jurisdicionais, não sendo facultado julgador simplesmente deixar de aplicá-lo.⁴⁶¹

O art. 927, V, também reforça a ideia de que o controle difuso produz efeitos vinculantes, na medida em que as decisões proferidas pelo plenário Supremo Tribunal Federal são de observância obrigatória pelos órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores⁴⁶², de

⁴⁵⁸ STJ – Rcl nº 36.476/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 05/02/2020.

⁴⁵⁹ DE MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 635.

⁴⁶⁰ Nesse ponto, Paulo Mendes argumenta que “o sistema processual brasileiro está estruturado para que os tribunais superiores definam o sentido do Direito vigente, e que, a partir de então, os temas já decididos não sejam, de regra, reconduzidos à sua apreciação” (DE OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Coisa julgada e precedente...*, p. 188.

⁴⁶¹ ALVES, Gustavo Silva. Precedentes como fonte do direito no novo CPC: por uma visão argumentativa do discurso jurídico. vol. 267. *Revista de Processo*, 2017. p. 6-7.

⁴⁶² CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A consolidação da “objetivação” no novo Código de Processo Civil. vol 256. *Revista de Processo*, 2017. p. 4.

forma que as decisões do pleno da Corte Constitucional devem ser observadas pelas instâncias ordinárias. O inciso III do referido dispositivo, por sua vez, impõe a observância dos acórdãos proferidos em sede de “recursos extraordinário e especial repetitivos”.

Esse dispositivo também permite, por meio de uma interpretação sistemática, que se conclua que não é toda e qualquer decisão que for proferida pelo STF no regime da repercussão geral que terá, necessariamente, vinculação obrigatória. Em realidade, seria plausível sustentar que apenas as decisões proferidas pelo pleno da Corte Constitucional é que terão aptidão para produzir tal efeito⁴⁶³. O art. 927, V, CPC, ao dispor que os órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores devem observar as decisões do plenário daquelas cortes às quais estão vinculados, parece ser um importante parâmetro para essa conclusão, pois não amplia tamanha eficácia a todas as decisões da Corte Constitucional.

Assim, uma redução do espectro do cabimento da reclamação aos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, apenas nos casos em que a decisão houver sido proferida pelo pleno do STF e, além disso, aos recursos extraordinários repetitivos, parece ser mais adequada diante da sistemática do CPC.⁴⁶⁴

Por consequência, depreende-se que os recursos extraordinários que não tenham sido decididos pelo plenário não terão eficácia vinculante⁴⁶⁵. Caso não se interprete dessa forma, estar-se-á ampliando o cabimento da reclamação e, conseqüentemente, da eficácia vinculante dos precedentes, a “todos os recursos extraordinários admitidos após a Emenda Constitucional 45/2004.”⁴⁶⁶

É importante observar, ainda, que o regime dos recursos repetitivos demonstra uma majoração da eficácia vinculante das decisões proferidas em sede de controle difuso (arts. 1.039 e 1.040, CPC/2015). Essa ideia é verificável na medida em que, no Código de Processo Civil anterior, o regime de julgamento dos recursos repetitivos vinculava, de forma expressa, apenas o julgamento dos processos sobrestados (art. 543-B, §2º e §3º, CPC/1973). O atual diploma processual, por outro lado, determina que, caso a questão objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal seja idêntica a de um recurso interposto posteriormente, em relação a este último também deverá ser aplicado o entendimento formado pela Corte Constitucional,

⁴⁶³ Haveria uma obrigatoriedade de que se observasse “o respeito também aos precedentes emanados pelo STF, por meio de seu pleno, em matéria constitucional” (DE MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 383).

⁴⁶⁴ DE MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*..., p. 636.

⁴⁶⁵ Nesse sentido: TALAMINI, Eduardo. Os pronunciamentos do STF..., p. 371.

⁴⁶⁶ DE MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*..., p. 634.

podendo, inclusive, a decisão do STF ser utilizada como fundamento de decisão monocrática que nega provimento a recurso (art. 932, IV, “b”, CPC/2015). A eficácia vinculante do julgamento dos recursos repetitivos, dessa forma, vincula também aqueles processos que não foram sobrestados.⁴⁶⁷

Dessa forma, o Código de Processo Civil de 2015 acabou por criar ferramentas que estabelecem um maior alcance às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recursos extraordinários repetitivos, bem como de recursos extraordinários com o reconhecimento de repercussão geral e, não sendo observados tais precedentes, pode o jurisdicionado valer-se da reclamação constitucional, desde que esgotadas as instâncias ordinárias (art. 988, §5º, II, CPC).⁴⁶⁸

Pontua-se, porém, que a maior eficácia vinculante atribuída às decisões proferidas em sede de controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal não significa que essa modalidade de fiscalização da constitucionalidade das normas jurídicas possua o mesmo alcance que aquele que é atribuído ao controle concentrado⁴⁶⁹, o que será melhor apreciado no item 3.3.2.1.

É importante observar, para além disso, como bem aponta Talamini que, a despeito de se atribuir, com o CPC/2015, força vinculante às decisões proferidas pelo STF no âmbito do controle difuso, isso não significa que toda decisão da Corte Constitucional será necessariamente vinculante aos demais órgãos jurisdicionais. Em realidade, naquelas hipóteses não previstas expressamente na lei, tais como a apreciação de uma questão constitucional em sede de recurso ordinário ou de *habeas corpus* de competência originária do STF, a eficácia *erga omnes* depende da suspensão pelo Senado ou da instauração do procedimento de súmulas vinculantes.⁴⁷⁰

De todo modo, fica claro que a atual sistemática do controle difuso de constitucionalidade atribui eficácia vinculante às decisões proferidas pelo pleno do STF em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida.

⁴⁶⁷ AUFLERO, Mario Vitor M. Técnicas para julgamento de casos repetitivos no novo Código de Processo Civil. vol. 265. *Revista de Processo*, 2017. p. 7.

⁴⁶⁸ A esse respeito, Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas afirmam que os precedentes são obrigatórios quando o seu respeito “é exigido, sob pena do manejo de medida ou ação especialmente concebida para esse fim” (ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 279).

⁴⁶⁹ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada: objeto do processo e questões prejudiciais...*, p. 244.

⁴⁷⁰ TALAMINI, Eduardo. Os pronunciamentos do STF..., p. 373-374.

3.3.2.1. A suspensão da norma inconstitucional pelo Senado com a atual sistemática do controle difuso.

O atual contexto normativo do controle difuso de constitucionalidade enseja dúvidas a respeito da interpretação que se deve conferir ao art. 52, X, CF. Parte da jurisprudência, capitaneada pelo entendimento de Gilmar Mendes, vem sustentando o que o papel do Senado, na aplicação desse dispositivo seria de, tão somente, publicar a decisão proferida em sede de controle difuso⁴⁷¹. Esse entendimento parte de uma premissa de equiparação praticamente integral entre os efeitos dos modelos difuso e concentrado, de modo que a atividade da casa legislativa teria se tornado meramente burocrática.

A esse respeito, é importante observar, como pontuado anteriormente, que parte da doutrina entende que o art. 52, X, CF, constituiria um óbice à atribuição de efeitos *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle difuso.⁴⁷²

Há, portanto, uma contraposição entre uma corrente que entende que a função do Senado em relação às decisões proferidas em controle incidental seria meramente protocolar, não tendo repercussão no que diz respeito aos efeitos da decisão, enquanto outros autores defendem que a suspensão pelo Senado seria o mecanismo apto a conceder eficácia geral aos provimentos proferidos em tal sede.

Todavia, há diferenças entre os controles difuso e concentrado que permitem conferir maior alcance ao dispositivo em questão, ainda que não se exija que haja suspensão pelo Senado para que as decisões da Corte Constitucional em sede de controle difuso produzam efeitos *erga omnes*.

Em termos práticos, o aspecto principal que diferencia os controles difuso e o concentrado consiste no fato de que, neste, a norma jurídica é retirada do ordenamento, enquanto naquele esta permanece, tendo, apenas, sua aplicação afastada diante de determinado contexto fático-normativo (*vide* item 3.3.2).⁴⁷³

Desse modo, a rigor, a decisão proferida pelo STF em sede de controle difuso não retira, em absoluto, a norma jurídica do ordenamento. Essa diferença decorre do fato de que, no controle incidental, a questão constitucional é prejudicial ao julgamento de mérito, de modo

⁴⁷¹ STF - RCL Nº 4.335 AC. Relator: Gilmar Ferreira Mendes, Data do julgamento: 21/08/2006. Data da publicação: 25/08/2006.

⁴⁷² FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC...*, p. 176.

⁴⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abstrativização do controle concreto ou concretização do controle abstrato*. vol. 329. São Paulo: *Revista de Processo*, 2022. p. 4.

que, de um ponto de vista estritamente técnico, não há declaração de inconstitucionalidade, na medida em que esta não constitui objeto do processo. Diante desse cenário, no provimento de inconstitucionalidade do controle incidental, tem-se o reconhecimento, na fundamentação da decisão, da incompatibilidade da norma aplicada com a Carta Magna.⁴⁷⁴

É possível dizer que os precedentes formados em sede de recurso extraordinário não têm uma eficácia de “desconstituição de um dispositivo normativo”, mas apenas de obrigar que a decisão vinculante seja observada pelas instâncias inferiores.⁴⁷⁵

A manutenção da norma jurídica no ordenamento, em sede de controle difuso, traz a importante consequência de permitir que a alteração de fatos sociais enseje uma modificação de sua interpretação diante de um contexto novo, e, conseqüentemente, que dá ensejo a que esta volte a ser aplicada em razão da alteração das circunstâncias.⁴⁷⁶

Para além disso, a lógica do controle difuso permite que o próprio debate jurisdicional propicie uma reinterpretação da norma anteriormente tida por inconstitucional. Trata-se de uma perspectiva dinâmica que está na base da teoria dos precedentes, que não impõe uma petrificação do direito, sendo possível que ocorra a superação de entendimentos consolidados.⁴⁷⁷

O Senado, dessa forma, tem o poder de retirar do ordenamento jurídico a norma cuja inconstitucionalidade tenha se reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário⁴⁷⁸. Caso, portanto, a casa legislativa exerça seu poder, não haverá a possibilidade de que a modificação dos fatos sociais, tampouco a evolução do debate jurídico, permitam que a norma cuja inconstitucionalidade tenha sido reconhecida pelo STF volte a ser aplicada.⁴⁷⁹

A autoridade das decisões da Corte Constitucional e o papel político do Senado, portanto, não se confundem. A eficácia *erga omnes* de uma decisão proferida em sede de controle incidental independe da atuação da casa legislativa, sendo-lhe possível, por outro lado,

⁴⁷⁴ DE MACÊDO, Lucas Buri. Duas notas sobre o art. 52, X, da Constituição Federal..., p. 5.

⁴⁷⁵ DE MACÊDO, Lucas Buri. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 418.

⁴⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Abstrativização do controle concreto ou concretização do controle abstrato..., p. 3.

⁴⁷⁷ DE MACÊDO, Lucas Buri. Duas notas sobre o art. 52, X, da Constituição Federal..., p. 7.

⁴⁷⁸ DE MACÊDO, Lucas Buri. Duas notas sobre o art. 52, X, da Constituição Federal..., p. 6.

⁴⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Abstrativização do controle concreto ou concretização do controle abstrato..., p. 3.

aumentar a projeção da decisão difusa, impedindo em absoluto a produção de efeitos da norma cuja inconstitucionalidade tenha sido incidentalmente reconhecida.⁴⁸⁰⁻⁴⁸¹

A atuação do Senado, para além disso, ganha maior relevância quando o provimento do Supremo Tribunal Federal não é dotado de eficácia *erga omnes*, o que se dá fora do âmbito do controle concentrado, da decisão proferida em sede de recurso extraordinário cuja repercussão geral tenha sido reconhecida, dos recursos extraordinários repetitivos e dos julgamentos submetidos ao procedimento das Súmulas Vinculantes.⁴⁸²

É importante acrescentar, ainda, que, não obstante o Código de Processo Civil tenha estabelecido a possibilidade de que uma questão prejudicial seja acobertada pela coisa julgada (art. 503, §1º) e que o STF tenha competência para apreciar a constitucionalidade de uma norma em caráter principal, não se mostra viável que a questão a ser atingida pela *res judicata* seja a questão constitucional.

Caso se permitisse a formação de coisa julgada em tais casos, a rigor, haveria uma proibição de que qualquer pessoa voltasse a discutir a constitucionalidade/inconstitucionalidade da norma⁴⁸³. Dessa forma, configurar-se-ia um verdadeiro “bloqueio de aplicação do texto normativo”, tal como se dá com o controle concentrado.⁴⁸⁴

Ao se permitir que o controle difuso adquirisse tamanho alcance, contudo, estar-se-ia o equiparando quase que integralmente ao controle concentrado, de modo que a eficácia normativa do art. 52, X, CF, restaria praticamente nulificada⁴⁸⁵. Não parece, destarte, que o regime da coisa julgada sobre questão prejudicial possa ser aplicado aos casos que envolvam decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, sob pena de se suprimir o papel do Senado.

⁴⁸⁰Nesse ponto, Marcelo Neves argumenta que o caráter relativo do *stare decisis* permitiria a “mutação da jurisprudência da Corte Suprema”, de modo que não haveria, no controle difuso norte-americano “uma perda absoluta e definitiva da eficácia da lei”. No ordenamento jurídico brasileiro, por outro lado, a perda absoluta de efeitos da norma inconstitucional seria possível mediante “a suspensão definitiva de eficácia pelo Senado” (NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 84).

⁴⁸¹DE MACÊDO, Lucas Buril. Duas notas sobre o art. 52, X, da Constituição Federal..., p. 7.

⁴⁸²TALAMINI, Eduardo. Os pronunciamentos do STF..., p. 373-374.

⁴⁸³SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada: objeto do processo e questões prejudiciais...*, p. 247.

⁴⁸⁴MINAMI, Marcos Youji; PEIXOTO, Ravi. *Da questão prejudicial incidental constitucional no STF e o novo regime de coisa julgada*. In: DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. (Coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. vol. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 286.

⁴⁸⁵MINAMI, Marcos Youji; PEIXOTO, Ravi. *Da questão prejudicial incidental constitucional no STF e o novo regime de coisa julgada...*, p. 289-290.

Esse cenário permite concluir que a função do Senado não é simplesmente dar publicidade às decisões do Supremo Tribunal Federal, tendo, em realidade, o importante papel de extirpar determinadas normas do ordenamento jurídico. Da mesma sorte, chega-se à conclusão de que o art. 52, X, não constitui um óbice intransponível à concessão de efeitos *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle incidental. Em última análise, o papel do Senado é remodelado de acordo com a maneira como o sistema de fiscalização das normas constitucionais se conforma, mas não é possível arguir que este atue de forma meramente protocolar.

3.4. A retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada no direito estrangeiro.

Após a análise dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no direito estrangeiro e no modelo brasileiro, faz-se necessário adentrar, de forma mais específica, em uma investigação a respeito da eficácia dessas decisões sobre a coisa julgada.

Neste item, portanto, será analisada, em um primeiro momento, a forma como se caracterizam os efeitos da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada no direito estrangeiro, em especial nos ordenamentos jurídicos da Alemanha, da Itália e de Portugal.

Essa investigação terá por finalidade observar os critérios e fundamentos jurídicos que se prestam a justificar a retroatividade dessas decisões sobre a coisa julgada no direito estrangeiro e, conseqüentemente, verificar se as balizas e barreiras que existem em outras ordens jurídicas também se configuram no Brasil.

3.4.1. Direito alemão.

O ordenamento jurídico alemão, quando comparado às demais ordens constitucionais, possui diversas especificidades referentes à retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada, razão pela qual sua investigação mostra-se essencial para o desenvolvimento das ideias deste trabalho.

A regra geral, nesse ordenamento, é prevista no §79 da Lei do Tribunal Constitucional, o qual estabelece, em seu nº 1, que as sentenças penais podem ser atacadas com fundamento em posterior decisão de inconstitucionalidade. Já os provimentos jurisdicionais civis

permanecem intactos, mesmo que sejam fundamentados em ato normativo posteriormente declarado inconstitucional.⁴⁸⁶

Há no ordenamento jurídico alemão, contudo, uma exceção a essa regra, por meio da qual se estabelece que, se for movida execução com fulcro em título judicial que se fundamentou em norma jurídica posteriormente declarada inconstitucional, o executado poderá mover embargos à execução, de modo a impedir a concretização da norma jurídica veiculada na decisão no plano fático (§79, nº2).⁴⁸⁷

A norma jurídica prevista na ordem jurídica alemã, portanto, tem aptidão para preservar os efeitos já produzidos pela decisão acobertada pela coisa julgada, mas, ao mesmo tempo, impedir que novos efeitos venham a se concretizar⁴⁸⁸. O dispositivo enseja, dessa forma, a impossibilidade de que aqueles que foram condenados em obrigação de pagar quantia com fulcro em norma inconstitucional e já tenham adimplido seu débito movam demandas buscando o ressarcimento por enriquecimento sem causa. Cuida-se de uma consequência da eficácia preclusiva da coisa julgada, que impede a propositura de demandas incompatíveis com a decisão estabilizada (item 1.3.2.2).

Desse modo, parte da doutrina sustenta que apenas a decisão condenatória que ainda precise ser executada para ser satisfeita é que pode ser modificada com base na posterior decisão de inconstitucionalidade, de forma que as eficácias declaratória e constitutiva do provimento transitado em julgado permaneceriam intactas – tal como a eficácia condenatória que já tenha sido adimplida. A ideia que está por trás da opção feita pelo legislador alemão parte da premissa de que as decisões que já se concretizaram no plano fático ou, ainda, aquelas que não dependem de um adimplemento pela outra parte para serem satisfeitas – o que ocorre, em geral, nas tutelas declaratória e constitutiva –, não podem ser atingidas por posterior decisão de inconstitucionalidade, por consistir em um sacrifício excessivo, diante das legítimas expectativas já criadas pelas partes⁴⁸⁹. Por vezes, porém, as decisões de cunho declaratório e

⁴⁸⁶ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 429-430.

⁴⁸⁷ Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional...*, p. 257; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 429-430.

⁴⁸⁸ GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da Coisa Julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 261.

⁴⁸⁹ TALAMINI, Eduardo. Os pronunciamentos do STF..., p. 379.

constitutivo também serão passíveis de execução, de modo que raciocínio semelhante também seria aplicável, conforme se observará no item 4.3.2.1.3.⁴⁹⁰

É possível extrair desse contexto normativo, portanto, que, na ordem jurídica alemã, há níveis diversos de estabilidade da decisão de acordo com o grau de concretização de seus respectivos capítulos. Não se confere o mesmo grau de imunização, dessa forma, ao capítulo da decisão não executado e àquela que já se executou; os capítulos constitutivos e declaratórios, por outro lado, por não dependerem, em regra, da fase de execução para se concretizarem de forma plena, adquirem um maior grau de estabilidade, quando comparados às decisões condenatórias, com o advento do trânsito em julgado⁴⁹¹. Todavia, conforme se analisará no item 4.3.2.1.3, por vezes as decisões de caráter constitutivo ou declaratório também podem depender da fase de execução para se concretizarem no plano fático.

O legislador alemão adotou, nesse cenário, um critério substancial para distinguir o tratamento dado às tutelas declaratórias, constitutivas e condenatórias – ou entre as decisões que dependem e não dependem de passar pela fase de execução. Isso se verifica na medida em que a baliza adotada para estabelecer o nível de impugnabilidade da decisão transitada em julgado não é, apenas, o decurso de prazos processuais previamente estabelecidos, mas, também, o concreto adimplemento da obrigação exequenda, o que consistiria no “exaurimento” da relação jurídica existente entre as partes.⁴⁹²

Desse modo, os diversos capítulos de uma decisão podem adquirir níveis de estabilidade variados de acordo com o seu grau de concretização no plano fático-material. Essa ideia que se pode extrair do direito alemão está em consonância com a noção de que a estabilidade de uma decisão pode aumentar de forma gradual, isto é, a formação da coisa julgada não representa a configuração de uma imutabilidade absoluta do provimento jurisdicional de mérito (item 1.6.3).

⁴⁹⁰ Nesse ponto, Marcelo Abelha sustenta que também são passíveis de execução os pronunciamentos declaratórios que contenham “nele mesmo, todos os elementos de uma prestação, em tese exigível” (ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*..., p. 170).

⁴⁹¹ Nesse ponto, Ismael Villas Boas Júnior argumenta que “a parcela ainda não executada da decisão condenatória não ostenta o mesmo grau de consolidação do que a parcela já executada, que se consolidou com a execução definitiva, ou do que as parcelas declaradas e constituídas/desconstituídas, que se consolidaram sincronicamente com o trânsito em julgado” (VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão*..., p. 165).

⁴⁹² Remo Caponi argumenta que o §79 da Lei do Tribunal Constitucional Alemão estabelece um “trattamento diverso tra tutela di condanna, da un lato, e tutela di accertamento e costitutiva, dall’altro, che può essere teoricamente spiegato solo se si tiene presente che la tutela di condanna realizza concretamente l’interesse del creditore protetto dalla norma giuridica solo quando la sentenza sai stata, volontariamente o coativamente, eseguita. Ma allora il legislatore tedesco si muove in questo caso secondo una prospettiva che ricostruisce la situazioni che esauriscono i rapporti nei confronti dello *ius superveniens* retroativo in termini esclusivamente sostanziali” (CAPONI, Remo. *L’efficacia del giudicato civile nel tempo*..., p. 280).

A forma como se configura o ordenamento jurídico alemão, inclusive, está em sintonia com a ideia de que há marcos temporais estabilizantes diversos e não limitados ao trânsito em julgado, por meio dos quais há uma majoração da eficácia preclusiva da coisa julgada (item 1.6.3.1). Até a satisfação definitiva da obrigação, a decisão já é dotada de uma alta carga de eficácia preclusiva, pois, ultrapassados os prazos para sua desconstituição, via de regra, se manterá intacta.

É possível, contudo, que o provimento venha a ser desconstituído com base em posterior decisão de inconstitucionalidade, desde que a obrigação prevista na norma jurídica concreta não tenha sido satisfeita. Com o adimplemento da decisão exequenda, porém, tem-se um marco por meio do qual se majora a eficácia preclusiva, de forma que nem mesmo a decisão de inconstitucionalidade poderá ser suscitada como fundamento para desconstituir a decisão transitada em julgado.

É importante observar, diante desse cenário, que a regra do §79, nº 2, Lei do Tribunal Constitucional alemão, além de ser importante para a compreensão de como aquele ordenamento jurídico lida com o fenômeno da desconstituição da coisa julgada com base em posterior decisão de inconstitucionalidade, também se mostra relevante por ter sido a norma que serviu de inspiração para o surgimento do parágrafo único do art. 741, CPC/1973⁴⁹³, o qual, por sua vez, foi o embrião do art. 525, §12 e §15 do atual diploma processual.

3.4.2. Direito italiano.

Tal como a ordem jurídica alemã, o ordenamento italiano também concebe, como visto, efeitos *ex tunc* à decisão de inconstitucionalidade. Mas, diversamente do país germânico, não há, no país em questão, nenhuma norma jurídica que estabeleça, de forma expressa, a possibilidade de se atacar decisão de mérito transitada em julgado com base em posterior decisão de inconstitucionalidade.

Em realidade, o art. 30, *comma* 4 da Lei 87 de 11 de março de 1953, estabelece os efeitos da sentença penal condenatória cessam caso contenha, em sua fundamentação, norma jurídica posteriormente declarada inconstitucional. Esse dispositivo, interpretado a *contrario sensu*, permite, de acordo com parte da doutrina, que se conclua que as decisões não-penais não podem

⁴⁹³ DE ASSIS, Areken. Eficácia da coisa julgada inconstitucional..., p. 55.

ser desconstituídas com fulcro na posterior decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade.⁴⁹⁴

E é importante observar que a doutrina italiana vai além, estabelecendo as situações jurídicas que não são suscetíveis de serem atingidas pelo *ius superveniens*, isto é, aquelas que não podem ser atingidas por eventual modificação do arcabouço normativo da ordem jurídica com eficácia retroativa, o que inclui leis supervenientes e alterações jurisprudenciais. Essas situações jurídicas que se veem a salvo do direito superveniente são chamadas pela doutrina italiana de “relações exauridas”.⁴⁹⁵

O estudo das relações jurídicas exauridas pode se dar tanto de uma perspectiva processual, pela qual se entende que a coisa julgada e a transação não podem ser atingidas pelo *ius superveniens*⁴⁹⁶. Há, também, situações jurídicas de direito material que se enquadram na categoria das relações exauridas, as quais são denominadas como *res finitae*, em contraposição às situações que geram o exaurimento do ponto de vista processual.⁴⁹⁷

Esse cenário permite concluir que, a princípio, a coisa julgada não pode ser atingida pela posterior decisão de inconstitucionalidade, por consistir em uma situação que exaure a relação jurídica e, conseqüentemente, não pode ser atingida pelo direito superveniente retroativo.

Inclusive, ao analisar o § 79, nº 2, da Lei do Tribunal Constitucional alemão, Remo Caponi sustentou que não seria possível impedir a execução de decisões de mérito no ordenamento jurídico italiano com base em posterior decisão de inconstitucionalidade, pois, para tanto, haveria a necessidade de uma norma expressa, na medida em que consistiria em uma relativização da garantia constitucional da coisa julgada.⁴⁹⁸

De modo diverso, Marina Crisafi e Eugenia Trunfio defendem que, se a decisão acobertada pela coisa julgada não havia sido executada anteriormente à pronúncia de inconstitucionalidade, não mais poderá ser após o advento da decisão decorrente do controle de legitimidade constitucional. Isso se justificaria na medida em que o art. 136 da Constituição

⁴⁹⁴ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 430.

⁴⁹⁵ Remo Caponi afirma que as relações exauridas seriam “situazioni giuridiche che, in mancanza di un’espressa o comunque inequivocabile manifestazione di volontà da parte dello *ius superveniens* retroativo, sono sottratte all’ambito di operatività di quest’ultimo” (CAPONI, Remo. *L’efficacia del giudicato civile nel tempo...*, p. 176).

⁴⁹⁶ CAPONI, Remo. *L’efficacia del giudicato civile nel tempo...*, p. 180.

⁴⁹⁷ É importante destacar que a doutrina não possui uma sistematização muito bem delimitada das situações jurídicas materiais que podem se enquadrar como *res finitae* (CAPONI, Remo. *L’efficacia del giudicato civile nel tempo...*, p. 180-181).

⁴⁹⁸ O autor afirma que “[u]na conseguenza così grave, che si risolve in un’abrogazione parziale dell’art. 2909 c.c. non potrebbe a nostro avviso che essere disposta in via generale con una norma espressa (del tenore di quella del par. 79 della legge sul Bundesverfassungsgericht) che manca però nel nostro ordinamento” (CAPONI, Remo. *L’efficacia del giudicato civile nel tempo...*, p. 374).

italiana estabelece que, com a decisão de inconstitucionalidade, a norma extirpada da ordem jurídica deixa de produzir efeitos a partir do primeiro dia subsequente, conforme se analisou no item 3.2.3.⁴⁹⁹

As autoras vão um pouco além em sua linha argumentativa e defendem que a coisa julgada, por, supostamente, não ser um instituto de *status* constitucional, deveria ceder a outras normas tuteladas pela Carta Magna. Também sustentam que a coisa julgada não poderia nem mesmo se formar em caso de aplicação de norma inconstitucional e que a decisão de inconstitucionalidade atingiria tanto a norma jurídica abstrata, quanto a norma jurídica concreta acobertada pela *res judicata*.⁵⁰⁰

Em relação aos argumentos referentes à extirpação de efeitos da norma jurídica inconstitucional e do atingimento até mesmo das normas jurídicas concretas acobertadas pela coisa julgada, é válido, neste momento, retomar algumas noções referentes aos elementos de existência do ato processual, sobre os quais se teceram algumas linhas no item 2.4.1.1.

Primeiramente, é importante lembrar que, tendo havido provimento emitido por órgão jurisdicional, tem-se, a rigor, processo existente, de forma que, ainda que tenha havido a aplicação de norma inconstitucional, a decisão de mérito proferida é considerada existente e apta a ser acobertada pela coisa julgada. Dessa forma, não havendo impugnação da decisão no momento oportuno, ocorre a formação da coisa julgada, de maneira que, para afastar a eficácia do provimento jurisdicional, deve sua estabilidade ser desconstituída.⁵⁰¹

Isso permite concluir que, ainda que a decisão que acoberta solução inconstitucional seja considerada injusta, não é possível, simplesmente, desconsiderá-la. Para o seu afastamento, faz-se necessário outro provimento jurisdicional apto a desconstituí-la, não havendo que se falar em uma relativização automática.⁵⁰²

E a norma jurídica concreta veiculada na decisão de mérito não pode ser confundida com a norma geral e abstrata que é utilizada na fundamentação do provimento, uma vez que, a rigor, no julgamento da demanda, um novo preceito normativo é criado.⁵⁰³

Assim, ainda que o art. 136 da Constituição italiana estabeleça que, após a prolação da decisão de inconstitucionalidade, os efeitos da norma jurídica extirpada do ordenamento

⁴⁹⁹ CRISAFI, Marina; TRUNFIO, Eugenia. *L'azione e il giudicato: presupposti, condizione ed effetti*. Milão: Giuffrè, 2015. p. 155.

⁵⁰⁰ CRISAFI, Marina; TRUNFIO, Eugenia. *L'azione e il giudicato: presupposti, condizione ed effetti...*, p. 155.

⁵⁰¹ TALAMINI, Eduardo. *Cosa julgada e sua revisão...*, p. 293.

⁵⁰² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito...*, p. 297.

⁵⁰³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito...*, p. 264-265.

deixem de se produzir, isso não permite concluir que as coisas julgadas já formada possam ser desconsideradas de forma automática, sendo necessário um procedimento pelo qual se busca sua desconstituição.

Quanto ao *status* constitucional da coisa julgada, o argumento das autoras cuida-se de raciocínio semelhante àquele desenvolvido pela doutrina brasileira, o qual já foi enfrentado no presente trabalho (itens 1.5 e 2.4.2). Acrescenta-se, apenas, que, a despeito de não ter expressa previsão constitucional, a coisa julgada é tida pela doutrina italiana como uma decorrência do princípio da segurança jurídica, especificamente em sua faceta que exige uma definitiva composição dos litígios.⁵⁰⁴

Assim, ao que parece, não há norma jurídica na ordem jurídica italiana apta a permitir a não execução das decisões de mérito transitadas em julgado com fulcro em posterior decisão de inconstitucionalidade.

Mas, mesmo os autores que entendem que não é possível, de *lege lata*, defender a impossibilidade de execução de decisões acobertadas pela coisa julgada no âmbito civil, entendem que é possível e até mesmo desejável que venha a se modificar o ordenamento jurídico italiano, a fim de incorporar dispositivo semelhante ao §79, nº 2, Lei do Tribunal Constitucional alemão. Isso se justificaria na medida em que a garantia constitucional da coisa julgada deve conviver e ser balanceada com outras normas que também tenham a mesma hierarquia na ordem jurídica italiana.⁵⁰⁵

3.4.3. Direito português.

Ao contrário do que se vê nas constituições da Alemanha e da Itália, em Portugal a Carta Magna possui previsão expressa acerca dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada. Seu art. 282, nº 3 estabelece que, excetuando a regra geral de que a decisão de inconstitucionalidade possui eficácia *ex tunc*, os “casos julgados” permanecem intactos com o advento de provimento jurisdicional que contradiga a norma aplicada pela decisão estabilizada.

⁵⁰⁴ CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo...*, p. 376.

⁵⁰⁵ Nesse sentido, Remo Caponi sustentou, em palestra proferida no ano de 2015, que “[i]n un ambiente in cui si afferma il bilanciamento delle garanzie costituzionali le une con le altre, perché mai la garanzia costituzionale del giudicato non dovrebbe poter essere bilanciata? E se al giudicato non è stata data ancora esecuzione al tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale si potrà tollerare un'esecuzione forzata contra constitutionem? Non la tollera per esempio l'ordinamento tedesco, ove si prevede che, se la decisione non è stata ancora eseguita, l'esecuzione forzata non è ammessa e la dichiarazione di incostituzionalità può fondare l'opposizione all'esecuzione ai sensi del § 767 ZPO (cfr. il già citato § 79, comma 2 BVerfGG)” (CAPONI, Remo. *La crisi del giudicato*. Cagliari: 1 XXX Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, 2015).

A norma em questão, contudo, permite que “casos julgados” que acobertem decisões que envolvam “matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social” sejam atingidos pelo *ius superveniens*, desde que represente uma situação jurídica mais favorável ao condenado.

Assim, é possível dizer que, no ordenamento jurídico português, não se permite, na esfera processual civil, que decisões de inconstitucionalidade atinjam os provimentos jurisdicionais já acobertados pela coisa julgada.⁵⁰⁶

A doutrina portuguesa sustenta, nesse ponto, que o art. 282, nº 3, estabelece uma “constitucionalização das decisões aplicadoras de normas inconstitucionais”, o que consistiria em uma “autoderrogação constitucional”. Dessa forma, o princípio de que todos os atos do poder público devem estar em consonância com a Constituição seria atenuado pelo dispositivo em questão.⁵⁰⁷

Analisando a possibilidade de se incorporar, ao ordenamento jurídico português, norma semelhante ao §79, nº 2, Lei do Tribunal Constitucional alemão, Rui Medeiros argumentou que a construção de um preceito normativo com esse teor seria indesejável, uma vez que haveria, em última análise, a atribuição de um “prémio da proibição de execução ao particular que não cumpre a sentença transitada em julgado, não sendo aceitável que aquele que voluntária e pontualmente cumpriu a sentença seja prejudicado”.⁵⁰⁸

A preocupação do autor português é válida, pois se pode dizer que, de certa forma, haveria em determinados casos um incentivo ao descumprimento das decisões judiciais, a fim de obter benefícios com o advento de eventual decisão de inconstitucionalidade que viesse a ser proferida posteriormente. Esse prejuízo prático decorrente de norma dessa natureza será analisado de forma mais ampla no presente trabalho quando se investigar a possibilidade de se modular os efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade *in concreto*, mediante o princípio da boa-fé (item 5.4.1).

⁵⁰⁶ Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, Nelson Nery Jr. argumentava que o art. 741, parágrafo único, não permitiria que a decisão de inconstitucionalidade atingisse as decisões já transitadas em julgado, tendo argumentado, nesse sentido, que o art. 282, nº 3, Constituição portuguesa teria influenciado o ordenamento jurídico brasileiro (NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 94-95).

⁵⁰⁷ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional...*, p. 89.

⁵⁰⁸ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 571-572.

3.5. A retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada no direito brasileiro e o art. 525, §15, Código de Processo Civil.

Antes do advento do Código de Processo Civil de 2015, não havia nenhum dispositivo legal que previa, de forma expressa, a possibilidade de que a coisa julgada viesse a ser desconstituída com base em posterior decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

Parte da doutrina, contudo, entendia que o art. 741, parágrafo único, CPC/1973, autorizava que a coisa julgada fosse desconstituída por intermédio de embargos à execução, mesmo que a decisão de inconstitucionalidade do STF fosse posterior ao trânsito em julgado. Essa linha de raciocínio se consubstanciava no fato de que o dispositivo em questão não faz ressalva alguma no que diz respeito ao momento no qual foi proferida a decisão que extirpa a norma inconstitucional do ordenamento jurídico pátrio.⁵⁰⁹

Outra parcela da doutrina, porém, defendia, como já visto anteriormente (item 2.5.1.1.2) que a uma interpretação conforme a Constituição Federal imporia que apenas a inconstitucionalidade declarada anteriormente à formação da coisa julgada teria aptidão para ensejar o cabimento de embargos à execução com efeitos rescisórios. Os argumentos principais dessa tese consistem no fato de que a inconstitucionalidade já poderia ter sido decidida em caráter incidental no processo no qual se formou a coisa julgada, de modo que a utilizar como fundamento para relativizar a estabilidade da decisão consistiria em uma violação à sua eficácia preclusiva. Além disso, por ter havido um juízo difuso de constitucionalidade no processo no qual se formou a *res judicata*, os embargos à execução com eficácia rescisória, a rigor, consistiriam em uma violação a essa forma de controle de legitimidade constitucional das normas jurídicas.⁵¹⁰

Mas, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, tornou-se inegável o fato de haver um dispositivo que prevê, de forma expressa, a possibilidade de se rescindir a coisa julgada com base em posterior decisão de inconstitucionalidade. O art. 525, §15, e o art. 535, §8º, são claros a esse respeito, uma vez que prescrevem que, em casos tais, é cabível ação rescisória e, além disso, estabelecem que o termo inicial para o cabimento dessa demanda consistirá no trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁰⁹ Nesse sentido: ZAVASKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória ..., p. 4.

⁵¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*..., p. 127-129.

O que é possível questionar, porém, é a constitucionalidade desses dispositivos, uma vez que a doutrina coloca diversos óbices para a sua legitimação, com base em princípios e regras previstos na Carta Magna.

Desse modo, nos itens a seguir, serão analisados os argumentos que buscam afastar a legitimidade constitucional das regras que permitem que a decisão de inconstitucionalidade atinja as coisas julgadas já formadas. No presente capítulo, contudo, não serão tecidas linhas argumentativas referentes ao prazo para a propositura da ação rescisória, o que será objeto de análise do Capítulo 04.

3.5.1. Argumentos contrários à retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada.

A doutrina contrária à retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada desenvolveu argumentos que podem ser elencados em seis grandes grupos: *i)* a violação ao juízo difuso de constitucionalidade; *ii)* a violação ao princípio da segurança jurídica *iii)* a existência de uma multiplicidade de interpretações das normas jurídicas; *iv)* a violação à eficácia preclusiva; *v)* a irretroatividade das normas jurídicas; *vi)* a ausência de função de uniformização da ação rescisória

Nos itens a seguir, portanto, serão desenvolvidas análises referentes a cada um desses grupos de argumentos, desenvolvendo-se uma investigação acerca da pertinência de cada uma das três linhas de fundamentação.

3.5.1.1. A retroatividade como uma violação a um legítimo juízo difuso de constitucionalidade.

Luiz Guilherme Marinoni, que é um dos principais críticos à previsão do art. 525, §15, Código de Processo Civil, defende que a norma extraída desse dispositivo, em última análise, violaria um legítimo juízo de constitucionalidade realizado pelo magistrado que proferiu a decisão acobertada pela coisa julgada.⁵¹¹

⁵¹¹ Nesse sentido, defende o autor que “[a] decisão de inconstitucionalidade proferida em ação direta nada mais é do que um juízo sobre a constitucionalidade, que, por isso mesmo, não pode se sobrepor a um anterior juízo também legítimo sobre a constitucionalidade, tutelado pela coisa julgada” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade* ..., p. 105).

O autor argumenta, ainda, que não seria constitucionalmente admissível que se incorporasse, no ordenamento jurídico brasileiro, dispositivo semelhante ao §79, nº 2 da Lei do Tribunal Constitucional alemão. Isso se justificaria pelo fato de que, no direito germânico, os órgãos jurisdicionais ordinários não são dotados de competência para apreciar a questão constitucional em caráter incidental, de modo que não se trata de um ordenamento análogo ao brasileiro nesse ponto.⁵¹²

Antes do advento do Código de Processo Civil de 2015, Bruno Noura de Moraes Rêgo também já se mostrava crítico à possibilidade de se desconstituir a coisa julgada com base em posterior decisão do Supremo Tribunal Federal. O autor sustentava, na mesma linha adotada por Luiz Guilherme Marinoni, que a rescisão da estabilidade da decisão de mérito, em tais circunstâncias, ensejaria um enfraquecimento do controle difuso⁵¹³. Argumentava, ainda, que o princípio do livre convencimento motivado permitiria que o magistrado adotasse a interpretação que reputasse mais adequada no caso concreto, de modo que nem mesmo “a jurisprudência consolidada” no momento da prolação da decisão teria aptidão para afastar esse poder do qual é dotado o órgão jurisdicional ordinário.⁵¹⁴

Essa linha de raciocínio, ao que tudo indica, parte da premissa de que, para se manejar ação rescisória, deveria haver algum vício na decisão de mérito, o que não ocorreria, uma vez que, tendo o provimento do magistrado se consubstanciado em seu juízo concreto de constitucionalidade, não haveria, a rigor, razões para se reputar a decisão como nula, anulável ou inexistente.

E, de fato, em regra não há um vício propriamente dito em uma decisão proferida mediante a aplicação de uma norma inconstitucional⁵¹⁵. Até porque, como bem aponta Rui Medeiros, o exercício da jurisdição não consiste simplesmente na aplicação da lei – o que por um simples silogismo levaria à conclusão de que a sentença que aplica lei inválida é, também, inválida. A própria decisão judicial, na verdade, envolveria uma atividade de produção

⁵¹²MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade...*, p. 76-77.

⁵¹³RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade no Brasil...*, p. 48.

⁵¹⁴RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade no Brasil...*, p. 70.

⁵¹⁵A esse respeito, Talamini sustenta que decisões que aplicam normas inconstitucionais, via de regra, não podem ser enquadradas no conceito de atos processuais viciados, mas, em última análise, podem ser consideradas injustas (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 415-416).

normativa por parte do órgão jurisdicional, de modo que a validade do provimento jurisdicional não se confunde com a validade da lei.⁵¹⁶

Seria possível dizer, quando muito, que a decisão que aplica norma posteriormente declarada inconstitucional pelo STF padece de um *error in judicando*, tal como o ato decisório que aplica lei revogada ou uma norma que não existe no ordenamento jurídico⁵¹⁷. Mas o provimento jurisdicional não seria retirado da ordem jurídica com a simples prolação de decisão pelo STF, uma vez que sua existência não depende da validade da norma cuja incompatibilidade com a Constituição Federal foi reconhecida.⁵¹⁸

Contudo, isso não afasta a legitimidade constitucional de uma norma que preveja a possibilidade de se desconstituir a coisa julgada com base em posterior decisão de inconstitucionalidade do STF. Isso se verifica na medida em que a rescindibilidade de um provimento jurisdicional não depende da existência de um vício processual.

Do ponto de vista lógico, não há uma relação de necessariedade entre as ideias de vício e rescindibilidade, uma vez que é perfeitamente possível que o legislador estabeleça que até mesmo decisões proferidas em processos que tramitaram de forma escoreita possam, por alguma razão, ser desconstituídas após o trânsito em julgado.

Trata-se da categoria das decisões “meramente rescindíveis”⁵¹⁹, da qual o principal exemplo no ordenamento jurídico brasileiro é a ação rescisória manejada com fundamento na descoberta de prova nova. Em casos tais, não é possível dizer que há, propriamente, uma hipótese de nulidade do provimento, não havendo, tampouco, como se afirmar que se configurou um *error in procedendo* ou um *error in judicando*. Até porque a prova nova, por não existir nos autos do processo, não poderia ter sido utilizada para a formação do convencimento do magistrado, de modo que a decisão, muitas vezes, será considerada correta em razão dos elementos probatórios constantes nos autos.⁵²⁰

⁵¹⁶ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade...*, p. 551-552.

⁵¹⁷ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 415.

⁵¹⁸ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 416.

⁵¹⁹ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 245.

⁵²⁰ No mesmo sentido, Ana Carolina Bouchabki Puppim sustenta que a decisão que não levou em consideração a prova até então não disponível nos autos do processo “não padecia de qualquer defeito, no entanto, por ocasião da descoberta de prova nova capaz de assegurar pronunciamento favorável, verifica-se um vício de injustiça, pois elemento essencial para deslinde da demanda não era conhecido no julgamento, o que autoriza a sua revisão” (PUPPIN, Ana Carolina Bouchabki. *Ação rescisória com fundamento em inconstitucionalidade: pressupostos e limites para a desconstituição da coisa julgada* [arts. 525, §15 e 535, §8º do CPC/2015]. 2021-2023. Dissertação [Mestrado em Direito Processual]. Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2023. p. 58).

Mas, mesmo assim, entendeu por bem o legislador criar essa hipótese de rescisória, uma vez que, não obstante não haja, do ponto de vista processual, vício algum na decisão, esta se encontra em descompasso com a realidade fática, de modo que se trataria de uma “sentença injusta”.⁵²¹

Raciocínio idêntico pode ser desenvolvido em relação à ação rescisória manejada nos termos dos arts. 525, §15, e 535, §8º. A existência de tais hipóteses de desconstituição da coisa julgada não dependem, para sua legitimidade constitucional, da existência de um vício na decisão que se prestam a relativizar. De fato, o juízo de constitucionalidade realizado de forma difusa pelo magistrado do caso concreto é legítimo e não pode, em regra, ser considerado viciado. Mas essa premissa (validade da decisão) não pode ser colocada como um óbice à sua rescindibilidade.

Desse modo, a rigor, esses dispositivos criam uma hipótese de ação rescisória a fim de se atacar uma decisão que se reputa equivocada ou injusta, ainda que, do ponto de vista técnico, não esteja eivada de nenhum vício.⁵²²

Mas o argumento contrário à retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada também deve ser enfrentado por outro ponto de vista. É possível que se sustente que, pelo fato de o controle difuso ter guarida constitucional, não seria legítimo mover ação rescisória para modificar a decisão do magistrado, uma vez que, ainda que a rescindibilidade não dependa de um vício para se configurar, o exercício de um poder previsto na Constituição Federal não poderia ser atingido pela demanda rescisória.

Essa é a linha argumentativa promovida por parte da doutrina, que sustenta que permitir o manejo de ação rescisória com base em superveniente decisão do Supremo Tribunal Federal

⁵²¹ Nesse sentido, Talamini argumentou, ainda na vigência do CPC/1973, que a ação rescisória consubstanciada em documento novo seria “meramente rescindível”, na medida em que “não se combate propriamente uma nulidade, um erro de julgamento ou de processamento cometido pelo julgador em face dos elementos contidos nos autos, mas, sim, busca-se decisão mais justa. De qualquer modo, a hipótese é de sentença incorreta quanto ao julgamento ali veiculado. Há uma incompatibilidade entre tal juízo e aspectos da realidade retratados no documento novo. Sob essa perspectiva, enquadra-se normalmente na noção de sentença injusta” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 178).

⁵²² Da mesma forma, Ismael Villas Boas Júnior, ao tratar da crítica de Marinoni, sustenta que “não há qualquer nulidade envolvida no fenômeno descrito, já que a ação rescisória não se confunde com nulidade ou injustiça, mas limita-se à atuação de uma causa legal de rescindibilidade. Não é nula decisão rescindível pela declaração superveniente de inconstitucionalidade da norma, como não é nula a decisão rescindível por prova nova ou tampouco aquela rescindível por incompetência absoluta do juízo” (VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão...*, p. 225).

seria o mesmo que “tornar inúteis os dispositivos constitucionais que albergam o controle difuso de constitucionalidade (arts. 102, III e 97)”.⁵²³

Mesmo por essa perspectiva, não parece possível sustentar o argumento, uma vez que, pela atual estrutura do sistema de controle de constitucionalidade, há uma preponderância do juízo de constitucionalidade exercido pelo STF em comparação com aquele exercido pelos órgãos jurisdicionais ordinários (*vide* item 3.3.2).

Nesse sentido, Gilmar Mendes argumenta que, até a Constituição de 1988, a preponderância em questão não existia, haja vista a limitação dos legitimados para instaurar o procedimento de controle concentrado de constitucionalidade. Todavia, com o advento da Carta Magna vigente, ao estabelecer um amplo rol de legitimados para o manejo da ação direta de inconstitucionalidade, o constituinte acabou por fazer com que praticamente “todas as controvérsias constitucionais sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal”⁵²⁴. Em razão disso, a ênfase do atual sistema de controle de constitucionalidade estaria no sistema concentrado, e não mais no difuso.⁵²⁵

E a abrangência das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal também foi objeto de modificações, o que se deu mediante o advento da possibilidade de que a Corte Constitucional edite Súmulas Vinculantes (art. 102-A, CF/1988), bem como o estabelecimento do regime da repercussão geral (art. 102, §3º, CF/1988)⁵²⁶, e com as modificações do Código de Processo Civil de 2015.

Demonstrou-se no item 3.3.2 que houve, no sistema de controle de constitucionalidade do direito brasileiro, um fenômeno que foi denominado pela doutrina como “objetivação do controle difuso”, de modo que há uma tendência de que as decisões proferidas pelo STF, em sede de controle incidental, também produzam efeitos *erga omnes*, o que foi consolidado com as alterações do Código de Processo Civil de 2015.

Esse quadro normativo permite que se conclua que há um princípio da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal⁵²⁷, seja no exercício do controle difuso, seja no

⁵²³ RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade no Brasil...*, p. 511.

⁵²⁴ MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade...*, p. 255-256.

⁵²⁵ MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade...*, p. 256.

⁵²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4. ed..., p. 47-48.

⁵²⁷ A esse respeito, Teori Albino Zavascki argumenta que a rescisão da coisa julgada, com fulcro na decisão de inconstitucionalidade, decorre de um “conflito entre o princípio da supremacia da Constituição e o da estabilidade das sentenças judiciais”, mas que o legislador solucionou essa colisão por intermédio do princípio da autoridade do STF, o qual seria o elemento principiológico autorizador da hipótese de ação rescisória sob análise (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4. ed..., p. 183).

concentrado, o qual leva à conclusão de que há uma preponderância considerável dos juízos de constitucionalidade proferidos por tal corte.

Desse modo, em razão da preponderância estrutural conferida às decisões do Supremo Tribunal Federal, não apenas por sua posição hierárquica, mas pelas normas que atribuem maior abrangência às suas decisões, depreende-se que, mesmo que haja uma “relativização” do controle difuso realizado pelos órgãos jurisdicionais ordinários, isso não parece ser o suficiente para afastar a legitimidade constitucional dos arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC.

De toda sorte, não parece razoável sustentar que a opção do legislador em instituir hipótese de ação rescisória com fulcro em posterior decisão de inconstitucionalidade do STF torne “inúteis os dispositivos constitucionais que albergam o controle difuso”⁵²⁸. Esse raciocínio não é plausível pelo fato de que, em última análise, a maior parte das interpretações constitucionais feitas pelos órgãos jurisdicionais ordinários não serão também objeto de posterior interpretação do Supremo Tribunal Federal. Os juízos ordinários, portanto, serão, na imensa maioria das vezes, preservados e estabilizados com a formação da coisa julgada.

E não se pode perder de vista que, a rigor, a interpretação dos magistrados ordinários será preservada quando se operar o transcurso do prazo para o ajuizamento da ação rescisória do art. 525, §15, CPC, que será analisado com maior profundidade no item 4.3.

Dessa forma, não é todo e qualquer juízo de constitucionalidade difuso, realizado pelos órgãos jurisdicionais ordinários, que será atingido por posterior decisão de inconstitucionalidade do STF. Para que isso aconteça, é necessário que: i) haja decisão da Corte Constitucional acerca da matéria; ii) a decisão transitada em julgado esteja em descompasso com a decisão do STF; iii) não tenham transcorridos os marcos temporais para propositura de ação rescisória, que serão analisados no item 4.5; iv) a decisão que se pretenda rescindir tenha todas as características que são exigidas para poder ser objeto da ação rescisória do art. 525, §15, o que será analisado no item 4.3.2.

Caso os 4 (quatro) requisitos acima não estejam simultaneamente preenchidos, o juízo de inconstitucionalidade realizado pelo órgão jurisdicional ordinário será mantido intacto, de modo que a inutilidade dos “dispositivos constitucionais que albergam o controle difuso” parece ser um argumento *ad terrorem*.

⁵²⁸RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade no Brasil...*, p. 511.

Assim, ainda que haja uma atenuação da importância sistêmica dos efeitos do controle difuso promovido pelos órgãos jurisdicionais ordinários, não se configura um afastamento da importância que esse método de fiscalização de constitucionalidade das normas jurídicas possui no direito brasileiro.

Por fim, é importante também observar que o legítimo juízo de constitucionalidade realizado pelos órgãos jurisdicionais ordinários não é, em geral, intocável. É necessário ter em mente que, quando se recorre de uma decisão que apreciou uma questão constitucional, e, posteriormente, esta é reformada, modificando a interpretação constitucional da norma, não se entende que um “legítimo juízo de constitucionalidade” foi violado. E, ainda que o juízo feito pelo órgão jurisdicional ordinário seja de fato legítimo, não se enxergam maiores problemas em alterá-lo em sede recursal.

Portanto, o problema não está, propriamente, na modificação de uma decisão que exerceu um legítimo juízo de constitucionalidade. Em realidade, o argumento somente ganha tamanha dimensão pelo fato de que, já tendo a questão sido apreciada, esta passaria a ser irrelevante em razão da eficácia preclusiva da coisa julgada, argumento este que será melhor analisado no item 3.5.1.4. Dessa forma, o simples fato de haver um juízo de constitucionalidade que é legítimo não impede que a decisão seja impugnada.

Com a perspectiva de que os recursos e ações autônomas são demandas impugnativas⁵²⁹, depreende-se que não há uma diferença ontológica entre se impugnar uma decisão que fez um juízo de constitucionalidade em uma sede ou em outra. A única diferença reside no fato de já haver decisão transitada em julgado que aplicou a norma inconstitucional, mas este ponto, em realidade, como apontado, não diz respeito ao fato de o juízo ser legítimo ou não, mas sim aos limites da eficácia preclusiva da coisa julgada (item 3.5.1.4).

Todo esse cenário permite que se conclua que a suposta violação ao sistema difuso de controle de constitucionalidade não pode ser suscitada como óbice para a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada no direito brasileiro.

3.5.1.2. Violação ao princípio da segurança jurídica.

Ao analisar a possibilidade de que a decisão de inconstitucionalidade venha a produzir efeitos retroativos em relação àqueles provimentos jurisdicionais que já transitaram em julgado,

⁵²⁹ EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais...*, p. 222.

parte da doutrina coloca óbices referentes à preservação da segurança jurídica. Argumenta-se que, antes do trânsito em julgado, o jurisdicionado possui um alto grau de incerteza, uma vez que, sendo a linguagem ambígua, não é possível saber de antemão e de maneira exata a interpretação jurídica que será realizada no caso concreto. Desse modo, com o esgotamento das vias recursais, “a incerteza das expectativas de conduta” restaria cessada, de forma a evitar que a discussão acerca da controvérsia continue de forma *ad aeternum*.⁵³⁰

Essa perspectiva, contudo, não se mostra em consonância com os atuais contornos do princípio da segurança jurídica. Ao entender que, com o advento do trânsito em julgado, a parte sai de um estado de incerteza para um quadro de certeza, tem-se, de certa forma, um ponto de vista que adota uma lógica *tudo-ou-nada*, uma vez que antes do esgotamento das vias recursais, não haveria segurança alguma e, após este, surge um estado de segurança que deveria ser, em tese, absolutamente imutável.

A atual conformação da segurança jurídica, contudo, aponta para outra direção, uma vez que é possível vislumbrar graus diversos de estabilidade das relações jurídicas (*vide* itens 1.4.1 e 1.4.2). Não se mostra mais necessário, portanto, que as partes tenham certeza absoluta acerca de como será o regramento de suas situações jurídicas, mas, apenas, que essas sejam dotadas de *calculabilidade*, *confiabilidade* e *cognoscibilidade*.

Algum grau de mutabilidade não ofende o princípio da segurança jurídica, mesmo após a formação da coisa julgada. O que é importante observar, apenas, é que a modificação da decisão transitada em julgado exige, necessariamente, que sejam respeitados critérios pré-estabelecidos, de modo que eventual rescisão da *res judicata* seja argumentativamente controlável (*vide* item 1.4.2).

Isso não significa, porém, que a coisa julgada possa ser desconstituída a qualquer momento em razão de posterior decisão de inconstitucionalidade, o que certamente consistiria em uma violação à segurança jurídica por não se observar suas dimensões da *calculabilidade* e da *confiabilidade*⁵³¹. Mas, conforme se analisará no Capítulo 04, é possível delinear limites e parâmetros para o art. 525, §15, CPC, de modo que não haveria um cenário de ausência dessas facetas da segurança jurídica.

⁵³⁰GONÇALVES, Marcelo Barbi. Processo e linguagem: coisa julgada, segurança jurídica e pluralismo metodológico. vol. 241. São Paulo: Revista de Processo, 2015. p. 9.

⁵³¹Esse é um dos argumentos utilizado por alguns autores para sustentar que o art. 525, §15, CPC, é inconstitucional (DA SILVA, Daniel André Magalhães. *A inconstitucionalidade do tratamento dado à coisa julgada inconstitucional no CPC/2015*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 154-155) Os limites temporais da aplicação do dispositivo em questão, porém, serão melhor analisados no item 4.4.2.

Não se nega, contudo, que, ao se permitir que a coisa julgada seja desconstituída com base em posterior decisão de inconstitucionalidade, tem-se um grau menor de segurança jurídica do que se essa hipótese não existisse. De toda sorte, uma redução do nível de segurança não implica em uma necessária violação a esse princípio, pois, caso assim se interprete, estar-se-á defendendo uma posição rígida do princípio, pela lógica *tudo-ou-nada*. E, em última análise, a existência de todas as hipóteses de ação rescisória consiste, em alguma medida, na redução do grau de segurança jurídica do jurisdicionado. A constitucionalidade dos mecanismos de rescindibilidade da coisa julgada, portanto, depende da existência de critérios pré-determinados e previsíveis.

3.5.1.2.1. Tensão entre segurança jurídica e isonomia.

A existência de um sistema de precedentes tem por escopo, em grande medida, preservar os princípios da segurança jurídica e da isonomia. Isso se verifica a partir do momento em que, por meio da fixação de precedentes e com a uniformização da interpretação de normas jurídicas, tem-se, por consequência, um aumento da *cognoscibilidade* do direito, visto que o jurisdicionado poderá saber de antemão o entendimento a ser adotado referente a uma determinada matéria, bem como uma preservação da isonomia, pois se garante que situações análogas tenham a mesma solução jurídica.⁵³²

E o estabelecimento do controle concentrado de constitucionalidade na ordem jurídica pátria também tem, em certa medida, o papel de preservar esses dois princípios, uma vez que o controle difuso feito pelos órgãos jurisdicionais ordinários – quando desacompanhado da técnica do *stare decisis* –, tem um problema estrutural, consistente na possibilidade de que situações jurídicas análogas sejam tutelas jurídicas diversas.⁵³³

Calamandrei sustenta que, ainda que não haja um sistema de precedentes, a expectativa dos jurisdicionados com a apreciação de uma determinada questão jurídica pelo Poder Judiciário leva a duas consequências: *i*) que o cidadão entenda que a interpretação conferida à norma jurídica corresponde à sua interpretação correta; *ii*) que se outro caso, que verse sobre situação idêntica, vier a ser submetido ao Poder Judiciário, será julgado da mesma forma.⁵³⁴

⁵³² MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 78.

⁵³³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*..., p. 77-78.

⁵³⁴ CALAMANDREI, Piero. *La corte di cassazione come organo regolatore della interpretazione giudiziaria del diritto obiettivo (unificazione della giurisprudenza)*. In: Opere Giuridiche. vol. VI. Napoli: Morano Editore, 1976. p. 68.

Adentrando em um plano principiológico, o autor afirma que a adoção de duas soluções jurídicas diversas em processos nos quais a situação fática é a mesma caracteriza uma violação ao princípio da isonomia. Há, também, um prejuízo à segurança jurídica, na medida em que os jurisdicionados não têm a possibilidade de antever as consequências de suas condutas, tampouco o conteúdo da norma que será aplicada em eventual processo judicial.⁵³⁵

A razão primordial pela qual há uma divergência interpretativa das normas jurídicas, segundo Calamandrei, consiste no fato de que há uma pluralidade de órgãos jurisdicionais em um dado ordenamento jurídico. Dessa forma, em um ordenamento hipotético, onde houvesse apenas um órgão dotado de poder jurisdicional, a tendência seria a uniformidade interpretativa.⁵³⁶

Com isso, a maneira de se afastar a falta de unidade hermenêutica em um dado ordenamento consiste na instituição de uma corte hierarquicamente superior a todas as demais, no vértice do ordenamento, que tem por escopo unificar a interpretação do direito objetivo, a qual, na Itália, consiste na Corte de Cassação⁵³⁷. Essa função de uniformização da interpretação dos enunciados normativos ganha especial relevo em países como o Brasil, onde, em razão da adoção do sistema federalista, há uma grande quantidade de órgãos jurisdicionais que interpretam e aplicam a legislação.⁵³⁸

Esse cenário permite que se conclua que a criação de cortes que se encontram no vértice de um determinado ordenamento jurídico tem por escopo reduzir a insegurança jurídica – decorrente da incerteza das normas jurídicas que serão aplicadas a um dado caso concreto –, e preservar a igualdade, de modo a impedir a aplicação de soluções jurídicas diversas a casos análogos.

No atual estágio de desenvolvimento doutrinário, tem-se o entendimento de que, com a formação de um precedente constitucional ou com a declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal, devem os magistrados, nos casos cujo julgamento se der após a formação do entendimento da corte de vértice, aplicá-lo aos casos análogos.

⁵³⁵ CALAMANDREI, Piero. *La corte di cassazione come organo regolatore della interpretazione giudiziaria del diritto obiettivo (unificazione della giurisprudenza)*..., p. 71-73.

⁵³⁶ CALAMANDREI, Piero. *La corte di cassazione come organo regolatore della interpretazione giudiziaria del diritto obiettivo (unificazione della giurisprudenza)*..., p. 82.

⁵³⁷ CALAMANDREI, Piero. *La corte di cassazione come organo regolatore della interpretazione giudiziaria del diritto obiettivo (unificazione della giurisprudenza)*..., p. 83.

⁵³⁸ JORGE, Flávio Cheim; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Função e técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial*..., p. 6.

Há, todavia, uma divergência relação às demandas que já haviam sido julgadas quando da formação do entendimento consolidado. Nesse ponto, Mitidiero sustenta que, em respeito à coisa julgada, não seria possível modificar a decisão que foi proferida no momento de instabilidade interpretativa, sob pena de colocar o jurisdicionado em uma condição de incerteza, dependendo sempre da confirmação do entendimento veiculado no provimento jurisdicional em posterior decisão da corte de vértice.⁵³⁹

Faz-se uma opção, dessa forma, pela preservação da segurança jurídica em detrimento da isonomia. Ocorre que, segundo o autor, a rigor, nem mesmo este último princípio seria violado, uma vez que há um “tratamento isonômico deferido a todos que se encontram na mesma situação”, de modo que aqueles que se encontram protegidos pelos limites subjetivos da coisa julgada não podem ser atingidos pela posterior decisão da corte de vértice, ao contrário do que ocorre com aqueles que não tiverem sido partes em um processo cuja decisão de mérito tenha transitado em julgado.⁵⁴⁰

Há, porém, alguns pontos que merecem ser analisados para se verificar se, de fato, não é possível que precedente posterior ou declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado atinja a coisa julgada.

Um primeiro aspecto que merece ser apreciado consiste no fato de que, a rigor, é possível que a coisa julgada seja desconstituída em razão de nova decisão do Supremo Tribunal Federal sem que isso represente, necessariamente, que a estabilidade da decisão de mérito seja ameaçada por uma eterna possibilidade de que um entendimento posterior venha a modificá-la. Para tanto, basta o estabelecimento de prazos e de balizas que permitam que se identifique a partir de quando o provimento jurisdicional não pode mais ser atacado pelos meios de impugnação típicos, critérios esses que serão analisados com maior profundidade no Capítulo 04.

Além disso, como já destacado no item anterior (3.5.1.2), não é possível dizer, simplesmente, que há uma violação ao princípio da segurança jurídica com a instituição de uma nova hipótese de rescisória, que permite a desconstituição da coisa julgada com base em posterior decisão de inconstitucionalidade. É possível dizer, quando muito, que a decisão transitada em julgado é menos estável, com uma menor carga de eficácia preclusiva, o que não permite que se conclua que o jurisdicionado se encontra em um estado de insegurança.

⁵³⁹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas...*, p. 79.

⁵⁴⁰ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas...*, p. 79.

Quanto à noção de que o jurisdicionado que está protegido pela coisa julgada está em uma condição que justifica um tratamento desigual em relação àquele que ainda não foi parte em um processo envolvendo a mesma questão, tem-se, com a devida vênia, uma distinção artificial. Para todos os fins, as condições fáticas de ambos os cidadãos e suas situações jurídico-materiais são análogas na construção de Mitidiero.

Desse modo, a rigor, o único elemento que justificaria o tratamento diferenciado consistiria na “sorte” (ou “azar”, a depender do caso) que o jurisdicionado teve de ter escolhido ajuizar sua demanda antes ou depois da prolação da decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.⁵⁴¹

Não parece razoável, contudo, justificar que há um grau de desigualdade apto a justificar um tratamento antiisonômico consubstanciado única e exclusivamente em um fator que decorreu, em grande medida, da sorte de parte dos jurisdicionados que ingressaram com uma demanda judicial anteriormente a consolidação de um entendimento pelo Supremo Tribunal Federal.⁵⁴²

E é importante observar que esse cenário de tratamento diferenciado não ocorre apenas em razão do momento em que o jurisdicionado optou por ajuizar sua demanda. Os diferentes níveis de eficiência e celeridade de órgãos jurisdicionais diversos podem fazer com que duas demandas ajuizadas na mesma época sejam julgadas em momentos diferentes. Desse modo, o cidadão pode receber um tratamento diferenciado única e exclusivamente em razão da morosidade do Poder Judiciário, caso sua demanda venha a ser julgada posteriormente ao trânsito em julgado da decisão de inconstitucionalidade do STF.

A falta de controle em relação ao momento em que a decisão de mérito será proferida e transitará em julgado se agrava quando se analisa o processo pela perspectiva do réu, na medida em que este não possui o menor controle em relação ao momento em que a demanda será ajuizada. Isso ocorre pelo fato de que a inércia do Poder Judiciário é rompida pelo autor⁵⁴³, de

⁵⁴¹Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim argumenta que “[a]dmittir que sobreviva decisão que consagrou interpretação hoje considerada, pacificamente, incorreta pelo Judiciário é prestigiar o ‘acaso’. Explicamos: significa dizer que serão beneficiados com a decisão que lhes favorece, ainda que posteriormente seja considerada incorreta, aqueles que tiveram a ‘sorte’ de participar de determinada ação, no polo passivo ou ativo, num momento em que havia, ainda, divergência nos Tribunais, quanto a qual seria a interpretação acertada da lei, a solução correta a ser dada àquele caso” (ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença...*, p. 351).

⁵⁴² TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 165-166.

⁵⁴³ Nesse ponto, Heitor Sica argumenta que uma das principais diferenças entre ação e defesa consiste na “iniciativa, visto que ao autor cumpre a escolha quanto ao momento de exercer o direito de ação e, quando o faz, impõe ao réu o ônus de se defender” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 47).

modo que o tratamento antiisonômico conferido ao réu, em caso de posterior decisão de inconstitucionalidade, não decorrerá, em nenhuma medida, do momento em que este optou por se manifestar perante o Poder Judiciário.

Nesse cenário, Eduardo Talamini sustenta que, caso se impeça o manejo de ação rescisória em casos tais, ter-se-á uma “multiplicação de situações antiisonômicas”, além de gerar descrédito para o Poder Judiciário e desconfiança por parte dos jurisdicionados.⁵⁴⁴⁻⁵⁴⁵

Desse modo, além de não se verificar, a rigor, violação ao princípio da segurança jurídica ao se permitir a rescisão da coisa julgada com base em posterior decisão de inconstitucionalidade – desde que se faça mediante critérios e parâmetros pré-estabelecidos –, essa possibilidade também se coloca como um importante instrumento de preservação do princípio da isonomia. Nesse quadro, para todos os fins, entende-se que não há razões de segurança jurídica aptas a vedar o manejo de ação rescisória com base em posterior decisão de inconstitucionalidade.

3.5.1.3. A retroatividade da decisão de inconstitucionalidade e a multiplicidade de interpretações igualmente razoáveis.

Outro obstáculo apontado pela doutrina em relação à retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada consiste no fato de que, do ponto de vista científico, essa opção não seria razoável, uma vez que seria o mesmo que admitir que há uma única interpretação correta.

Nesse sentido, argumenta Bruno Noura de Moraes Rêgo que, por uma perspectiva hermenêutica, não seria possível assumir que apenas a interpretação do Supremo Tribunal Federal é correta, pois, em razão da ambiguidade da linguagem, dever-se-ia admitir uma pluralidade de significados. Assim, o cabimento de ação rescisória com fulcro em posterior decisão de inconstitucionalidade do STF seria o mesmo que aceitar que “existe uma interpretação correta, não sendo permitida a pluralidade de decisões”.⁵⁴⁶

⁵⁴⁴“a adoção de diferentes soluções (ainda que “razoáveis”) para casos identificáveis tende a multiplicar as situações antiisonômicas. Contribui também para incutir, sobretudo no cidadão comum dúvida sobre a certeza de direito, além de desacreditar o Poder Judiciário. Daí que, se existe ainda um instrumento apto a eliminar o tratamento diferenciado, cabe empregá-lo” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 165-166).

⁵⁴⁵ Em sentido semelhante, Marcelo Abelha argumenta que, caso se permita um tratamento diferenciado nesse tipo de situação, haverá um “típico exemplo de loteria judicial, uma grave incoerência de julgados e descrédito do órgão máximo do Poder Judiciário” (ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil...*, p. 575).

⁵⁴⁶RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade no Brasil...*, p. 103.

Esse argumento parte da ideia de que, havendo uma multiplicidade interpretativa, toda interpretação das normas jurídicas seria igualmente válida⁵⁴⁷. Trata-se de raciocínio que está intimamente ligado à noção de que todo juízo difuso de constitucionalidade é legítimo e não poderia ser atingido por posterior decisão da Corte Constitucional, já analisada no item 3.5.1.1.

Todavia, embora do ponto de vista teórico de fato haja uma ampla gama de possibilidades interpretativas das normas jurídicas, isso não significa que o legislador não possa eleger um órgão para fixar a interpretação que lhes será atribuída. O próprio Bruno Noura de Moraes Rêgo, embora entenda que se trata de uma escolha pouco razoável, sustenta que, ao assim dispor, o legislador está, em última análise, realizando um “juízo político de privilegiar as decisões emanadas pelos tribunais superiores”. O equívoco dessa opção para o autor, contudo, seria que o legislador estaria afirmando que “há decisões melhores e mais corretas que outras”.⁵⁴⁸

A opção do legislador, todavia, não pode ser vista como a afirmação de que há decisões ontologicamente melhores que as demais, tampouco que os demais provimentos jurisdicionais sejam equivocados. Tanto é assim que o próprio sistema de precedentes funciona a partir de uma lógica que, por razões de segurança jurídica e de isonomia, deve-se conferir a uma ou algumas cortes o papel de uniformizar a interpretação do direito. Inclusive, em última análise, a teoria dos precedentes, contemporaneamente, parte da premissa de que há distinção entre texto e norma e que, em razão da multiplicidade interpretativa, o papel das cortes supremas ganha especial relevo, com a finalidade de diminuir a ambiguidade das normas jurídicas (*vide* item 3.5.1.2.1).⁵⁴⁹

Contudo, mesmo doutrinadores que enxergam a importância do papel desempenhado pelas cortes de cúpula na uniformização do direito defendem, por vezes, que as soluções dadas às controvérsias interpretativas pelo STF somente podem ser aplicadas para desconstituir a coisa julgada quando o trânsito em julgado da decisão rescindenda tiver ocorrido após a prolação da decisão de inconstitucionalidade. Do contrário, pelo fato de haver divergência

⁵⁴⁷ Nesse mesmo sentido, Marcelo Barbi argumenta que “o resultado do itinerário hermenêutico será o estabelecimento de um quadro no qual opções várias são simultaneamente legítimas. A jurisdição, nesse contexto, não conduz a uma única solução correta, senão a soluções que têm igual valor e dignas de igual respeito” (GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Processo e linguagem: coisa julgada, segurança jurídica e pluralismo metodológico...*, p. 8-9).

⁵⁴⁸ RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade no Brasil...*, p. 104.

⁵⁴⁹ Nesse sentido, Mitidiero argumenta que “[s]e texto e norma não se confundem, é claro que é insuficiente garantir a igualdade de todos perante a lei – pressupondo-se que essa tenha em si uma única norma intrínseca. A igualdade deve ser dimensionada e promovida a partir do produto da interpretação” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente...*, p. 77).

interpretativa, não haveria “racionalidade em sancionar a decisão que adotou um ou outro resultado-interpretação ou norma”.⁵⁵⁰

Deve-se observar, neste momento, raciocínio semelhante àquele desenvolvido no item 3.5.1.1. De fato, a multiplicidade interpretativa impede que se afirme que o magistrado incorreu em um equívoco quando da prolação de decisão com fulcro em norma posteriormente declarada inconstitucional. Contudo, como visto anteriormente, a instituição de uma hipótese de ação rescisória não depende da existência de um vício na decisão que se pretende desconstituir, havendo casos em que o provimento jurisdicional será “meramente rescindível”.⁵⁵¹

O motivo que leva o legislador a permitir a rescisão da coisa julgada em casos tais consiste no fato de que a decisão, embora não tenha padecido propriamente de nenhum erro quando do julgamento, pode ser classificada como um ato injusto⁵⁵², o que, em grande medida, decorre da falta de uniformização no tratamento dos jurisdicionados (*vide* item 3.5.1.2.1).

3.5.1.3.1. A Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal.

A doutrina também sustenta – em confluência com a tese de que existem várias interpretações igualmente razoáveis de um mesmo enunciado normativo –, que a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal impediria a rescisão da coisa julgada quando, a época do trânsito em julgado da decisão, houver divergência interpretativa entre os tribunais.

A Súmula em questão diz respeito, especificamente, à impossibilidade de se propor ação rescisória com base em “ofensa a literal disposição de lei” em casos de dissenso interpretativo. Tratava-se de uma limitação à aplicação do art. 798, I, alínea “c” do CPC/1939, que equivale, feitas as devidas ressalvas, ao art. 485, V do CPC/1973 e ao art. 966, V do CPC/2015.⁵⁵³

A esse respeito, Marinoni defende que, pelo fato de não haver uniformização de entendimento em relação à interpretação de uma determinada norma jurídica, tem-se, por consequência, a impossibilidade de se dizer que houve violação literal a seu conteúdo. Dessa forma, a Súmula 343 acabaria por criar um critério negativo, que permite identificar quando

⁵⁵⁰MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade...*, p. 85.

⁵⁵¹ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença...*, p. 245.

⁵⁵²TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 178.

⁵⁵³O dispositivo do atual diploma processual faz menção à decisão que “violou manifestamente norma jurídica”.

não é cabível ação rescisória com base no art. 966, V, CPC, isto é, quando houver dissenso interpretativo entre os tribunais.⁵⁵⁴

É bem verdade que, recentemente, a doutrina vem defendendo uma relativização da aplicação do entendimento sumulado, argumentando que este ensejaria uma violação aos princípios “da legalidade, da isonomia e da segurança jurídica”. Isso ocorreria na medida em que casos análogos seriam tratados de modo diverso caso se assumisse que o óbice estabelecido pela Súmula 343 de fato existe.⁵⁵⁵

Abordando especificamente a questão constitucional, o STF já entendeu pela impossibilidade de se aplicar o entendimento sumulado quando houver divergência interpretativa referente à Carta Magna. Sustentou-se, no julgamento do Agravo regimental no Agravo de Instrumento nº 703.485/GO, que as controvérsias constitucionais não poderiam receber o mesmo tratamento que é conferido às divergências interpretativas infraconstitucionais, de modo que seria cabível ação rescisória com fulcro em posterior decisão do STF.⁵⁵⁶

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, também há entendimentos no sentido de que não seria possível a aplicação da Súmula 343, fundamentando-se, para tanto, no fato de que, em razão de seu papel de uniformização interpretativa da legislação infraconstitucional e de garantidor da isonomia, não seria possível limitar a ação rescisória com base no entendimento sumulado, quando a decisão transitada em julgado estiver em desacordo com decisão posterior do STJ.⁵⁵⁷

Não se nega que, de fato, ao se permitir o manejo da ação rescisória em razão de posterior decisão do STF ou do STJ, afastando a aplicação da Súmula 343, há um maior grau de preservação do princípio da isonomia, conforme analisado no item 3.5.1.2.1. Porém, não é possível sustentar o cabimento de ação rescisória nesses casos apenas com base no art. 966, V,

⁵⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade...*, p. 82.

⁵⁵⁵ DOS SANTOS, Welder Queiroz. *Ação rescisória por violação a precedente*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 226.

⁵⁵⁶ STF - AI: 703.485/GO, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 11/12/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 07-02-2013 PUBLIC 08-02-2013.

⁵⁵⁷ A esse respeito, Teori Zavascki argumenta, em seu voto no REsp nº 928.302/DF, que a manutenção da Súmula 343 não seria justificável, na medida em que, ao criar o STJ, "a Constituição impôs ao Tribunal o dever de manter a integridade do sistema normativo, a uniformidade de sua interpretação e a isonomia na aplicação" (STJ - Embargos de Divergência em REsp nº 928.302/DF, Relator: Min. José Delgado, Data de Julgamento: 23/04/2008, Primeira Seção, Data de Publicação: 19/05/2008).

CPC, uma vez que, havendo dissenso interpretativo, não é possível dizer, a rigor, que a decisão transitada em julgado violou *manifestamente* determinada norma jurídica.

O argumento de que haveria uma maior observância ao princípio da isonomia com a permissão de que se ajuíze ação rescisória com fulcro em posterior precedente de corte superior pode ser utilizado como uma fundamentação de *lege ferenda* para a criação de uma nova hipótese de ação rescisória. Mas, a rigor, de *lege lata*, não há como extrair do Código de Processo Civil uma hipótese geral de ação rescisória com base em posterior decisão das cortes superiores, isto é, do STJ, TSE, STM e TST.

Dessa forma, fica claro que ainda se justifica a aplicação da Súmula 343 do STF na vigência do atual diploma processual. O art. 966, V, prevê o cabimento da ação rescisória quando a violação à norma jurídica for *manifesta*, de modo que, ainda que o entendimento sumulado comporte relativizações, o critério para aplicação dessa hipótese de rescisória é, justamente, a existência de um certo grau de uniformidade interpretativa.⁵⁵⁸

Todavia, é importante fazer uma ponderação no sentido de que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha fixado, sob a égide do CPC/1939, entendimento de que o art. 798, I, alínea “c”, estaria limitado às hipóteses em que não houvesse dissenso jurisprudencial, não se pode perder de vista que essa interpretação estaria limitada apenas a essa modalidade de ação rescisória. O fato de haver, àquela época, apenas uma hipótese de ação rescisória que pudesse ser manejada em razão de questões hermenêuticas da norma jurídica aplicada na decisão rescindenda não significa que não seja possível a criação de outras hipóteses de ação rescisória, pautadas, justamente, no dissenso interpretativo.

A limitação da Súmula 343, dessa forma, consiste em uma decorrência da interpretação do art. 798, I, alínea “c”, CPC/1939, não havendo um óbice geral à rescisão da coisa julgada com base em entendimento firmado posteriormente por uma corte de vértice. O critério negativo do entendimento sumulado surge como uma decorrência do fato de que há previsão legal que impõe que o cabimento dessa hipótese de ação rescisória depende de que a violação à norma jurídica seja *manifesta*, de modo que, havendo dissenso interpretativo, não haverá, a rigor, aplicação de uma interpretação *manifestamente* equivocada – desde que seja uma daquelas possibilidades hermenêuticas que vem sendo adotadas pelos tribunais.

Feitas essas considerações, deve-se observar que o Código de Processo Civil de 2015, dessa forma, prevê o cabimento de uma hipótese de impugnação à decisão transitada em julgado

⁵⁵⁸ EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais...*, p. 437.

que pode ser manejada mesmo caso haja controvérsia interpretativa entre os tribunais quando do trânsito em julgado, uma vez que o art. 525, §15, não estipula como critério a ocorrência de “violação literal” ou “manifesta violação” à norma jurídica.

Assim, os limites que eventualmente se entenda que são impostos à regra dos arts. 798, I, alínea “c”, CPC/1939 e 485, V, CPC/1973, não podem ser reproduzidos de forma acrítica na interpretação do atual diploma processual, principalmente em relação a uma hipótese diversa daquela que foi utilizada como critério para criação do entendimento sumulado. Não se nega, repita-se, a pertinência dessa súmula como vetor interpretativo do art. 966, V, CPC. Mas alargar sua incidência não parece possível na sistemática processual atual.

Desse modo, ainda que se entenda que não era possível sustentar o cabimento de ação rescisória, antes da entrada em vigor do CPC/2015, quando houvesse dissenso interpretativo entre os tribunais, isso não impedia que o legislador crie outra hipótese de rescisória para ser manejada em tais situações. A norma do art. 525, §15, possui previsão diversa daquela constante na regra do art. 966, V, tendo, portanto, parâmetros de aplicação distintos.

Para o manejo dessa hipótese de demanda rescisória, basta a demonstração de divergência entre a decisão rescindenda e a posterior decisão de inconstitucionalidade do STF, de modo que o critério negativo extraído do art. 966, V, e explicitado na interpretação da Súmula 343, não se observa no contexto normativo do art. 525, §15.

Dessa forma, embora seja possível que haja divergência interpretativa referente a uma determinada norma – o que em momento algum é negado neste trabalho –, não havendo, tampouco, interpretações que são ontologicamente melhores ou piores que outras, não se pode obstar que o legislador crie mecanismos de desconstituição da coisa julgada, com objetivo de privilegiar a interpretação decorrente de posterior decisão de inconstitucionalidade.

A esse respeito, Talamini sustenta que, ainda que não haja uma “solução única” da interpretação das normas jurídicas, em razão do princípio da isonomia e da integridade do ordenamento jurídico, é necessário que se entenda que “idealmente, há uma única solução correta”.^{559_560}

⁵⁵⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 164.

⁵⁶⁰ Em sentido semelhante, embora tratando sobre a importância constitucional dos recursos, Flávio Cheim Jorge argumenta que “[p]or mais que não se possa impedir totalmente multiplicidade de entendimentos, o que se objetiva é que ele venha a ser reduzido ao máximo” (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 48). É possível observar, dessa forma, que se trata de uma ideia corrente na doutrina que a redução da ambiguidade interpretativa pode ser atingida por meio dos mecanismos de impugnação das decisões judiciais.

O legislador não tem o poder de impedir a multiplicidade interpretativa, o que é uma decorrência natural da própria dinâmica da linguagem. Mas não lhe é defeso criar mecanismos para reduzir o número de interpretações aplicáveis a um determinado enunciado normativo, de modo a prestigiar a isonomia.

Isso não significa, repita-se, negar a possibilidade de que um mesmo texto legal enseje interpretações diferentes, mas, apenas, demonstra que é legítimo que sejam criados mecanismos processuais aptos a reduzir o número de soluções diversas e, conseqüentemente, impedir que sejam multiplicadas as “situações antiisonômicas”⁵⁶¹ (*vide* item 3.5.1.2.1).

Todavia, é importante que se observe que o cenário em questão se altera quando a decisão transitada em julgado se consubstanciar em entendimento já consolidado pelo Supremo Tribunal Federal que, posteriormente, é objeto de superação. Isso porque, em tais circunstâncias, há uma “uniformidade sincrônica entre a norma jurídica do caso concreto e a tese exposta pela Corte Superior”. Desse modo, o fato de haver um entendimento consolidado pelo STF cria uma “legítima expectativa da parte de certificação conclusiva sobre o bem jurídico”.⁵⁶²

Com isso, conforme se verificará no item 5.4.5, quando a decisão rescindenda estiver consubstanciada em norma jurídica que, à época, era considerada constitucional pelo STF, mas, posteriormente, a Corte Constitucional modifica seu entendimento, ter-se-á um critério que, conjugado com as demais circunstâncias do caso concreto, poderá ensejar modulação de efeitos *in concreto*, de modo a impedir a rescisão da coisa julgada.

De toda forma, o contexto exposto permite que se conclua que a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal não pode ser utilizada como obstáculo para que se desconstitua a coisa julgada, com fulcro em posterior decisão de inconstitucionalidade da Corte Constitucional.

⁵⁶¹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 165-166.

⁵⁶² GONÇALVES, Marcelo Barbi. Diretivas para a rescisão da coisa julgada face a posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: arts. 525, §15 e 535, §8º, CPC. In: DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. (Coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. vol. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 361.

3.5.1.4. A retroatividade como uma violação à eficácia preclusiva da coisa julgada.

Parte da doutrina argumenta que a possibilidade de que a decisão de inconstitucionalidade produza efeitos retrospectivos sobre a coisa julgada consistiria em uma violação à sua eficácia preclusiva. Isso se verificaria na medida em que este efeito da *res judicata* tem aptidão para impedir que a decisão seja modificada com fulcro em questões que já foram deduzidas ou que poderiam ter sido no processo em que esta foi proferida.

Diante disso, Marinoni sustenta que a questão constitucional, ainda que não tenha sido expressamente suscitada no processo em que foi proferida a decisão que aplicou a norma posteriormente declarada inconstitucional, seria considerada irrelevante com a formação da coisa julgada⁵⁶³. Até porque, em razão do controle difuso de constitucionalidade, seria lícito a todos os órgãos jurisdicionais analisar questões constitucionais, de modo que essas, ainda que não deduzidas pelas partes, poderiam ter sido, de forma que restariam atingidas pela irrelevância oriunda do trânsito em julgado.

Embora a eficácia preclusiva realmente enseje a irrelevância das questões deduzidas e dedutíveis em um dado processo, as tomando inaptas a modificar a decisão transitada em julgado, não se pode perder de vista que toda hipótese de ação rescisória é, a rigor, uma exceção a este efeito da coisa julgada.⁵⁶⁴

Esse efeito da coisa julgada não pode ser lido como uma forma de “petrificar” a decisão de mérito transitada em julgado. Em realidade, conforme ensina Barbosa Moreira, a coisa julgada em si não pode ser lida como um instituto absoluto, comportando previsões legais que a excepcionem, tais como a ação rescisória e, no âmbito do processo penal, a revisão criminal.⁵⁶⁵

Apenas para exemplificar, observa-se que o art. 966, II, CPC, prevê o cabimento da ação rescisória quando o juízo que houver proferido a decisão rescindenda for impedido ou absolutamente incompetente. Essas matérias poderiam, sem o menor problema, ter sido (e muitas vezes até foram) suscitadas pelas partes no processo em que foi proferida a decisão que se pretende desconstituir, de modo que constituem questões deduzidas ou dedutíveis.

⁵⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade...*, p. 60.

⁵⁶⁴ VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão...*, p. 212-213.

⁵⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada Material..., p. 225.

O legislador, porém, permitiu que as partes as aleguem em sede de ação rescisória, de modo que constituem uma exceção à regra da eficácia preclusiva da coisa julgada. Assim, embora esse efeito da *res judicata* acabe por ocasionar uma ampla redução da gama de matérias que podem ser alegadas pelas partes após o trânsito em julgado, algumas questões ainda podem ser suscitadas, desde que constituam hipóteses de ação rescisória.

Diante desse cenário, observa-se que a eficácia preclusiva da coisa julgada, por si só, não teria a aptidão de impedir a previsão de uma hipótese de ação rescisória consubstanciada em posterior decisão de inconstitucionalidade.

3.5.1.5. A analogia com a irretroatividade legislativa.

O surgimento de uma lei nova colocar-se-ia, para alguns autores, como um fenômeno que, em última análise, é análogo ao advento de uma nova posição do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual se sustenta que, se há uma vedação de que a atividade legislativa produza efeitos retrospectivos, entendimento idêntico deveria ser adotado, também, em relação à atividade jurisdicional. Dessa forma, haveria, a rigor, um princípio da irretroatividade do direito, o qual abarcaria não apenas a atividade do legislador, mas, também, do próprio Poder Judiciário, tendo como fundamento para tanto o art. 5º, XXXVI, CF.⁵⁶⁶

A respeito dessa linha argumentativa, é preciso esclarecer inicialmente que, de fato, a proteção à coisa julgada, prevista na Constituição Federal não se limita, simplesmente, a uma vedação à retroatividade legislativa, conforme já se sustentou anteriormente neste trabalho (*vide* item 1.5). Isso não significa, contudo, que essa garantia constitucional impeça, também, e de forma absoluta, a retroatividade de decisões proferidas pelas cortes de vértice, desde que observados parâmetros pré-estabelecidos.

A tutela constitucional da coisa julgada impede, de fato, que o Poder Judiciário desconstitua a coisa julgada sem critérios razoáveis. Não pode um magistrado, simplesmente

⁵⁶⁶Nesse sentido, Marcelo Barbi Gonçalves argumenta que o princípio da irretroatividade "deve ser interpretado em sentido amplo (irretroatividade do direito), do que resulta a necessidade de colher sob sua égide preceitos que se enfeixem dentro de uma compreensão lata do ordenamento jurídico. Quer-se dizer, com isso, que as normas jurídicas produzidas através do Direito Jurisprudencial não podem retroagir, com amparo no art. 485, V, do CPC, para restabelecer o discurso jurídico sobre o âmbito semântico da unidade fático-jurídica já definitivamente julgada" (GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Processo e linguagem: coisa julgada, segurança jurídica e pluralismo metodológico...*, p. 4) Na mesma ordem de ideias, Elie Pierre Eid sustenta que "atribuir eficácia para o passado implica violação à garantia constitucional de irretroatividade da norma frente à coisa julgada, razão pela qual, na linha do que já vem sentido sustentado pela jurisprudência, incabível a ação rescisória se a uniformização ocorrer, em regra, posteriormente ao trânsito em julgado (EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais...*, p. 438).

por reputar uma decisão transitada em julgado equivocada, desconsiderá-la e substituí-la por outro provimento jurisdicional, pois, a rigor, a atividade jurisdicional também se submete à garantia constitucional da *res judicata*.

Mas, mesmo havendo uma submissão de todos os poderes à regra estabelecida pelo art. 5º, XXXVI, Constituição Federal, isso não permite que se conclua que seus efeitos sejam idênticos para os Poderes Legislativo e Judiciário. Esse fato decorre da ideia de que as atividades normativas legislativa e jurisdicional, em última análise, tem características que as diferenciam.

Não se nega que a ideia de que há uma correlação rígida entre texto e norma seja uma ficção, que já foi há muito tempo foi superada pela doutrina⁵⁶⁷. Mas a atividade do Poder Judiciário, enquanto intérprete da lei, não é totalmente livre, tampouco se trata de uma criação absolutamente dissociada do produto da atividade do legislador.

Dessa forma, os efeitos temporais das decisões proferidas pelas cortes de vértice em um dado ordenamento jurídico não podem ser os mesmos que são conferidos à lei, na medida em que a atuação da jurisdição tem “natureza complementar”, de modo que atua por meio de uma norma derivada da legislação que já existe.⁵⁶⁸

E, adentrando especificamente no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, é importante observar que, como já analisado, este indica para a produção de efeitos *ex tunc* das decisões do Supremo Tribunal Federal (*vide* item 3.3.1), o que permite dizer que, ao menos na seara constitucional, a decisão proferida pela corte de vértice não tem regime jurídico idêntico àquele estabelecido para as leis no que diz respeito ao aspecto temporal.

Mas até mesmo em um âmbito mais amplo, analisando as decisões proferidas pelas cortes de vértice como um todo, é possível verificar que o Código de Processo Civil de 2015, replicando o sistema criado para o controle de constitucionalidade, prevê a possibilidade de que sejam modulados os efeitos das decisões que venham a constituir precedentes (art. 927, §3º). Esse cenário permite concluir que, quando não houver modulação de efeitos, a decisão terá sua eficácia projetada sobre os jurisdicionados de forma retrospectiva.⁵⁶⁹

⁵⁶⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 396.

⁵⁶⁸ A esse respeito, Humberto Theodoro Júnior. argumenta que a “norma jurisprudencial” “atua apenas no estágio de concretização da norma legislada” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O direito jurisprudencial e o Código de Processo Civil de 2015: modulação temporal dos efeitos de mudança na orientação da jurisprudência vinculativa*. vol. 320. São Paulo: *Revista de Processo*, 2021. p. 3).

⁵⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O direito jurisprudencial e o Código de Processo Civil de 2015...*, p. 3.

Analisando o argumento em questão do ponto de vista da segurança jurídica, é possível verificar que a permissão da retroatividade de lei nova produz, sobre esse princípio, repercussões muito diversas daquelas que se colocam em relação à nova decisão de inconstitucionalidade. Isso porque, a rigor, caso a interpretação consolidada por posterior decisão do Supremo Tribunal Federal esteja dentro da margem de *cognoscibilidade* do jurisdicionado, não haverá a aplicação de uma norma jurídica estritamente nova com a imposição da produção de efeitos retroativos. A decisão da Corte Constitucional estará, em última análise, dentro da margem de erro interpretativa à qual os cidadãos se submetem (*vide* item 1.4.2).⁵⁷⁰

A lei nova, por outro lado, está absolutamente fora do âmbito de *cognoscibilidade* do jurisdicionado, razão pela qual não é possível que este anteveja que o caso concreto no qual se encontra inserido será solucionado por intermédio de norma jurídica que decorra de interpretação de novo diploma legal.⁵⁷¹

O que diferencia a possibilidade de retroatividade da lei nova e de entendimento consolidado pelo STF, portanto, do ponto de vista da segurança jurídica, é que, enquanto aquela não se encontra dentro das possíveis interpretações normativas que podem ser atribuídas a um texto legal à época dos fatos, esta pode ser antevista pelo jurisdicionado.

Não se nega, porém, como já destacado no item 3.5.1.3.1, que o cenário é diverso quando a decisão de inconstitucionalidade do STF é proferida em substituição a um anterior entendimento consolidado pela própria Corte Constitucional, no sentido de que a norma é constitucional. Nessa situação, não seria razoável sustentar que a retroatividade da decisão sobre a coisa julgada não viola a segurança jurídica⁵⁷², pois, como já havia um entendimento fixado pela Corte Constitucional, outras interpretações não estariam na margem de *cognoscibilidade* do jurisdicionado.⁵⁷³

⁵⁷⁰ A esse respeito, Humberto Ávila afirma que, na aplicação retroativa dos efeitos de uma decisão judicial, “tanto o autor quanto o réu tinham certeza de existência, certeza de vigência e calculabilidade (embora não determinação) do conteúdo da norma N desde o início do processo, embora tivessem dúvidas, dimensionadas, a respeito de seu conteúdo ou do seu alcance” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 509).

⁵⁷¹ Nesse ponto, Humberto Ávila sustenta que, no caso de aplicação de efeitos retroativos a uma determinada lei, “o destinatário não tinha como saber da existência, da vigência ou do conteúdo da norma N2, nem podia calcular as consequências a serem impostas caso o ato nela descrito fosse praticado” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 509).

⁵⁷² GONÇALVES, Marcelo Barbi. Diretivas para a rescisão da coisa julgada face a posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal..., p. 361.

⁵⁷³ O problema aí, porém, seria diverso da retroatividade das leis. Na verdade, haveria uma possível violação à segurança jurídica pelo fato de que “o cidadão atua com base em decisão judicial, cuja eficácia se restringe a uma terceira pessoa ou a uma coletividade, que posteriormente é alterada por nova orientação que tem efeitos retroativos” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 510).

Assim, conforme se verá no item 5.4.5, caso a decisão de inconstitucionalidade substitua um anterior entendimento já consolidado, haverá causa apta a ensejar a modulação de efeitos do provimento jurisdicional do STF e, conseqüentemente, a impedir a rescisão da coisa julgada.

De toda sorte, caso haja simplesmente um dissenso interpretativo entre os tribunais e, posteriormente, o STF venha a consolidar interpretação de que determinada norma é inconstitucional, não é possível sustentar que sua retroatividade operaria de modo idêntica à produção de efeitos retrospectivos de lei nova. Não se está, portanto, diante de um argumento que constitua obstáculo para a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade.

3.5.1.6. A ausência de função de uniformização na ação rescisória.

Um último argumento que se verifica doutrinariamente contrário à produção de efeitos retrospectivos da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada consiste na ideia de que, ao se permitir isso, estar-se-ia conferindo à ação rescisória uma “função de uniformizar o processo interpretativo”, o que originalmente cumpriria ao recurso extraordinário, enquanto o objetivo real dessa ação autônoma seria, em tese, “proteger o direito da parte”. Desse modo, ao se permitir que a rescisória cumpra essa função, estar-se-ia, em última análise, fazendo com que esta se posicione estruturalmente como “mais uma instância recursal”⁵⁷⁴, substituindo o recurso extraordinário, o que não seria compatível com a noção de que esse meio de impugnação das decisões judiciais possui caráter excepcional.⁵⁷⁵

A terminologia utilizada não parece adequada, pois não seria a própria ação rescisória que uniformizaria o processo interpretativo caso venha a se admitir que a decisão de inconstitucionalidade pode atingir a coisa julgada anteriormente formada, mas, em realidade, esta apenas permitirá que se aplique uma norma decorrente de um entendimento já uniformizado.

De todo modo, adentrando no mérito do argumento, é preciso esclarecer, em um primeiro momento, que não há um obstáculo lógico-jurídico para que a ação rescisória

⁵⁷⁴ GONÇALVES, Marcelo Barbi. Processo e linguagem: coisa julgada, segurança jurídica e pluralismo metodológico..., p. 6.

⁵⁷⁵ A respeito da excepcionalidade da ação rescisória, Leonardo Greco argumenta que "nosso ordenamento confere extensão exagerada à ação rescisória, que toma a coisa julgada entre nós extremamente frágil. A destruição da coisa julgada serve, mormente, aos anseios do soberano, do Estado, em desfavor da segurança das relações jurídicas entre os cidadãos e entre estes e o próprio estado" (GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil: recursos e processos de competência originária dos tribunais. vol. 3. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 331-332).

eventualmente adquira um “papel de uniformização do processo interpretativo”. Isso porque os recursos não são ontologicamente ligados a esse escopo, tampouco a “essência” da ação rescisória a impediria de assumir essa função no ordenamento jurídico.⁵⁷⁶

O papel estrutural de cada um dos meios de impugnação, portanto, é estabelecido, em última análise, pelo legislador, de modo que seu regramento decorre de aspectos jurídico-positivos. Não há nem mesmo previsão na Constituição Federal que de alguma forma indique a impossibilidade de que o legislador atribua o escopo mencionado à ação rescisória.

Mas a forma como o ordenamento jurídico pátrio vem sendo delineado no âmbito dos meios de impugnação nos últimos anos indica para uma ampliação justificável do cabimento da ação rescisória. Isso se verifica na medida em que o acesso aos tribunais superiores está cada vez mais restrito, o que se verifica, por exemplo, com a objetivação do controle difuso, já analisada neste trabalho (*vide* item 3.3.2).

A técnica da repercussão geral, por exemplo, representa uma forma de se limitar consideravelmente o acesso ao Supremo Tribunal Federal, exigindo que o recorrente demonstre que sua impugnação ultrapassa seus interesses subjetivos. Por meio desse instituto, tem-se um redimensionamento da litigiosidade perante a Corte Constitucional, o que se acentua com a técnica de julgamento por casos piloto, por meio da qual se seleciona um ou alguns dentre os vários recursos semelhantes, para ser o paradigma a ser adotado e julgado pelo STF, de modo a obstar que os demais recursos subam, mantendo-os nos respectivos tribunais de origem.⁵⁷⁷

Esse cenário fez com que, de certa maneira, o recurso extraordinário reduzisse seu escopo de tutela do interesse subjetivo das partes e de sua carga impugnativa, tendo passado a se colocar como um mecanismo processual para que o STF atue com a “definição de teses”, tratando-se, destarte, de um meio de impugnação no qual há uma forte preponderância do interesse objetivo.⁵⁷⁸⁻⁵⁷⁹

⁵⁷⁶ A esse respeito, Elie Pierre Eid sustenta que “a escolha pelos fundamentos impugnativos que sobreviverão ou não ao trânsito em julgado é uma opção legislativa. Do mesmo modo, também competirá ao legislador dizer quais desses fundamentos importarão rescisão da decisão estabilizada e quais deles produzirão consequências distintas” (EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais...*, p. 407).

⁵⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. vol. 177. *Revista de Processo*, 2009. p. 4-7.

⁵⁷⁸ EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais...*, p. 412-413.

⁵⁷⁹ Mas não se pode perder de vista que, a despeito de um maior enfoque no direito objetivo, não é possível, via de regra, eliminar a “carga subjetiva” do recurso extraordinário, pois a impugnação da parte, mesmo que com atenuações, ainda precisa preencher os requisitos de admissibilidade para que seu mérito seja apreciado (TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante..., p. 161-152-153).

Desse modo, diante do aumento da restrição do acesso ao Supremo Tribunal Federal por meio do recurso extraordinário, tem-se visto uma tendência de se ampliar o cabimento da ação rescisória, a qual, além de não exigir a demonstração de repercussão geral, também prescinde do preenchimento do requisito de admissibilidade do pré-questionamento⁵⁸⁰. A esse respeito, a doutrina chega a afirmar que a ação rescisória seria até mesmo “mais útil” para a parte do que o recurso extraordinário, haja vista a discrepância de requisitos de cada um dos meios de impugnação, os quais são, em certa medida, mais rígidos neste último.⁵⁸¹

Nesse contexto, com a redução da utilidade dos recursos interpostos perante os tribunais superiores, houve um contrabalanceamento do ordenamento jurídico, por meio do qual se permitiu que os jurisdicionados possam se valer da ação rescisória em mais hipóteses e com maior amplitude.⁵⁸²

O acesso dificultado ao Supremo Tribunal Federal justifica que a parte possa se valer do entendimento desta corte por intermédio da ação rescisória. Esse meio de impugnação, portanto, adquire o escopo de fazer com que os jurisdicionados em sua generalidade possam ter suas posições jurídicas tuteladas em consonância com o entendimento da Corte Constitucional, sem ser necessário que, para tanto, sejam preenchidos os rigorosos requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário.

3.6. Efeitos da decisão proferida em controle de constitucionalidade pelo STF sobre as relações de trato continuado reguladas por decisão transitada em julgado.

No presente item, buscar-se-á analisar os efeitos que são produzidos pela decisão de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade sobre a coisa julgada em processos que envolvem relações de trato continuado cuja norma jurídica que a regula esteja contrariada por posterior decisão do Supremo Tribunal Federal.

O regime jurídico aplicado para esse tipo de situação possui algumas peculiaridades quando comparado à regra do art. 525, §15, CPC, razão pela qual merece análise específica no presente estudo.

⁵⁸⁰ EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais...*, p. 426.

⁵⁸¹ Nesse ponto, Flávio Yarshell argumenta que, “por mais paradoxal que seja –, a rescisória poderia se mostrar como instrumento mais idôneo, na medida em que dispensa o requisito do prequestionamento”, mas, em sequência, sustenta que não seria possível ao jurisdicionado se valer desta antes do trânsito em julgado, na medida em que “o interesse processual – para que seja legítimo – deve ser visto também sob a ótica do Estado, a quem não interessa a pendência de dois remédios voltados ao mesmo escopo” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória...*, p. 132).

⁵⁸² EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais...*, p. 432.

3.6.1. Características gerais das relações de trato continuado e a formação de coisa julgada.

Para que se investigue a forma como a decisão de inconstitucionalidade produz efeitos sobre a coisa julgada formada em processos que envolvem relações de trato continuado, é importante, em um primeiro momento, analisar como as diversas espécies de relação jurídica se situam do ponto de vista temporal, a fim de que se delimite com maior rigor terminológico o objeto do presente item.

A esse respeito, mostra-se de grande valia a obra de Teori Zavascki, que sustenta que as relações jurídicas podem ser *instantâneas*, *permanentes* ou *sucessivas*. A primeira espécie restará configurada quando o fato jurídico que lhe dá ensejo “se esgota imediatamente”. A segunda categoria, por sua vez, ocorrerá quando houver um suporte fático “que se prolonga no tempo”. Por fim, haverá relação jurídica *sucessiva* quando houver uma série de fatos jurídicos que, embora instantâneos, “se repetem no tempo de maneira uniforme e continuada”, o que justifica seu tratamento como se fosse uma relação jurídica única.⁵⁸³

Em relação à primeira espécie, tem-se como exemplo um acidente de carro, o qual dá ensejo à responsabilidade de seu causador, tratando-se de um fato isolado no tempo, que gera repercussões jurídicas de forma imediata. A relação jurídica de caráter *permanente*, por sua vez, pode ser observada, por exemplo, nos casos de obrigações previdenciárias referentes a auxílio doença, o qual, para ser concedido, depende de um estado duradouro de incapacidade laborativa por parte do beneficiário. Já a relação jurídica *sucessiva* ocorrerá, por exemplo, quando houver uma determinada prestação de serviços mensais, de modo que, cada mês de serviços prestados dará ensejo a uma contraprestação.⁵⁸⁴

Esse cenário permite que se conclua que, a rigor, existe um primeiro grupo, consistente nas relações jurídicas que decorrem de um fato jurídico isolado no tempo (*instantâneas*) e um segundo gênero, composto pelas relações que se perpetuam no tempo, seja pela natureza do fato jurídico prolongado no tempo (*permanentes*) ou por consistirem em uma cadeia de fatos jurídicos que, pela sua homogeneidade, indicam para a necessidade de um regime jurídico unitário (*sucessivas*). Esse segundo grupo pode ser intitulado como relações jurídicas de trato continuado ou continuativas.⁵⁸⁵

⁵⁸³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*..., p. 99-100.

⁵⁸⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*..., p. 99-100.

⁵⁸⁵ DE OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Coisa julgada e precedente*..., p. 123.

Quando uma decisão judicial veicula um comando normativo voltado a reger uma relação jurídica de trato continuado, tem-se um provimento jurisdicional apto a produzir efeitos futuros, na medida em que a relação se desenvolve no tempo, mesmo após o trânsito em julgado da decisão. Trata-se de fenômeno diverso daquele que se observa no âmbito das relações instantâneas, na medida em que, em tais casos, a decisão de mérito produz, em regra, norma jurídica voltada a regular fatos já ocorridos e esgotados, que não se perpetuam no tempo.⁵⁸⁶

Isso se verifica, por exemplo, no caso em que um determinado importador obtém decisão judicial que declara sua imunidade tributária em relação ao imposto de importação. A norma jurídica concreta estabilizada pela coisa julgada volta-se a regular todas as importações realizadas por esse jurisdicionado naquele mesmo quadro fático, afastando a incidência do tributo em questão, de modo que, a rigor, tratar-se-á de uma produção de efeitos prospectivos. Não haveria necessidade de que o contribuinte ajuizasse uma ação para reconhecer sua imunidade quando da realização de cada uma das importações.⁵⁸⁷

É bem verdade que a Súmula 239 do STF estabelece que a decisão que declara que um tributo é indevido em determinado exercício financeiro não faz coisa julgada em relação aos subsequentes, o que poderia constituir um óbice à ideia acima enunciada. Contudo, esse entendimento apenas se aplica quando o pedido e a causa de pedir deduzidos em juízo forem específicos para um exercício financeiro ou para um fato gerador em específico. Caso a pretensão formulada pelo autor seja mais ampla e envolva características da relação continuativa que se perpetuam no tempo, a súmula em questão não é aplicável.⁵⁸⁸

Esse quadro, porém, traz consigo a necessidade de que a norma que rege uma relação de trato continuado seja modificada em caso de alteração das circunstâncias fáticas ou jurídicas. Do contrário, haveria uma “petrificação” da relação que se perpetua no tempo. Em razão disso, o art. 505, I, CPC, estabelece que a alteração fática ou jurídica permite que o magistrado “decida novamente” questões atinentes à “mesma lide”, o que abre a possibilidade de que o regramento desse tipo de relação seja adequado a novas circunstâncias.⁵⁸⁹

A importância desse regime jurídico pode ser verificada, por exemplo, na obrigação de pagar alimentos, a qual pode ser modificada caso sobrevenha “modificação da situação

⁵⁸⁶ DE OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Coisa julgada e precedente...*, p. 125.

⁵⁸⁷ DE OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Coisa julgada e precedente...*, p. 125-126.

⁵⁸⁸ TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada no tempo (os “limites temporais” da coisa julgada). n. 88. *Revista do Advogado*, 2006. p. 60.

⁵⁸⁹ A esse respeito, Talamini argumentava, sob a égide do CPC/1973, que o art. 471, I, correspondente ao 505, I, CPC/2015, “tem sua razão de ser na conformação estrutural e na dinâmica do tipo de relação sobre o qual incide” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 90).

financeira dos interessados”, conforme dispõe o art. 15, Lei 5.478/1968. Dessa forma, havendo alteração na situação financeira do alimentante ou do alimentando, poderá ser ajuizada ação judicial almejando modificar o *quantum* pago a título de alimentos.

Parte da doutrina sustenta, porém, que a coisa julgada formada em processos que envolvem relações jurídicas de trato continuado não se submete a uma espécie de cláusula *rebus sic stantibus*. Isso porque, não obstante haja a possibilidade de que o regramento de uma determinada relação jurídica se modifique, não há, a rigor, atingimento da estabilidade da decisão de mérito em tais situações. O que ocorreria, em realidade, seria a dedução de uma nova demanda, pautada em causa de pedir diversa, de modo que não se configura o óbice decorrente da função negativa da coisa julgada (*vide* item 1.3.1).⁵⁹⁰

Não seria possível concluir, tampouco, que em demandas envolvendo esse tipo de relação jurídica não haveria a formação de coisa julgada. Essa percepção ocorreria porque até mesmo a lei leva a essa conclusão equivocada, na medida em que o art. 15, Lei 5.478/1968, dispõe que a decisão que versa sobre alimentos “não transita em julgado”. A simples possibilidade de modificação do regramento da relação jurídica de trato continuado, porém, não parece levar a esse entendimento.⁵⁹¹

O ajuizamento de uma nova demanda nas relações continuativas exige, necessariamente, que seja deduzida em juízo nova causa de pedir, sob pena de se violar a garantia constitucional da coisa julgada. E, a esse respeito, a própria Lei de Alimentos pauta-se, em seu art. 15, na modificação das circunstâncias nas quais foi proferida a primeira decisão, o que indica para a necessidade de que seja apresentada causa de pedir diversa daquela que fundamentou a primeira demanda.

Dessa forma, caso um sujeito pretenda a modificação de uma decisão judicial transitada em julgado, sob o fundamento de que esta padece de um *error in procedendo* ou *error in iudicando*, não poderá simplesmente propor uma “ação revisional”, mas, em realidade, deverá

⁵⁹⁰ Nesse ponto, Talamini argumenta que, havendo alteração das circunstâncias sobre as quais se formou a coisa julgada, haverá “uma nova causa de pedir, que estará, portanto, fora dos limites objetivos da coisa julgada anterior” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 90). Na mesma ordem de ideias, Egas Moniz de Aragão argumenta que, nas relações continuativas, com a alteração das circunstâncias, “o que se examina são outros fatos, que constituem por sua vez nova causa de pedir, a qual autoriza novo pedido” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Sentença e coisa julgada...*, p. 279).

⁵⁹¹ DE OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Coisa julgada e precedente...*, p. 137.

manejar ação rescisória, uma vez que, não havendo nova causa de pedir, a função negativa da *res judicata* constitui óbice para a propositura de demanda idêntica.⁵⁹²

Todavia, não é qualquer alteração das circunstâncias que permitirá a propositura de uma nova demanda, mas tão somente aquelas que sejam posteriores ao trânsito em julgado. Aquelas que forem contemporâneas ao trâmite processual devem ser suscitadas pelas partes, mesmo que na pendência de recurso.⁵⁹³

Com isso, a doutrina processual majoritária vai no sentido de que as decisões que versarem sobre relações de trato continuado também possuem aptidão para serem acobertadas pela coisa julgada, embora, pela sua natureza, possam ter seu regramento jurídico alterado de acordo com a modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas.

3.6.2. A necessidade de manejo de ação rescisória ou revisional em caso de posterior decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade.

Tendo sido fixada a ideia de que a coisa julgada atinge as relações jurídicas de trato continuado e que essas podem ter seu regramento modificado mediante a alteração das circunstâncias fáticas e jurídicas, faz-se necessário analisar a forma como se dá a mutação de seu tratamento normativo, especialmente no que diz respeito às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade.

A questão que deve ser analisada neste momento é: após o proferimento de uma decisão pelo STF em sede de controle de constitucionalidade cujo entendimento é incompatível com uma determinada decisão transitada em julgado que versa sobre relação jurídica de trato continuado, há a necessidade de se ajuizar uma ação específica voltada a modificar o regramento da relação jurídica?

A esse respeito, parcela da doutrina sustenta que, para modificar o regramento normativo desse tipo de relação jurídica, com fulcro em posterior decisão do STF, haveria a necessidade de se manejar ação rescisória no prazo de 02 (dois) anos. Isso se justificaria na medida em que a decisão transitada em julgado se projeta também para o futuro e tem seu

⁵⁹² A esse respeito, Talamini argumentava, sob a égide do CPC/1973, que “quando o que se pretende é a própria revisão da sentença sob o fundamento de que há nela defeito processual ou injustiça, e se busca que ela não produza efeitos nem mesmo em face do panorama fático-jurídico inicial, vigora o regime geral da coisa julgada” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 91).

⁵⁹³ MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Sentença e coisa julgada...*, p. 281.

conteúdo imutabilizado pela coisa julgada, de forma que o único mecanismo apto a modificar a norma jurídica aplicável seria a ação rescisória, a fim de que a norma jurídica concreta fosse efetivamente modificada.⁵⁹⁴

Esse entendimento se justificaria, ainda, pelo fato de que as decisões proferidas pelo STF não têm eficácia rescisória automática, isto é, não atingem automaticamente as coisas julgadas que acobertam decisões que aplicaram normas jurídicas incompatíveis com a decisão de constitucionalidade/inconstitucionalidade.⁵⁹⁵

De fato, as decisões proferidas pela Corte Constitucional não possuem aptidão para deconstituir decisões transitadas em julgado de forma automática. Contudo, a doutrina argumenta que eventual ação buscando discutir como será o tratamento normativo da relação jurídica continuativa após decisão constitucionalidade/inconstitucionalidade será pautada, a rigor, em causa de pedir diversa.⁵⁹⁶

Esse cenário levaria à conclusão de que, havendo causa de pedir diversa, não se configuraria o óbice da eficácia negativa da coisa julgada (*vide* item 1.3.1). Dessa forma, o ajuizamento de ação rescisória não seria necessário para que seja estabelecido um novo regramento jurídico à relação continuativa, razão pela qual não haveria interesse processual na propositura dessa demanda.

Em última análise, seria possível até mesmo dizer que a decisão judicial que eventualmente estabelece um novo contexto normativo a uma relação de trato continuado não afetaria em nenhum grau a coisa julgada anteriormente formada, estabelecendo, apenas, um comando que será aplicado a um panorama fático-jurídico diverso⁵⁹⁷. A decisão de constitucionalidade/inconstitucionalidade, portanto, não afetaria em nenhuma medida a coisa julgada formada em tais processos. O que é atingido pela posterior decisão, em realidade, é a própria relação jurídica. A ação rescisória não seria, portanto, o meio adequado para se buscar uma nova regulação jurídica a uma relação de trato continuado.

Em razão da diversidade de causas de pedir, parte da doutrina argumenta que a modificação do regramento das relações continuativas dar-se-ia pelo manejo da ação revisional,

⁵⁹⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Coisa julgada em matéria tributária*. vol. 1. Curitiba: *Revista dos Tribunais – Pareceres – Wambier*, 2012. p. 6-7.

⁵⁹⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Coisa julgada em matéria tributária...*, p. 11.

⁵⁹⁶ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 90.

⁵⁹⁷ Nesse sentido, Adroaldo Furtado Fabrício argumenta que “A nova sentença, na ação de modificação, altera *ex nunc* a regulação jurídica da relação, mas não desconstitui a eficácia que a anterior já produzira. Rigorosamente, aquela a esta não se contrapõe, mas se soma” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A coisa julgada nas ações de alimentos*. vol. 62. São Paulo: *Revista de Processo*, 1991. p. 5).

haja vista o que dispõe o art. 505, I, *in fine*, CPC. Todavia, até mesmo essa demanda seria desnecessária, de acordo com parcela da doutrina, na medida em que, havendo causa de pedir nova, que altera o modo de ser da relação jurídica, o regramento desta escaparia, automaticamente, dos limites objetivos da coisa julgada.⁵⁹⁸

Inclusive, a rigor, a pretensão deduzida em juízo pela parte que propõe uma demanda revisional teria natureza meramente declaratória, na medida em que se busca a certificação de que as circunstâncias fático-normativas da relação continuativa se modificaram, razão pela qual seu regramento deve ser considerado diverso daquele que havia sido estabelecido em um primeiro momento. Essa perspectiva levaria à conclusão de que a eficácia da decisão é retroativa, pois a tutela declaratória certifica uma situação jurídica pré-existente.⁵⁹⁹

A alteração oriunda da decisão de constitucionalidade/inconstitucionalidade, destarte, faria com que o regramento da relação jurídica se modificasse de forma automática, não sendo possível falar que a decisão da demanda revisional tenha caráter constitutivo.

A relação jurídica continuativa somente dependeria da demanda revisional para ser alterada quando a lei expressamente assim prevê, o que é o caso, por exemplo, das ações de revisão de aluguel e de alimentos. Em tais casos, a decisão judicial que porventura alterar o regramento da relação jurídica teria eficácia constitutiva, de modo que as novas circunstâncias de fato e de direito não modificariam, automaticamente, a norma jurídica aplicável ao caso⁶⁰⁰. Pela natureza do provimento jurisdicional em tais casos, a modificação operada no regramento da relação jurídica produzirá efeitos *ex nunc*.⁶⁰¹

Esse modo de entender as relações continuativas foi encampado pelo STF no julgamento dos Temas 881 e 885, quando se fixou que as decisões proferidas no regime de repercussão geral ou em controle concentrado de constitucionalidade possuem aptidão de alterar automaticamente o regramento das relações de trato continuado. Não houve, porém, modulação de efeitos da decisão.

É importante ter em mente, porém, que, como bem apontado por Clarisse Frechiani Lara Leite, a concepção de que a modificação da situação fática ou jurídica de uma relação continuativa constituiria causa de pedir apta a excetar os limites objetivos da coisa julgada, de forma que não haveria necessidade de se manejar ação alguma para superar a estabilidade, não

⁵⁹⁸ DE OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Coisa julgada e precedente*..., p. 150.

⁵⁹⁹ DE OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Coisa julgada e precedente*..., p. 151.

⁶⁰⁰ TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada no tempo (os "limites temporais" da coisa julgada) ..., p. 61.

⁶⁰¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*..., p. 107.

se mostra razoável. Isso se verifica na medida em que, as decisões que tratam sobre esse tipo de relação produzem efeitos prospectivos, tratando-se da “eficácia programada (natural) de tal comando”.⁶⁰²

Dessa maneira, as “pretensões futuras” referentes ao regramento da relação jurídica também comporiam o objeto do processo e estariam, por consequência, aptas a ser atingidas pela coisa julgada. Em relação às circunstâncias fáticas e jurídicas futuras, haveria um “juízo de prognose”, de modo que, em caso de modificação, dever-se-ia entender que “já há decisão acerca daquele objeto”.⁶⁰³

A decisão do Supremo Tribunal Federal, portanto, não se mostra acertada, uma vez que as relações continuativas, para terem seu regramento modificado, precisam ser novamente discutidas em uma ação revisional, fundada em modificação das circunstâncias fáticas ou jurídicas⁶⁰⁴. A desconsideração automática da coisa julgada não leva em conta o fato de que as prestações futuras também compõem o objeto do processo da demanda que envolve uma relação continuativa.

O regime jurídico adequado para superação da estabilidade em questão, com base em posterior decisão de inconstitucionalidade, portanto, seria o da ação revisional, expressamente prevista pelo legislador (art. 505, I, CPC). Trata-se, em última análise, de mecanismo especial de superação da coisa julgada, levando em consideração as especificidades das relações continuativas.

É importante salientar, porém, que não se afasta a possibilidade de que, eventualmente, a ação rescisória possa ser ajuizada até mesmo nesse tipo de relação, voltada a alterar o comando normativo veiculado em um determinado provimento jurisdicional, mas como base nos arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC, desde que observados os critérios estabelecidos para tanto, que serão analisados no Capítulo 04. Isso se justifica na medida em que a parte pode ter interesse em modificar *retrospectivamente* a decisão transitada em julgado, o que somente seria possível mediante o manejo de ação rescisória, uma vez que os efeitos produzidos em sede de ação revisional são *ex nunc*.

⁶⁰² LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Aporte de fatos ao processo e superação de estabilidades processuais a partir de fatos e provas novos*. São Paulo: Tese de Livre Docência. USP, 2022. p. 354.

⁶⁰³ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Aporte de fatos ao processo e superação de estabilidades processuais...*, p. 354-355.

⁶⁰⁴ Essa é a posição adotada por Clarisse Frechiani Lara Leite, que, porém, salienta que, na alteração do estado de fato, é preciso que este justifique uma “correção do juízo de prognose especificamente para adaptação da sentença transitada em julgado” (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Aporte de fatos ao processo e superação de estabilidades processuais...*, p. 360).

Esse cenário permite concluir que, para afastar a incidência de determinada norma jurídica no passado em razão de posterior decisão do STF, a parte interessada deve manejar ação rescisória, observando os prazos e critérios dos arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC. Para a produção de efeitos meramente prospectivos, porém, esse não é o mecanismo processual adequado, devendo a parte valer-se da ação revisional (art. 505, I, CPC).

Destaca-se, por fim, que, ainda que o entendimento do Supremo Tribunal Federal possua fundamentos jurídicos sólidos e doutrinariamente justificados, não se mostra razoável, sob uma ótica principiológica, não realizar modulação de efeitos em decisões que possuam tamanho impacto. Especialmente no que diz respeito à segurança jurídica, a ausência de modulação mostra-se lesiva em relação às dimensões da *calculabilidade* e da *confiabilidade*. Essas facetas do princípio são violadas pois, antes da decisão do STF, os parâmetros acerca do modo de incidência dos efeitos da decisão em controle de constitucionalidade sobre as relações continuativas ainda não estavam claros.

Havia, também, uma ausência de *cognoscibilidade*, de modo que o jurisdicionado não tinha meios para antever a forma como as relações continuativas seriam tratadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Como apontado, parte da doutrina entende que, para que haja modificação do regramento das relações de trato continuado, seria necessário o manejo de ação rescisória. E a própria lei, em certa medida, não é clara a respeito da obrigatoriedade ou não de que a parte ajuíze uma ação revisional (art. 505, I, CPC).

A falta de clareza a respeito da forma como a modificação em questão ocorreria, dessa forma, fez com que houvesse uma *dúvida objetiva* entre os jurisdicionados, razão pela qual a ausência de modulação de efeitos mostra-se como uma opção que não leva em consideração a necessidade de que a alteração de situações jurídicas se dê de forma argumentativamente controlável, mediante critérios e parâmetros previamente conhecidos.⁶⁰⁵

E, certamente, em um cenário de grande incerteza, muitos jurisdicionados, especialmente na seara tributária, não estão preparados para ter que arcar com uma série de despesas, decorrentes da mudança repentina de sua posição jurídica. Havia uma expectativa, pautada em uma *dúvida objetiva*, de que a norma jurídica estabilizada pela coisa julgada não seria alterada de forma automática (*confiabilidade*). É provável que tenha ocorrido, também,

⁶⁰⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 275.

um planejamento por parte dos jurisdicionados que não levasse em conta uma abrupta necessidade de arcar com uma série de tributos (*calculabilidade*).

O problema, do ponto de vista da segurança jurídica, não está exatamente no fato de a alteração normativa ocorrer de forma automática com o advento de nova decisão do Supremo Tribunal Federal – embora essa opção seja questionável do ponto de vista técnico. Inclusive, caso um jurisdicionado, a partir de agora, obtenha uma decisão judicial que reconheça a inconstitucionalidade de um tributo e, posteriormente, a Corte Constitucional vier a considerá-la constitucional, o contribuinte já saberá de antemão que, a partir daquele momento, não poderá se eximir de pagá-lo.

Mas, até então, os critérios para a modificação das relações de trato continuado ainda não haviam sido explicitados pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que a ausência de modulação de efeitos representa uma violação ao princípio da segurança jurídica, nas dimensões da *confiabilidade* e da *calculabilidade*.

3.7. Conclusões parciais.

O presente capítulo buscou investigar os efeitos produzidos pela decisão de inconstitucionalidade, para, em sequência, analisar como se dá a produção de efeitos desta sobre os provimentos já estabilizados pela coisa julgada. Pelas ideias desenvolvidas no presente capítulo, é possível extrair as seguintes conclusões:

1. Os efeitos produzidos pela decisão de inconstitucionalidade possuem forte influência de aspectos jurídico-positivos, de forma que a análise referente aos métodos de fiscalização da legitimidade constitucional das normas jurídicas depende, essencialmente, do estudo das especificidades de cada ordenamento.
2. No Brasil, atualmente, vigora um sistema misto de controle de constitucionalidade, com aspectos dos modelos difuso e concentrado, de modo que o Supremo Tribunal Federal possui competência para julgar a constitucionalidade das normas jurídicas – seja por mecanismos de caráter incidental ou principal –, tal como todo e qualquer órgão jurisdicional ordinário está autorizado a efetuar o exame de constitucionalidade pela via difusa.

3. No modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, os efeitos da decisão são, em regra, *ex tunc*, o que consiste em uma decorrência lógica da existência do controle difuso e, também, de um sistema de modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade.
4. O controle difuso de constitucionalidade realizado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal vem passando por uma objetivação, em decorrência de uma série de mecanismos que levam à conclusão de que as decisões da Corte Constitucional, em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral, vinculam as instâncias ordinárias. Não há, porém, uma perfeita equiparação entre ambos os modelos, uma vez que, com o controle concentrado, a norma declarada inconstitucional é retirada da ordem jurídica, ao passo em que, no controle difuso, a norma tem sua aplicação afastada incidentalmente no caso concreto, podendo voltar a ser aplicada em caso de superação do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou diante de outros fatos sociais.
5. O art. 52, X, estabelece, no atual modelo de controle de constitucionalidade, que o Senado Federal tem o poder de retirar da ordem jurídica as normas cuja inconstitucionalidade tenha sido reconhecida pelo STF em sede de controle difuso, de modo a impedir o retorno de sua aplicação em razão da sua mutação pela alteração dos fatos sociais ou da própria dinâmica hermenêutica dos tribunais.
6. O §79, nº 2, Lei do Tribunal Constitucional alemão, estabelece a possibilidade de que as sentenças civis não executadas sejam atacadas por embargos à execução, com base em posterior decisão de inconstitucionalidade da Corte Constitucional. Desse modo, enquanto os capítulos que independem de execução para serem concretizados permanecem intactos com o trânsito em julgado, os capítulos que precisarem ser executados para serem plenamente satisfeitos podem ser atacados enquanto não houver a efetiva satisfação do crédito exequendo. No direito alemão, portanto, a decisão que aplica norma inconstitucional pode ser objeto de revisão típica, com base em posterior decisão do Tribunal Constitucional, desde que a parte se limite a impugnar o capítulo ainda não executado/adimplido.

7. A possibilidade de se manejar ação rescisória com base em posterior decisão de inconstitucionalidade não implica em violação ao sistema difuso de controle, na medida em que este continua a ser aplicado na maioria dos casos concretos e, além disso, há, hoje, no ordenamento jurídico, uma notória preponderância estrutural das decisões proferidas pelo STF, seja no âmbito do controle difuso, seja no concentrado, o que também justifica essa possibilidade.
8. Desde que haja o estabelecimento de critérios prévios e parâmetros argumentativamente controláveis, a desconstituição da coisa julgada com base em posterior decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal não implica em violação ao princípio da segurança jurídica.
9. A impossibilidade de se desconstituir a coisa julgada com base em posterior decisão de inconstitucionalidade, por outro lado, implicaria em um enfraquecimento do princípio da isonomia, na medida em que jurisdicionados cujas situações jurídico-materiais são idênticas recebem tutelas jurídicas diversas, por motivos meramente aleatórios, decorrentes de sua “sorte”.
10. Ainda que haja, ontologicamente, uma multiplicidade de interpretações igualmente razoáveis de uma determinada norma jurídica, isso não impede que o legislador crie mecanismos processuais para limitar as interpretações aceitáveis, o que, em última análise, reforça a isonomia entre os jurisdicionados.
11. A Súmula 343, STF, tem seu âmbito de aplicação limitado ao art. 966, V, CPC, na medida em que não há outra hipótese de ação rescisória no atual diploma processual que exija que a violação a uma determinada norma jurídica seja *manifesta*. O entendimento sumulado, portanto, não constitui um óbice para a aplicação do art. 525, §15, CPC, uma vez que este exige, apenas, que haja uma posterior decisão de inconstitucionalidade para se configurar.
12. A retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada não representa uma violação à sua eficácia preclusiva, mas, em realidade, uma exceção desta, tal como toda e qualquer hipótese de ação rescisória.

13. A retroatividade legislativa não é análoga à retroatividade de provimentos jurisdicionais, pois, enquanto a lei nova não se encontra no âmbito de *cognoscibilidade* do jurisdicionado, a nova decisão judicial, em regra, importará em uma interpretação que já se encontrava dentre as opções hermenêuticas do cidadão, de forma que já era possível antevê-la. Não se justifica, portanto, equiparar o regime jurídico de ambas as modalidades de retroatividade, tampouco se mostra razoável vedar a retroatividade das normas decorrentes da atividade jurisdicional, as quais, no âmbito das decisões de inconstitucionalidade, apontam para a produção de efeitos *ex tunc*.
14. Não existe imposição ontológica ou constitucional no sentido de que a ação rescisória não possa ser utilizada para uniformizar a aplicação do direito. Inclusive, com o aumento da dificuldade do acesso aos tribunais superiores por meio dos recursos excepcionais, vem sendo observada uma majoração da utilização da ação rescisória, o que decorre de um equilíbrio do sistema.
15. Nas relações continuativas, há, do ponto de vista técnico, necessidade de que o jurisdicionado ajuíze ação revisional para que sua relação jurídica possua novo regramento normativo, uma vez que as prestações futuras se encontram abrangidas pelo objeto do processo e, conseqüentemente, acobertadas pela coisa julgada. Porém, a decisão proferida pelo STF no julgamento dos Temas 881 e 885, considerou que questões fáticas e jurídicas supervenientes estariam excluídas do âmbito de proteção da coisa julgada, de modo que a modificação do regramento normativo, em caso de posterior decisão da Corte Constitucional, seria automática. Ainda que haja fundamento doutrinário para o posicionamento em questão, ao não modular os efeitos da decisão, depreende-se que houve lesão à segurança jurídica, uma vez que havia divergência na doutrina e na jurisprudência a respeito do mecanismo processual adequado para tanto.

4. Limites interpretativos da ação rescisória dos arts. 525, §15, e 535, §8º, Código de Processo Civil.

4.1. Considerações iniciais e delimitação do objeto do capítulo.

O presente capítulo tem por objetivo identificar os limites interpretativos dos arts. 525, §15 e 535, §8º, CPC, partindo da ideia desenvolvida no Capítulo 03 de que não há óbices para a criação de hipóteses de ação rescisória fundada em posterior decisão do Supremo Tribunal Federal – embora devam haver limites para a ação rescisória em si, sob pena de violação à segurança jurídica (*vide* item 1.4.3).

Em um primeiro momento, serão analisadas as técnicas das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade e sua aptidão para ensejar a rescindibilidade de um provimento jurisdicional transitado em julgado.

Posteriormente, analisar-se-á o grau de influência que a aplicação da norma inconstitucional exerceu sobre o provimento jurisdicional e o nível de repercussão que terá aptidão para ensejar a rescindibilidade da decisão.

Adentrado propriamente nos limites temporais dos arts. 525, §15, e 535, §8º, pretende-se, em seguida, investigar os critérios interpretativos e principiológicos que permitam identificar as balizas temporais para a propositura da ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade.

Por fim, será analisado como o art. 525, §15, se relaciona com o art. 966, V, Código de Processo Civil, a fim de identificar eventuais zonas de convergência entre ambos os dispositivos e de analisar como deve ocorrer a contagem do prazo para a propositura da ação rescisória em casos tais.

4.2. Técnicas das decisões proferidas em controle de constitucionalidade e sua relação com a rescindibilidade.

As técnicas decisórias em sede de controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal podem assumir diversas facetas, as quais podem impactar na forma como deve ocorrer a aplicação dos arts. 525, §15 e 538, §8º. Dessa maneira, no presente tópico, mostra-se necessário avaliar como as variadas modalidades de controle de constitucionalidade podem influenciar na rescindibilidade da decisão.

Não é, contudo, apenas a técnica de controle utilizada que determinará a possibilidade de se rescindir a coisa julgada ou não. Para além disso, será necessário averiguar se houve, no julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, a utilização de mecanismos de modulação de efeitos, os quais impactam diretamente na incidência normativa do ponto de vista temporal. A técnica de manipulação temporal dos efeitos da decisão, porém, será melhor apreciada no Capítulo 05 do presente trabalho.

4.2.1. Declaração de constitucionalidade/inconstitucionalidade e reconhecimento incidental de constitucionalidade/inconstitucionalidade.

A primeira técnica que se tem em mente quando se pensa em controle de constitucionalidade consiste na declaração de constitucionalidade/inconstitucionalidade. Primeiramente, serão desenvolvidas algumas linhas argumentativas em relação à declaração de inconstitucionalidade, para, em sequência, analisar a possibilidade de se rescindir a decisão transitada em julgado com fulcro em decisão que reconheça a constitucionalidade de uma norma.

É importante registrar que o raciocínio desenvolvido em relação a essa técnica de controle pode ser aplicado tanto no que diz respeito às decisões proferidas em sede de ADI e ADPF⁶⁰⁶ que declarem a inconstitucionalidade de uma norma – ou, também, na improcedência da ADC⁶⁰⁷, quanto no âmbito do recurso extraordinário com repercussão geral e do recurso extraordinário repetitivo em que se reconheça a inconstitucionalidade de uma norma em caráter incidental, haja vista a conformação normativa do controle difuso, que levou à produção de efeitos *erga omnes* nessas duas últimas espécies de impugnação das decisões judiciais (*vide* item 3.3.2).

A declaração de inconstitucionalidade ou o reconhecimento incidental da incompatibilidade de uma norma com a Constituição Federal produz, em regra, efeitos *ex*

⁶⁰⁶ Em relação à ADPF, é possível que haja declaração de inconstitucionalidade, por exemplo, no que diz respeito ao direito municipal, que está excluído do âmbito de incidência da ADI (art. 125, §2º, CF). Admite-se, porém, que leis ou atos normativos oriundos do direito municipal sejam objeto de ADPF, conforme expressa previsão legal (art. 1º, parágrafo único, I, Lei 9.882/1999). Tem-se, com isso, que na apreciação de determinadas questões municipais, a declaração de inconstitucionalidade da ADPF terá as mesmas dimensões que são conferidas à ADI.

⁶⁰⁷ A doutrina entende amplamente que, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, "[t]anto na ação direta de inconstitucionalidade quanto a declaratória de constitucionalidade têm natureza dúplice, ou seja, ambas têm aptidão para firmar, quando julgadas no seu mérito, juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade do preceito normativo que lhes dá objeto" (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4. ed., p. 59). Esse raciocínio se justifica com base no art. 24 da Lei nº 9.868/1999.

*tunc*⁶⁰⁸. Trata-se de uma decorrência lógica da adoção, no ordenamento jurídico brasileiro, da teoria da nulidade das normas inconstitucionais (*vide* item 3.3.1).

Isso não significa, porém, que a norma inconstitucional jamais existiu, tampouco que não produziu efeitos. Em realidade, a norma que posteriormente tem sua inconstitucionalidade declarada é retirada do ordenamento jurídico, por meio do provimento jurisdicional da corte constitucional⁶⁰⁹. É razoável sustentar, portanto, tal como ocorre no sistema de controle de constitucionalidade austríaco (*vide* item 3.2.2), que a decisão de inconstitucionalidade proferida no controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal tem eficácia constitutiva negativa, consistente na retirada da norma do ordenamento.⁶¹⁰

Para além dessa eficácia, é importante ter em mente que a decisão de inconstitucionalidade também produz um efeito declaratório, uma vez que, embora a norma inconstitucional tenha estado no ordenamento jurídico, esta "padece de invalidade desde o início".⁶¹¹

Já no âmbito do controle difuso, o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade de uma determinada norma não possui eficácia constitutiva negativa, na medida em que não retira a norma do ordenamento jurídico⁶¹², mas produz, tão somente, o efeito de afastar sua aplicação, em razão da constatação incidental de que a norma é, em sua gênese, incompatível com a Constituição (*vide* item 3.3.2.1).

A decisão de inconstitucionalidade, portanto, produz, em regra, efeitos retroativos, sendo possível, contudo, que por vezes seja proferida decisão cuja projeção retrospectiva seja limitada por intermédio da técnica da modulação de efeitos⁶¹³. A relação entre o mecanismo de limitação temporal em questão e as hipóteses de rescindibilidade será melhor analisada no Capítulo 05. O que se pode afirmar, a princípio, é que alguns elementos normativos do ordenamento jurídico, tais como a boa-fé e a segurança jurídica podem consistir em razões

⁶⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015. p. 1.306-1.307.

⁶⁰⁹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional...*, p. 25.

⁶¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição...*, p. 904.

⁶¹¹ A esse respeito, Talamini argumenta que "[o] ato que pronuncia a inconstitucionalidade, na ação direta, reveste-se de uma pluralidade de eficácias. Por um lado, declara a invalidade, que preexistia. Por outro, tem caráter constitutivo: a norma, que até então pertencia ao ordenamento, é dele retirada" (TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 202).

⁶¹² Para que a norma jurídica seja retirada do ordenamento, faz-se necessário que haja, nesse caso, resolução do Senado Federal, na forma do art. 52, X, CF. É razoável concluir, destarte, que a atuação da casa legislativa é que possui eficácia constitutiva negativa. Em sentido semelhante: DE MACÊDO, Lucas Buril. *Duas notas sobre o art. 52, X, da Constituição Federal...*, p. 6.

⁶¹³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional...* p. 1.285.

relevantes para preservar "determinadas consequências da anterior aplicação da norma inconstitucional".⁶¹⁴

Tendo esse contexto normativo em mente, é razoável sustentar que, havendo decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, declarando a inconstitucionalidade de uma norma ou, ainda, sendo reconhecida sua incompatibilidade com a Constituição Federal em caráter incidental, nos casos em que a decisão do Supremo Tribunal Federal tiver força vinculante (*vide* item 3.3.2), surgirá, em regra, a possibilidade de que a decisão que aplicou essa norma seja rescindida, desde que diante dos parâmetros do item 4.3.

O reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, porém, poderá não ensejar a rescindibilidade de certas decisões, quando houver modulação de efeitos que, de alguma maneira, limite sua projeção para o passado. Nesses casos, não será possível rescindir aquelas decisões cujo trânsito em julgado tenha ocorrido antes do “momento fixado pelo STF para a declaração de inconstitucionalidade produzir os efeitos que lhes são próprios”⁶¹⁵. A interação entre a modulação de efeitos e a rescindibilidade das decisões incompatíveis com posterior decisão do STF, porém, serão melhor analisadas no Capítulo 05.

Pode-se concluir, diante desse cenário, que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma ou seu reconhecimento incidental com efeitos vinculantes, caso não haja modulação ou caso a coisa julgada formada não tenha sido resguardada pela opção moduladora do STF, ensejará a rescindibilidade da decisão que tenha a aplicado.

Da mesma maneira, deve-se analisar se a declaração de constitucionalidade realizada em sede de ADC ou na improcedência da ADI e ADPF e, ainda, se a constitucionalidade reconhecida em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses em que houver produção de efeitos *erga omnes* (*vide* item 3.3.2), tem a aptidão de ensejar a rescindibilidade da decisão transitada em julgado.

Primeiramente, em relação à natureza do comando exarado na declaração de constitucionalidade pelo STF, observa-se que, nessa técnica de controle, a decisão produz efeitos declaratórios e, em regra, *ex tunc*, pois o provimento jurisdicional afirma a validade da norma objeto do controle perante a Constituição Federal⁶¹⁶. Não é o mesmo que ocorre,

⁶¹⁴ TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 203.

⁶¹⁵ DE ASSIS, Araken. *Ação rescisória*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 282.

⁶¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4. ed..., p. 64-65.

portanto, com a decisão de inconstitucionalidade, na medida em que esta última possui, também, eficácia constitutiva negativa.

De toda forma, em razão da natureza declaratória e da produção de efeitos *ex tunc*, é possível, do ponto de vista temporal, que, caso não haja modulação de efeitos de modo a resguardar a coisa julgada, surja para o jurisdicionado a possibilidade de rescindir uma determinada decisão de mérito.

A esse respeito, escrevendo sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 e analisando especificamente, o art. 741, parágrafo único, que dispunha serem inexigíveis as decisões que aplicassem normas declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, Flávio Yarshell argumentava que não seria possível concluir que também seriam inexigíveis as decisões que não aplicassem normas cuja constitucionalidade tenha sido reconhecida posteriormente pela Corte Constitucional⁶¹⁷. A justificativa desse raciocínio residia no fato de que a interpretação das hipóteses em que haja um afastamento da coisa julgada "não pode ser ampliativa".⁶¹⁸

De fato, está-se de acordo no presente trabalho com a premissa de que as hipóteses de relativização típica da coisa julgada precisam ser interpretadas sem a utilização de critérios hermenêuticos ampliativos, a fim de não vulnerar as garantias constitucionais da segurança jurídica e da coisa julgada. Todavia, em relação ao art. 525, §15 do Código de Processo Civil de 2015, é possível extrair conclusão diversa, de modo que a posterior decisão do STF que reconheça a constitucionalidade de uma norma possa ser utilizada como fundamento para desconstituir uma decisão que deixou de aplicá-la, por reputá-la inconstitucional.

Em um primeiro momento, pode-se imaginar que a não-aplicação de uma determinada norma, por reputá-la inconstitucional em um juízo difuso realizado nas instâncias ordinárias, seria o mesmo que deixar de aplicar uma norma infraconstitucional qualquer que deveria ter sido observada em um determinado caso concreto, o que não seria, em si, uma opção interpretativa maculada pela inconstitucionalidade⁶¹⁹. Contudo, a não aplicação de uma norma constitucional, por considerá-la incidentalmente inconstitucional, consiste em “uma interpretação em desconformidade com a Constituição”.⁶²⁰

⁶¹⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória...*, p. 253-254.

⁶¹⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória...*, p. 253-254.

⁶¹⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 419.

⁶²⁰ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 419.

O juízo de constitucionalidade realizado pelas instâncias ordinárias, portanto, não estará em conformidade com a Constituição Federal quando deixar de aplicar uma norma cuja constitucionalidade seja posteriormente reconhecida pelo STF.

A esse respeito, é importante observar que o §15 do art. 525 permite a propositura de ação rescisória não apenas quando houver uma posterior decisão que reconheça a inconstitucionalidade de uma norma, mas, também, ao fazer remissão ao §12, quando não houver aplicação de norma reputada constitucional pela Corte Constitucional, uma vez que o dispositivo em questão estabelece como objeto de sua incidência a decisão que se fundar em "aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal".

A não-aplicação de uma norma constitucional, em razão de sua suposta inconstitucionalidade, consiste em uma interpretação incompatível com a Constituição, quando se leva em consideração a posterior decisão do STF, pois o juízo realizado no caso concreto não observou corretamente o parâmetro de validade da norma infraconstitucional⁶²¹. É razoável concluir, portanto, que a posterior decisão de constitucionalidade também gera a rescindibilidade da decisão com a qual estiver em desacordo, com fulcro no art. 525, §15, CPC.⁶²²

Tanto as decisões que reconheçam a inconstitucionalidade de uma norma, quanto aquelas que entendam pela sua compatibilidade com a Carta Magna, portanto, desde que dotadas de força vinculante, têm aptidão para ensejar à rescindibilidade de coisas julgadas que acobertem decisões incompatíveis com o posterior pronunciamento do STF.

⁶²¹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 419.

⁶²² Desenvolvendo análises referentes ao art. 525, §12, CPC, mas que, em grande medida, se aplicam também ao art. 525, §15, Teori Zavascki argumentava que as declarações de constitucionalidade e de inconstitucionalidade seriam duas faces da mesma moeda, de maneira que não seria legítimo que o ordenamento jurídico estabelecesse regimes jurídicos diversos para o ataque às decisões que apliquem normas em descompasso com o posicionamento do STF, seja em razão do reconhecimento da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4. ed..., p. 181-182). Embora a conclusão à qual chegou o autor seja a mesma que se alcançou neste trabalho, as premissas a dotadas não parecem corretas, uma vez que não se justifica uma interpretação extensiva em sede de ação rescisória, em razão das exigências de cognoscibilidade impostas pela segurança jurídica (*vide* item 1.4.2). Por outro lado, em sentido semelhante ao que se defende no presente trabalho, Ismael Villas Boas argumenta que “o importante, para os fins da rescisória dos arts. 525, §15 e 535, §8º, não é a simples alegação de inconstitucionalidade da sentença, mas a verificação de que a sentença conflita com a interpretação vinculante dada à Constituição pelo STF” (VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão...*, p. 180). Analisando os arts. 525, §12 e §15, parece ser essa, de fato, a correta interpretação.

4.2.2. Interpretação conforme à Constituição.

Outra técnica de controle de constitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal consiste na interpretação conforme à Constituição, a qual deve ser a opção escolhida pela Corte Constitucional quando um determinado enunciado normativo possui uma pluralidade de sentidos possíveis, mas parte das possibilidades interpretativas se mostra inconstitucional, havendo, porém, uma alternativa hermenêutica que esteja de acordo com a Carta Magna.⁶²³

Parte da doutrina afirma que haveria até mesmo um dever dos julgadores de interpretar os enunciados normativos conforme à Constituição, não sendo possível, portanto, simplesmente optar por reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo, quando houver uma opção hermenêutica que esteja de acordo com a Carta Magna.⁶²⁴

Em certa medida, é possível observar que o raciocínio desenvolvido no tópico anterior referente aos juízos de constitucionalidade e de inconstitucionalidade se aplicam também à interpretação conforme.

Tal como ocorre na declaração de inconstitucionalidade, a interpretação conforme à Constituição realizada em sede de controle concentrado possui eficácia constitutiva negativa, retirando da ordem jurídica as interpretações do enunciado normativo que estejam em desacordo com a Carta Magna.⁶²⁵

Haveria no provimento, também, uma eficácia declaratória, reconhecendo a inconstitucionalidade das interpretações em desacordo com a Constituição, bem como um efeito declaratório que estabelece ser constitucional uma das opções hermenêuticas do enunciado normativo.⁶²⁶

No controle difuso com eficácia vinculante, haverá, da mesma forma que indicada no item anterior, reconhecimento incidental de que determinada interpretação da norma sempre foi

⁶²³ Nesse sentido, Canotilho afirma que “[a] interpretação das leis em conformidade com a Constituição é um meio de o TC (e os outros tribunais) neutralizarem violações constitucionais, escolhendo a alternativa interpretativa conducente a um juízo de compatibilidade do acto normativo com a Constituição” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*..., p. 958-959).

⁶²⁴ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 93.

⁶²⁵ Haveria, nesse sentido, um ato que “exclui o sentido ou a interpretação sugerido para a norma pelo autor da ação de inconstitucionalidade” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*..., p. 1.295).

⁶²⁶ o STF, ao utilizar-se dessa técnica de controle de constitucionalidade, “declara que, mediante determinada interpretação, a norma é constitucional” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*..., p. 1.295).

constitucional, enquanto outras possibilidades hermenêuticas sempre estiveram em desacordo com a Carta Magna.

É possível dizer, portanto, que a técnica da interpretação conforme à Constituição tem eficácias que consistem na somatória daquelas que são atribuídas as declarações de constitucionalidade e de inconstitucionalidade.

Diante das eficácias da decisão acima elencadas, depreende-se que, em regra, o provimento jurisdicional que realiza uma interpretação conforme à Constituição poderá dar ensejo à rescindibilidade de decisões transitadas em julgado, com fulcro no art. 525, §15, CPC, ressalvando-se a possibilidade de modulação de efeitos, que poderá excluir determinadas coisas julgadas do âmbito de incidência da eficácia da decisão proferida pelo STF.

Na análise da decisão vinculante e das decisões transitadas em julgado, é necessário observar que há 03 possibilidades: *i*) a decisão transitada em julgado aplicou interpretação da norma que é reputada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal; *ii*) a decisão transitada em julgado aplicou opção interpretativa reputada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal; *iii*) por considerar a norma inconstitucional, a decisão transitada em julgado deixou de aplicá-la, não tendo buscado realizar uma interpretação conforme à Constituição.

As 03 possibilidades acima elencadas, diante de posterior decisão do STF que realiza uma interpretação conforme à Constituição, podem gerar resultados diversos no que diz respeito à rescindibilidade.

No caso do item “*i*”, a decisão que aplicou uma norma utilizando-se de interpretação que não esteja de acordo com a Constituição Federal estará sujeita à possibilidade de rescisão, na medida em que, a rigor, houve a aplicação de uma norma reputada inconstitucional pelo STF, tendo o provimento da Corte Constitucional eficácia *ex tunc* – salvo nas hipóteses de modulação de efeitos. No juízo rescisório⁶²⁷, deverá o tribunal, após a desconstituição do provimento jurisdicional, proferir outra decisão, na qual o comando normativo concreto deverá ser proferido levando em consideração a interpretação conforme à Constituição realizada pelo STF.

Já no item “*ii*”, a decisão transitada em julgado não poderá ser rescindida, na medida em que a norma aplicada é reputada constitucional pelo STF, estando, portanto, fora do âmbito da incidência do art. 525, §15.

⁶²⁷ Nesse momento do julgamento da ação rescisória, deve-se realizar um “novo julgamento”, pois “[c]assada a decisão, resta, agora, substituí-la” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória...*, p. 345).

Por fim, em relação ao item “iii”, deve-se aplicar o mesmo raciocínio que se realizou em relação à decisão que deixa de aplicar uma norma por reputá-la inconstitucional e, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal a declara constitucional. Embora, de fato, houvesse uma possibilidade interpretativa da norma que não estivesse de acordo com a Carta Magna, havia pelo menos uma outra opção hermenêutica que não a violava, de maneira que o provimento jurisdicional transitado em julgado realizou “interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal” (art. 525, §12, CPC).

Dessa forma, rescindida a decisão que não aplicou a norma por considerá-la inconstitucional, deverá o julgador da ação rescisória proferir nova decisão, na qual aplica a interpretação tida como compatível com a Constituição Federal pelo STF.

Havendo posterior decisão do STF em que se reconheça haver uma interpretação conforme à Constituição de determinada norma, portanto, deve-se analisar as decisões transitadas em julgado, a fim de verificar se a interpretação conferida à norma pelos julgadores ordinários foi a mesma que decorreu da interpretação da Corte Constitucional. Não sendo o caso, surgirá uma hipótese de rescindibilidade, na forma do art. 525, §15, CPC.

4.2.3. Não recepção da norma anterior à vigência da atual Constituição Federal.

As ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade não podem ser manejadas para impugnar normas anteriores à Constituição Federal de 1988, pois, pelo posicionamento do STF, estas seriam automaticamente revogadas com o advento da atual Carta Magna.⁶²⁸⁻⁶²⁹

⁶²⁸ STF - ADI nº 2. Relator: Min. Paulo Brossard. Data do julgamento: 06/02/1992. Destaca-se, porém, que este posicionamento é criticado por parte da doutrina. Geovany Jeveaux, por exemplo, entende que o correto seria entender pela declaração de inconstitucionalidade superveniente, e não pela não-recepção automática. Isso porque “a invalidade a ser reconhecida por um ato de autoridade elimina os problemas do automatismo e da autoevidência da revogação” (JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: LJM Mundo Jurídico, 2015. p. 177). A ideia em questão é coerente, quando se observa que o provimento jurisdicional referente à norma inconstitucional possui aptidão para retirá-la do ordenamento, ainda que sua invalidade seja contemporânea à data em que a nova Constituição entrou em vigor.

⁶²⁹ Parte da doutrina sustenta que, em termos estritamente técnicos, não seria possível afirmar que normas anteriores à Constituição de 1988 são inconstitucionais, pois a inconstitucionalidade seria “um vício contemporâneo ao nascimento da lei, que nela surge a partir de um confronto com o parâmetro constitucional” (RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 69). No presente trabalho, porém, utiliza-se o termo inconstitucionalidade de maneira mais ampla, abarcando toda e qualquer norma que esteja em desacordo com a Constituição Federal.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), porém, poderá ter por objeto as leis e os atos normativos anteriores à Constituição Federal de 1988 (art. 1º, parágrafo único, I, Lei 9.882/1999), sendo, dessa maneira, um mecanismo para controle de constitucionalidade do direito pretérito à Carta Magna.

Tendo em vista que, pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a norma pretérita à Constituição que não seja compatível com esta não é recepcionada pela atual ordem constitucional, sendo revogada automaticamente, a posterior decisão da Corte Constitucional não teria, a rigor, eficácia constitutiva negativa, tal como ocorre com as demais modalidades de controle.

De toda forma, havendo julgamento em sede de ADPF que tenha por objeto a compatibilidade das normas jurídicas pretéritas com a Constituição Federal, haverá, em última análise, eficácia declaratória e produção de efeitos *ex tunc*. Em termos práticos, o controle de constitucionalidade das normas posteriores em muito se assemelha àquele que é realizado em relação às normas pretéritas à Constituição.⁶³⁰

A rigor, ainda, a norma não recepcionada pode ser considerada, também, inconstitucional ou sua aplicação pode ser interpretada como incompatível com a Constituição Federal, de maneira que pode ser abarcada pelo âmbito de incidência do art. 525, §12 e §15, CPC.

Com isso, o raciocínio desenvolvido no item 4.2.1 também é aplicável às hipóteses de não recepção, bem como as considerações a respeito da modulação de efeitos. Havendo declaração de não recepção de uma norma aplicada em uma determinada decisão, destarte, será possível que o jurisdicionado maneje ação rescisória. Caso, porém, haja modulação de efeitos e a decisão transitada em julgado seja excetuada dos efeitos da posterior decisão de não recepção, não surgirá a rescindibilidade da decisão transitada em julgado.

⁶³⁰ Em sentido semelhante, Ismael Villas Boas argumenta que “[a] procedência dessa ação [ADPF que tem por objeto norma pretérita à Constituição Federal] implica a não recepção da norma anterior pela Constituição, o que, em termos práticos, não apresenta grandes distinções com a declaração de inconstitucionalidade” (VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão...*, p. 178). Da mesma maneira, Teori Zavascki afirma que “[o] juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade ou de recepção ou de não recepção de preceito normativo que vier a ser reconhecido em ADPF terá eficácia erga omnes e efeito vinculante” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4. ed..., p. 116-117).

4.2.4. Inconstitucionalidade superveniente decorrente de alterações das relações sociais e as normas ainda constitucionais.

A forma como uma norma jurídica se insere em um determinado ordenamento possui grande influência, também, de aspectos fático-sociais que podem variar com o passar do tempo. Por vezes, a maneira como uma norma é interpretada ao ser introduzida no ordenamento pelo legislador pode ser alterada por modificações nas relações sociais que venham a gerar um impacto no conteúdo que lhe era originalmente atribuído pelos intérpretes.⁶³¹

Embora não seja limitada ao âmbito constitucional⁶³², a modificação interpretativa decorrente da alteração fático-social ganha especial relevância quando se analisa esta seara, uma vez que é possível que, a despeito de não ter havido reforma da Constituição ou do texto legislativo, determinados dispositivos legais ou constitucionais adquiram outro significado.⁶³³

Havendo tais alterações, o novo sentido normativo do texto legal pode não mais estar de acordo com a Constituição ou, ainda, o novo significado atribuído ao texto constitucional pode levar à inconstitucionalidade de determinadas normas jurídicas infraconstitucionais. Seria possível se falar, com isso, em uma “inconstitucionalidade superveniente”, uma vez que o vício em questão não existia na origem do texto legal, mas, com o decurso do tempo, a norma deixou de estar de acordo com o parâmetro constitucional.⁶³⁴

Situação semelhante ocorre com a técnica de controle de constitucionalidade que reconhece que uma norma está em trânsito para a inconstitucionalidade. Quando julga de tal

⁶³¹ Nesse ponto, Karl Larenz afirma que “as relações fácticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si e em conformidade aos quais projectou a sua regulação, para os quais tinha pensado, variam de tal modo que a norma dada deixou de se ajustar às novas relações. É o factor temporal que se faz notar aqui. Qualquer lei está, como facto histórico, em relação actuante com o seu tempo. Mas o tempo também não está em quietude; o que no momento da génese da lei actuava de modo determinado, desejado pelo legislador previu, nem, se o pudesse ter previsto, estaria disposto a aprovar. Mas, uma vez que a lei, dado que pretende ter validade para uma multiplicidade de casos futuros, procura também garantir uma certa constância nas relações inter-humanas, a qual é, por seu lado, pressuposto de muitas disposições orientadas para o futuro, nem toda a modificação acarreta por si só, de imediato, uma alteração do conteúdo da norma.” (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*..., p. 495).

⁶³² Nesse sentido, parte da doutrina afirma que “é possível perceber que a mudança de sentido de uma norma jurídica não é um problema exclusivamente constitucional, pois o déficit de sinergia de um texto normativo com a realidade fática que busca captar e regular não se revela apenas ao nível do direito constitucional, tratando-se, pelo contrário, de um problema científico do direito como um todo” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*... 167).

⁶³³ Haveria “uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*..., p. 134).

⁶³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*..., p. 1.069.

forma, o Supremo Tribunal Federal reconhece que a alteração fático-social poderá ensejar a inconstitucionalidade de uma norma que, no momento, é constitucional.⁶³⁵

Quando a Corte Constitucional se utiliza da técnica em questão, está adotando mecanismo de julgamento semelhante à sinalização, que consiste em um meio para que o tribunal indique à comunidade jurídica que um determinado entendimento tende a se alterar com decurso do tempo e com a alteração do contexto fático. Diferencia-se, porém, na medida em que a sinalização indica a possibilidade de modificação de interpretação, ao passo em que a técnica do pronunciamento de trânsito para a inconstitucionalidade versa a respeito não de uma alteração hermenêutica, mas sim do próprio contexto fático-social, que ensejará uma nova aceção a respeito da norma.⁶³⁶

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade, no julgamento do HC nº 70.154⁶³⁷, de reconhecer que a regra que possibilitava que a Defensoria Pública tivesse prazo em dobro para a interposição de recursos no âmbito do processo penal ainda seria constitucional, mesmo que o Ministério Público não tenha a mesma prerrogativa, haja vista a limitação estrutural daquele órgão, voltado à defesa dos direitos dos hipossuficientes.

Ao se utilizar dessa técnica de julgamento, porém, o Supremo Tribunal Federal não estava modulando os efeitos da decisão, mas, em realidade, indicando que naquele momento a norma deveria ser aplicada, na medida em que não padecia, até então, de vício de inconstitucionalidade⁶³⁸. Tanto é assim que não foi fixado um marco temporal a partir de quando a norma deveria deixar de produzir efeitos, o que deveria ser realizado caso a técnica utilizada pela Corte Constitucional fosse realmente de manipulação da eficácia temporais da decisão.

A inconstitucionalidade superveniente, decorrente da alteração do contexto fático-social, e a técnica de julgamento da declaração de que determinadas normas ainda são constitucionais, cuidam-se, em certa medida, de duas faces da mesma moeda. Enquanto na

⁶³⁵ Essa técnica de julgamento não seria o mesmo que "preservar os efeitos de norma reconhecida inconstitucional. Na presente hipótese a norma é constitucional, embora a transformação dos fatos a situe na dimensão da inconstitucionalidade. Em outras palavras, os fatos ainda caracterizam a norma como constitucional, embora esteja ela em trânsito para a inconstitucionalidade" (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*... 1.291).

⁶³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*..., 1.293.

⁶³⁷ STF - HC 70.154. Relator: Min. Sydney Sanches. Data do julgamento: 20/03/1994.

⁶³⁸ Pelo fato de a norma até então ser constitucional, "nada apontava para a necessidade de dar efeitos prospectivos à decisão" (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*..., 1.294).

primeira técnica o STF indica que, a despeito de a norma ser constitucional em sua gênese, a alteração fática ensejou sua inconstitucionalidade, no segundo mecanismo, a Corte Constitucional indica que a mudança do contexto de fato poderá ensejar a inconstitucionalidade da norma, que, porém, ainda é constitucional.

A utilização dessas técnicas, portanto, pode gerar importante repercussão na rescindibilidade das decisões de mérito transitadas em julgado. É possível verificar as seguintes variáveis: *i)* a decisão pode ter aplicado a norma declarada supervenientemente inconstitucional; *ii)* pode ter deixado de aplicar a norma cuja inconstitucionalidade tenha se reconhecido de maneira superveniente; *iii)* o provimento jurisdicional pode ter aplicado a norma declarada ainda constitucional; *iv)* pode, também, ter deixado a norma ainda constitucional, por reputá-la inconstitucional.

Nos casos “*i*” e “*ii*”, é necessário que se investigue o momento a partir do qual, segundo o STF, a norma deixou de ser constitucional e verificar se os fatos apreciados no processo são anteriores ou posteriores a tal marco temporal. Caso os fatos tenham ocorrido anteriormente ao momento em que a norma deixou de ser constitucional, esta deveria ter sido aplicada, de maneira que, no item “*i*”, não poderá ser rescindida, enquanto no item “*ii*” poderá ser desconstituída por meio da ação rescisória, haja vista ter deixado de aplicar norma constitucional.

Ao se analisar o item “*ii*”, deve-se partir da premissa de que não basta a posterior decisão que reconheça a inconstitucionalidade superveniente para que a decisão seja rescindível. Deve-se verificar se, pela decisão do STF, à época dos fatos que compunham a causa de pedir da demanda, deveria ou não incidir a norma em questão, isto é, se esta já era inconstitucional.

Caso, porém, os fatos tenham ocorrido após o momento em que a norma deixou de ser constitucional, no caso “*i*”, esta poderá ser rescindida, enquanto no cenário previsto no item “*ii*” esta deverá permanecer intacta.

Já em relação ao cenário previsto no exemplo “*iii*”, a decisão não poderá ser rescindida, pois a decisão transitada em julgado fundamentou-se em norma que ainda é constitucional, de acordo com o Supremo Tribunal Federal.

Situação diversa ocorre no item “*iv*”, pois, uma vez que a norma ainda é constitucional, ao deixar de aplicá-la o julgador, a rigor, está afastando a incidência de norma constitucional, o que consiste em uma “interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal” (art. 525, §12 e §15, CPC).

O vetor interpretativo dessas quatro hipóteses deve ser no sentido de que a coisa julgada não pode ser desfeita se formada em relação a um caso cujo substrato fático remeta a período em que a norma aplicada ainda era dotada de constitucionalidade.⁶³⁹

As técnicas de declaração de inconstitucionalidade superveniente e de declaração de que a norma ainda é constitucional, dessa forma, produzem importantes contornos em relação à rescindibilidade das decisões fundamentadas em normas inconstitucionais.

4.2.5. Violação à convenção internacional.

O art. 5º, §3º, CF, estabelece que os tratados e convenções internacionais que versarem sobre direitos humanos, desde que aprovados mediante dois turnos e por três quintos dos votos dos membros do Congresso Nacional, serão, para todos os fins, equivalentes às emendas constitucionais.

Esse dispositivo, porém, em alguma medida, parece contrariar a previsão do §2º do art. 5º, CF, uma vez que este último estabelece que os direitos e garantias fundamentais expressamente inseridos na Constituição não excluiriam “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Dessa forma, caso direitos fundamentais possam ser extraídos da sistemática principiológica da Constituição, mesmo que não expressamente previstos, ou, ainda, sejam estabelecidos por tratados internacionais, haveria um *status* igualmente constitucional na ordem jurídica interna.

O §3º do art. 5º, com isso, aparentemente limita a esfera de proteção dos direitos humanos, ao estabelecer que a aquisição de *status* constitucional apenas ocorreria mediante a aprovação pelo procedimento das emendas constitucionais⁶⁴⁰. O problema surge, principalmente, no que diz respeito aos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e foram incorporados à ordem jurídica interna anteriormente à vigência da §3º do art. 5º, que foi inserido pela Emenda Constitucional 45/2004. Isso porque o fato de não terem sido inseridos

⁶³⁹ Marinoni afirma que “não é possível imaginar que a decisão possa retroagir de modo a alcançar o período em que o dispositivo ainda possuía interpretação constitucional” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Modulação dos efeitos temporais no STF*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 19).

⁶⁴⁰ Nesse sentido: MUZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. In: BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; DE OLIVEIRA, William Terra (coord.). *Coleção direito e ciências afins*. vol. 4. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 36-38.

na ordem jurídica pelo procedimento das emendas poderia ser visto como uma razão para negar a esses diplomas caráter constitucional.

Visando afastar a incoerência de se atribuir às normas referentes aos direitos humanos previstas em tratados internacionais, mas que não tenham sido aprovadas pelo procedimento das emendas constitucionais, valor inferior àquele que é atribuído às normas constitucionais, o STF estabeleceu, no julgamento do RE 466.343-1/SP, a tese de que tais direitos, em realidade, teriam eficácia supralegal. Isso significa dizer que esses estariam em um grau hierarquicamente superior ao que é atribuído à legislação ordinária, mas, ainda assim, deveriam observar as previsões e restrições da Constituição Federal.⁶⁴¹

Todavia, foi salientado nos votos de Ministros que aderiram à tese da supralegalidade que, apesar de as normas de direito internacional que versam sobre direitos humanos, quando não aprovadas pelo procedimento das emendas, terem hierarquia supralegal, essas possuem, também, caráter materialmente constitucional. Haveria, com isso, uma compatibilização dos §§ 2º e 3º, pois aquele conferiria substância constitucional aos direitos humanos não introduzidos pelos tratados internacionais, enquanto este último teria a finalidade de atribuir-lhes *status* formalmente constitucional. A diferença entre se adotar ou não o procedimento das emendas residiria no regime jurídico pelo qual “o Estado pode desligar-se dos seus compromissos internacionais”, conforme salientado pelo Ministro Cezar Peluso. Ao se aplicar o §3º, ter-se-ia, certamente, um procedimento mais rígido.⁶⁴²

Tendo esse cenário em vista, as normas de direitos humanos previstas em tratados internacionais, ainda que não aprovadas pelo procedimento das emendas constitucionais, comporiam aquilo que a doutrina convencionou chamar de bloco de constitucionalidade⁶⁴³. Em razão disso, vem-se sustentando doutrinariamente que a legislação infraconstitucional pode ter como parâmetro de controle as convenções internacionais, devendo ser extirpadas do ordenamento caso incompatíveis com estas⁶⁴⁴. Parte da doutrina, porém, sustenta que apenas os

⁶⁴¹ STF - RE 466.343-1/SP. Relator: Cezar Peluso. Data de Julgamento: 03/12/2008.

⁶⁴² Nesse ponto, Geovany Jevaux sustenta que haveria uma contradição, na medida haveria normas cujo “conteúdo materialmente constitucional” está em “nível formal hierárquico inferior (JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*..., p. 389).

⁶⁴³ MALHEIRO, Emerson Penha; LOPES, Elisabete Marlucci. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade na sociedade da informação. vol. 1.050. *Revista dos Tribunais*, 2023. p. 7.

⁶⁴⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. vol. 10. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, 2015. p. 2.

tratados que houverem sido aprovados pelo procedimento das emendas constitucionais que poderão ser utilizados como parâmetro de controle de constitucionalidade.⁶⁴⁵

De toda forma, tendo em vista a abertura e tendência à ampliação dos direitos fundamentais, decorrente do art. 5º, §2º, CF, adota-se, no presente trabalho, a ideia de que os direitos humanos previstos nos tratados internacionais incorporados pelo Brasil possuem, também, *status* constitucional, podendo, destarte, ser parâmetro do controle de convencionalidade, que, para todos os fins, poderá ser equiparado ao controle de constitucionalidade.

Dessa forma, parece possível aplicar os arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC, também quando o STF reconhecer, posteriormente ao trânsito em julgado de determinada decisão, que a norma aplicada em dado processo viola disposição de direito internacional que, por versar sobre direitos humanos e estar prevista em instrumento ratificado pelo Brasil, tem caráter constitucional, por compor o bloco de constitucionalidade.

E é plenamente possível que convenções internacionais produzam vastos impactos no âmbito do direito processual civil. Basta observar que o RE 466.343-1/SP, que tratou a respeito da eficácia normativa dos direitos humanos internacionais, tinha como discussão central a possibilidade de se aplicar a pena de prisão ao depositário infiel, haja vista a vedação do Pacto de San José da Costa Rica.

Parte da doutrina, conferindo uma abordagem mais incisiva à eficácia interna dos tratados internacionais, vem sustentando que seria importante repensar o duplo grau de jurisdição, bem como a adequação de normas que limitam essa garantia prevista pelo art. 8º, nº 2, alínea “h” da Convenção Americana de Direitos Humanos⁶⁴⁶. É plenamente possível, portanto, que eventualmente, tal questão volte a ser apreciada pelo STF, podendo levar ao entendimento de que normas que limitam o duplo grau de jurisdição não são adequadas quando confrontadas com o Pacto de San José da Costa Rica.

Com base nisso, as ideias desenvolvidas no que diz respeito à constitucionalidade e à inconstitucionalidade das normas e o ajuizamento de ação rescisória (*vide* item 4.2.1) também são aplicáveis ao presente tópico, pois as normas que violam tratados que versam sobre direitos humanos também são, para todos os fins, inconstitucionais.

⁶⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional...*, 1166.

⁶⁴⁶ FONSÊCA, Vitor. Os tratados de direitos humanos como fontes do direito processual civil. Vol. 6. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, 2011. p. 7.

4.3.Limites temporais dos arts. 525, §15 e 535, §8º, Código de Processo Civil.

Superada a relação entre as diversas técnicas de controle de constitucionalidade e a rescindibilidade das decisões, é necessário, agora, investigar os limites temporais dos arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC.

Este é um dos pontos mais controversos a respeito da ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade, havendo uma ampla gama de propostas interpretativas por parte da doutrina.

No presente tópico, portanto, buscar-se-á investigar as diversas correntes interpretativas a respeito dos limites temporais da ação rescisória em questão, bem como se buscará identificar a opção hermenêutica que esteja em maior confluência com a Constituição Federal e com os critérios interpretativos fornecidos pelo texto legal dos dispositivos em questão.

4.3.1. Suposta rescindibilidade *ad infinitum* da coisa julgada com base em decisão de inconstitucionalidade.

Parte da doutrina, ao interpretar os arts. 525, §15 e 535, §8º, CPC, sustenta que a adoção de um critério hermenêutico meramente literal levaria à conclusão de que o prazo para a propositura de ação rescisória é *ad infinitum*, não havendo elementos para limitá-lo temporalmente. Isso decorreria do fato de que o texto legal “define um termo *a quo* (trânsito em julgado da decisão do STF) sem indicar o termo *ad quem* (como faz o art. 975)”⁶⁴⁷, de modo que, a qualquer momento, a coisa julgada poderia ser vulnerada por posterior decisão da Corte Constitucional.⁶⁴⁸

E, de fato, os dispositivos em questão podem levar a essa interpretação, na medida em que estabelecem que o prazo para a propositura da ação rescisória com base em posterior decisão de inconstitucionalidade “será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal”. Haveria, com isso, um “prazo móvel”⁶⁴⁹, uma vez que, mesmo havendo uma limitação temporal – 02 anos após o trânsito em julgado da decisão do STF –, seu

⁶⁴⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentários ao art. 525. In: CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (Org.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2016. *E-book*. p. 832.

⁶⁴⁸ Parte da doutrina afirma que “a coisa julgada estria sob condição resolutiva: ela só valeria se e enquanto não sobreviesse uma decisão do STF declaratória da inconstitucionalidade da norma, evento futuro e incerto hábil a desconstituir a exigibilidade do título executivo” (FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*..., p. 269).

⁶⁴⁹ DE ASSIS, Araken. *Ação rescisória*..., p. 281.

termo *a quo* é subordinado a um evento futuro cuja ocorrência é incerta, consistente no proferimento de posterior decisão vinculante.

O Código de Processo Civil de 2015 também possui outras duas hipóteses de ação rescisória com prazo móvel. A primeira consiste na ação rescisória fundada em prova nova (art. 966, VII, c/c art. 975, §2º), cujo termo inicial será a data da descoberta do novo meio de prova. Porém, essa modalidade de desconstituição da coisa julgada conta com uma limitação, consistente em um segundo prazo maior, de 05 anos, contado a partir do trânsito em julgado. Dessa forma, o primeiro prazo é conjugado com um segundo que é “contado objetivamente e que confere um limite máximo ao primeiro”.⁶⁵⁰

Por outro lado, o art. 975, §3º, dispõe que nas hipóteses de simulação e colusão das partes, o prazo para propositura de ação rescisória se inicia com a descoberta do vício pelo Ministério Público ou por terceiro prejudicado, não havendo qualquer limitação temporal para tanto. Mas, diante da falta de previsibilidade decorrente dessa hipótese de rescisória, parte da doutrina passou a sustentar uma aplicação por analogia do art. 975, §2º, de modo a limitar essa hipótese de ação rescisória a até 5 anos após o trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir (*vide* item 1.6.3.1).⁶⁵¹

Esse cenário permite observar que a doutrina, em regra, se mostra contrária a uma ausência de limitação à possibilidade de se ajuizar ação rescisória. Observa-se outras hipóteses de prazos rescisórios para além da regra geral do art. 975, *caput*, CPC, mas, de certa maneira, sempre se busca uma limitação objetiva para a possibilidade de se rescindir as decisões transitadas em julgado.

Diante disso, parte da literatura jurídica argumenta que a interpretação dos arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC, deveria passar por alguns critérios que limitem sua abrangência temporal, uma vez que a interpretação meramente literal não seria “constitucionalmente adequada”.⁶⁵²

Por outro lado, parte da doutrina argumenta que, embora a solução do art. 525, §15, CPC, não seja a ideal, a opção do legislador teria sido “melhor do que se deixar a coisa julgada ao sabor de desconstituição sem limite de tempo, isto é, fora de ação rescisória”⁶⁵³. Assim, o

⁶⁵⁰ VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão...*, p. 203.

⁶⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória...*, p. 272.

⁶⁵² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 487.

⁶⁵³ YARSHELL, Flávio Luiz. Breves notas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC 2015. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Org.). *O Novo Código de Processo Civil - Questões Controvertidas*. vol. 1. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 167.

dispositivo em questão acabaria por minimizar a possibilidade ocorrência da relativização atípica da “coisa julgada inconstitucional” sem quaisquer critérios jurídicos pré-estabelecidos.

Araken de Assis parece não entender pela inconstitucionalidade da previsão legal em questão, mesmo diante da possibilidade de o prazo para propor ação rescisória começar a fluir apenas a partir do trânsito em julgado da decisão do STF, salientando que, ainda que haja um sacrifício ao princípio da segurança jurídica, isso se justificaria pelo “melhor dos motivos”, consistente na “supremacia da Constituição”. Para o autor, a decisão transitada em julgado estaria a salvo apenas caso houvesse modulação de efeitos realizada pelo Supremo Tribunal Federal.⁶⁵⁴

Essa forma de interpretar o dispositivo sob análise, porém, parece não ser a mais adequada, quando se observa o princípio da segurança jurídica, em especial pela sua dimensão da *confiabilidade* (vide item 1.4.2), na medida em que não permite que o jurisdicionado possa antever os critérios e os limites de impugnação da decisão transitada em julgado, não havendo meios para que este identifique os parâmetros para uma possível rescisão da coisa julgada. O jurisdicionado está, de certa maneira, sob a possibilidade de vir a sofrer com a desconstituição da coisa julgada formada em seu processo a qualquer momento, sem poder identificar um marco a partir de quando isso não será mais possível.

Também é importante ter em mente que a segurança jurídica exige que a superação de estabilidades se dê mediante um procedimento argumentativamente controlável, com balizas previamente estabelecidas⁶⁵⁵. A possibilidade de rescisão da coisa julgada, sem qualquer limitação, porém, parece não obedecer a esses mandamentos principiológicos, pois a contolabilidade em relação à estabilidade da decisão e dos momentos para a sua desconstituição resta amplamente reduzida.

O argumento de que a segurança jurídica é afastada para se fazer valer, sem qualquer ressalva, a supremacia da Constituição⁶⁵⁶, também não se justifica, na medida em que a coisa julgada em si possui um valor constitucional (vide item 1.5). Não é possível, dessa forma, afastar a *res judicata* de maneira apriorística e sem uma análise do caso concreto sempre que houver uma violação a normas constitucionais, pois, ao se agir dessa forma, está-se, em última análise, violando um instituto que também possui *status* constitucional (vide item 2.4.4). O afastamento da coisa julgada, portanto, exige, necessariamente, o estabelecimento de um

⁶⁵⁴DE ASSIS, Araken. *Ação rescisória*..., p. 282.

⁶⁵⁵ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*..., p. 275.

⁶⁵⁶DE ASSIS, Araken. *Ação rescisória*..., p. 282.

ambiente normativo criterioso, por meio do qual o jurisdicionado possa identificar os limites para a impugnabilidade da decisão transitada em julgado.

Não é possível, destarte, sustentar uma interpretação que permita a desconstituição da coisa julgada com base em posterior decisão do Supremo Tribunal Federal sem qualquer limitação, sob pena de se violar o princípio da segurança jurídica, mostrando-se necessário identificar critérios para que a hipótese de ação rescisória em questão seja limitada.

4.3.2. Propostas de limitação do prazo para ajuizamento da ação rescisória.

Reconhecendo a necessidade de se impor limites à possibilidade de se ajuizar ação rescisória com base em posterior decisão de inconstitucionalidade, a doutrina vem propondo uma série de alternativas interpretativas aos arts. 525, §15 e 535, §8º, a fim de que se preserve o princípio da segurança jurídica.

Marcelo Veiga Franco interpreta os dispositivos em questão de maneira restritiva, argumentando que o termo inicial para a propositura da ação rescisória com base em posterior decisão de inconstitucionalidade consiste no trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir, não comportando qualquer alargamento, aplicando, destarte, a regra geral do art. 975, *caput*, CPC.⁶⁵⁷⁻⁶⁵⁸

Uma outra possibilidade interpretativa dos dispositivos seria no sentido de que “o prazo da rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão do STF somente se inicia se ainda não tiver sido extinta a pretensão rescisória iniciada do trânsito em julgado da decisão exequenda”⁶⁵⁹. Para essa corrente doutrinária, haveria um prazo decadencial que poderia totalizar, no máximo, 04 anos, na medida em que, caso o trânsito em julgado da decisão do STF viesse a ocorrer no último dia do prazo geral para a propositura de ação rescisória, a parte teria exatamente mais 02 anos para buscar a desconstituição da coisa julgada.

Outra alternativa para a limitação temporal é sustentada por Alexandre Freitas Câmara, que consiste em aplicar, por meio de uma analogia, o prazo prescricional previsto no art. 205,

⁶⁵⁷ FRANCO, Marcelo Veiga. Algumas reflexões sobre o termo inicial do prazo decadencial de ajuizamento de ação rescisória no Código de Processo Civil de 2015. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; REZENDE, Ester Camila Norato; LANNA, Helena. *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 23.

⁶⁵⁸ De forma semelhante, André Dias Fernandes argumenta que “[a] declaração de inconstitucionalidade simples (com redução de texto) da parte final do §15 do art. 525 do CPC-2015 (‘cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal’) é mais consentânea com a CF-88 como um todo” (FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC...*, p. 271).

⁶⁵⁹ NERY JR., Nelson, *Princípios do processo civil na Constituição Federal...*, p. 95-96.

Código Civil, o qual é utilizado quando não houver na lei a fixação de um interregno temporal menor. Não havendo uma limitação temporal para a propositura de ação rescisória, haveria, para essa corrente doutrinária, uma justificativa razoável para a aplicação do prazo prescricional residual do Código Civil.⁶⁶⁰

Adotando modo de pensar mais flexível, Rodrigo Mazzei e Tiago Gonçalves sustentam que não deve ser sugerida uma limitação apriorística à ação rescisória sob análise, incumbindo ao STF modular os efeitos da decisão, restringindo o cabimento da demanda rescisória.⁶⁶¹

Também se observa que há, na doutrina, uma tentativa de se aplicar, por analogia, os critérios estabelecidos pelo art. 975, §2º, CPC. Por meio desse método de interpretação, utilizado para a demanda rescisória fundada em prova nova, depreende-se que haveria um prazo máximo de 5 (cinco) anos, a contar do trânsito em julgado da última decisão do processo no qual foi proferida a decisão que se busca rescindir, de maneira que a coisa julgada não estaria eternamente vulnerável a uma posterior decisão do Supremo Tribunal Federal.⁶⁶²

Em relação à primeira possibilidade interpretativa, observa-se que esta adota uma visão do princípio da segurança jurídica por uma lógica *tudo-ou-nada*, de maneira que o transcurso do prazo geral para a propositura de ação rescisória seria um marco temporal a partir do qual a decisão se transmudaria de absolutamente insegura para um cenário de certeza jurídica. A interpretação em questão não leva em consideração, porém, que a segurança jurídica, enquanto um princípio, comporta níveis diversos de realização (*vide* item 1.4.2) e, para além disso, que a própria eficácia preclusiva que recai sobre a estabilidade das decisões de mérito passa por um aumento gradual (*vide* item 1.6.3).

Tanto é assim que, mesmo após o decurso do prazo geral de 02 anos para a propositura de ação rescisória, ainda é cabível a propositura de demanda rescisória fundada em prova nova (art. 975, §2º, CPC), o que é amplamente aceito pela doutrina.

Não parece, com isso, que a limitação ao prazo de 02 anos se justifique, quando o ordenamento jurídico traz possibilidades diversas – que não são questionadas pela doutrina do

⁶⁶⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro...*, p. 487.

⁶⁶¹ MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Primeiras linhas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC/2015. In: DE MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. vol. 6. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 266.

⁶⁶² Nesse sentido: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentários ao art. 525..., p. 832. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica...*, p. 270.

ponto de vista constitucional – e, além disso, o próprio dispositivo legal leva à conclusão de que não se aplica a regra geral à demanda rescisória sob análise.

A segunda opção interpretativa, no sentido de que o prazo de 02 anos após o trânsito em julgado da decisão do STF apenas se inicia caso ainda não tenha se esgotado o prazo geral de 02 anos também não se justifica. Em primeiro lugar, o texto normativo não traz nenhum elemento que permita essa interpretação, de maneira que se cuida de uma opção interpretativa extensiva e que não possui critérios normativos decorrentes do próprio direito positivo.

Para além disso, caso se buscasse uma interpretação extensiva para justificar o entendimento, haveria maior coerência em se utilizar de uma limitação existente na própria sistemática da ação rescisória, tal como ocorre no art. 975, §2º, CPC. Assim, mesmo que se buscasse ir além da previsão legal para criar critérios para uma limitação temporal dos arts. 525, §15 e 535, §8º, CPC, a utilização de balizas legais já existentes seria mais coerente e consentâneo com a teleologia dos dispositivos sob análise.

Pelas mesmas razões, também não se mostra adequada a interpretação de aplicação do prazo prescricional do art. 205, Código Civil, por não se tratar de uma opção amparada no texto legal, tampouco na sistemática da própria ação rescisória.

Em relação à ideia de se aplicar, por analogia, a regra do art. 975, §2º, CPC, embora seja, dentre as opções interpretativas acima elencadas, a que guarda maior coerência com a sistemática da ação rescisória, observa-se que, ainda assim, não se mostra a mais adequada. Isso se verifica na medida em que é possível conferir segurança jurídica aos arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC, por meio da utilização de critérios extraíveis dos enunciados dos próprios dispositivos, conforme se demonstrará nos tópicos a seguir.

Já no que diz respeito à proposta de não estabelecimento prévio de critérios de limitação da incidência dos arts. 525, §15 e 535, §8º, deixando a cargo exclusivamente do STF realizar eventual modulação de efeitos, observa-se que não se mostra a opção mais adequada. Embora seja claro que a Corte Constitucional tenha a possibilidade de modular os efeitos da decisão e impactar na rescindibilidade das decisões transitadas em julgado, é evidente que o de ação rescisória se faz necessário, com a finalidade de conferir segurança jurídica estabelecimento de parâmetros prévios para a interpretação de uma hipótese aos jurisdicionados. Do contrário, a dimensão da *calculabilidade* desse princípio mostrar-se-ia violada, na medida em que não seria possível antever os limites dessa hipótese de desconstituição da coisa julgada.

Dessa forma, é necessário buscar critérios de limitação dessa hipótese de ação rescisória e, sendo possível, utilizando a própria dicção do direito positivo para tanto, como se buscará fazer no tópico a seguir.

4.3.2.1. Possibilidade de se propor ação rescisória caso a decisão de inconstitucionalidade seja proferida enquanto perdurar a pretensão executiva.

Para além das possibilidades acima elencadas, parte da doutrina sustenta ser possível limitar o cabimento da ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade com base em uma análise pautada pela lógica da execução da decisão que se pretende rescindir, avaliando se esta já foi concretizada no plano fático.

Essa corrente doutrinária se baseia, primeiramente, em um critério de direito comparado, realizando um paralelo com aquilo que ocorre no ordenamento jurídico alemão. Como já demonstrado anteriormente no presente trabalho, o §79 da Lei do Tribunal Constitucional, estabelece, em seu nº 1, que os provimentos jurisdicionais civis permanecem intactos, mesmo que sejam fundamentados em normas posteriormente declaradas inconstitucionais⁶⁶³. Porém, é ressalvado em seu nº 2 que, se a decisão civil transitada em julgado ainda não houver sido executada, poderá a parte manejar embargos à execução para se opor à concretização no plano fático do comando pautado em norma inconstitucional⁶⁶⁴ (*vide* item 3.4.1).

Pela lógica do direito alemão, portanto, se um provimento jurisdicional já houver sido executado, a posterior decisão de inconstitucionalidade não poderá ser utilizada como fundamento para atacá-lo; se, por outro lado, a satisfação da obrigação ainda estiver pendente, poderá o executado se opor à execução.

A doutrina aponta que, ainda sob a égide do CPC/1973, a regra do ordenamento jurídico germânico foi utilizada como inspiração para o art. 741, parágrafo único, do diploma processual então vigente, uma vez que este também possibilitava a oposição de embargos à execução,

⁶⁶³ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 429-430.

⁶⁶⁴ Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional...*, p. 257; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 429-430.

consubstanciando-se no fato de que houve, na decisão exequenda, aplicação de norma reputada inconstitucional pelo STF.⁶⁶⁵

E, nos arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC/2015, é possível extrair elementos que também levam a uma limitação da ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade em relação às decisões que ainda são passíveis de execução.

Em primeiro lugar, há um elemento topológico que permite que se chegue à ideia semelhante. Os arts. 525, §15 e 535, §8º, estão respectivamente, inseridos nos contextos da impugnação ao cumprimento de sentença geral e da impugnação ao cumprimento de sentença das execuções movidas em face da Fazenda Pública. Esse cenário permite que se conclua que não se trata de uma hipótese de ação rescisória geral, mas, em realidade, de uma regra que guarda especial relação com o módulo processual executivo, pois, do contrário, estaria prevista nas hipóteses do art. 966, CPC.^{666,667}

Há, também, um elemento do próprio texto legal que permite chegar a essa conclusão, na medida em que os arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC, estabelecem, expressamente, que caberá ação rescisória para desconstituir a "decisão exequenda", caso a decisão de inconstitucionalidade venha a ser proferida após seu trânsito em julgado⁶⁶⁸. Dessa forma, apenas aquelas decisões que se caracterizem como exequendas, isto é, aquelas que ainda sejam

⁶⁶⁵ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 429-430.

⁶⁶⁶ Nesse sentido, Talamini argumenta que "se o escopo da norma fosse criar um termo inicial rescisório aplicável a toda e qualquer decisão, essa disposição certamente estaria contida no capítulo da ação rescisória - e não, como está, num artigo que trata da impugnação das decisões que estão sendo ainda executadas" (TALAMINI, Eduardo. Os pronunciamentos do STF..., p. 379-380).

⁶⁶⁷ Embora entenda que a hipótese de ação rescisória em questão está limitada em até 05 anos após o trânsito em julgado, Heitor Sica também defende a tese de que esta se encontra vinculada à rescisão do capítulo da decisão que contenha um comando a ser executado, salientando que "por se tratar de uma norma especial a reger a ação rescisória, ela se presta apenas para a rescisão parcial do título executivo, isto é, para eliminar a exigibilidade da obrigação nele reconhecida, mas não para excluir do mundo jurídico o comando declaratório contido na decisão" (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentários ao art. 525..., p. 832). No mesmo sentido, Fernando Gajardoni, Luiz Dellore, Andre Vasconcelos Roque e Zulmar Duarte de Oliveira Jr. entendem que a ação rescisória em questão deve ser limitada a 05 anos, na forma do art. 975, §2º, CPC, bem como seu juízo rescindente deve ser limitado a "inibir tão somente a eficácia executiva da decisão exequenda" (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; DE OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015. vol. 2. 2. ed. São Paulo: Método, 2018. *E-book*. p. 615).

⁶⁶⁸ Nesse ponto, Talamini argumenta que a ação rescisória, ao ser prevista especificamente para a desconstituição de decisões exequendas, seria cabível para atacar "uma decisão condenatória, mandamental ou executiva que ainda precisa ser executada" (TALAMINI, Eduardo. Os pronunciamentos do STF..., p. 379). Adotando entendimento semelhante, Ismael Villas Boas argumenta que "[a] configuração do interesse processual do autor da ação rescisória será necessária a demonstração de que a decisão que pretende rescindir constitui título judicial atualmente em execução em seu desfavor. Se a decisão já houver sido integralmente executada, seja pela prestação voluntária da coisa devida, seja pela execução forçada, será inadmissível a ação rescisória" (VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão...*, p. 186).

passíveis de execução, é que poderão ser objeto da ação rescisória prevista nos dispositivos acima mencionados.

Esse cenário permite concluir que a hipótese de ação rescisória sob análise possui limitações, não sendo cabível *ad aeternum*, mas está, em realidade, subordinada à existência de um crédito exequendo⁶⁶⁹. Com a extinção da pretensão executiva, perece, também, a possibilidade de se manejar a ação rescisória sob análise.

A interpretação em questão parece ser mais adequada do ponto de vista hermenêutico em relação às aquelas elencadas no item 4.3.2, na medida em que se pauta em elementos do direito positivo para estabelecer uma limitação à hipótese de ação rescisória sob análise.

Mas, ainda assim, é necessário analisar se a interpretação em questão é adequada do ponto de vista da segurança jurídica e se está em consonância com a sistemática da coisa julgada e da ação rescisória.

Uma primeira ideia subjacente à hipótese de ação rescisória sob análise é a de que as decisões judiciais são divididas em capítulos e que cada um deles terá eficácias próprias, devendo ser analisados individualmente⁶⁷⁰. Diante dessa segmentação da decisão de mérito em capítulos, bem como da ideia de que apenas a decisão exequenda será objeto de rescisão, depreende-se que apenas aqueles capítulos que precisam ser cumpridos mediante uma conduta da outra parte, seja por meio de execução ou de cumprimento voluntário, é que poderão ser objeto da ação rescisória sob análise. Haverá, portanto, aquilo que Dinamarco chama de “ação rescisória parcial”.⁶⁷¹

Diante desse cenário, não seria possível, que o devedor, após a satisfação do crédito, propusesse demanda visando rescindir a coisa julgada e, também, buscasse a restituição do valor pago.⁶⁷²

⁶⁶⁹ A esse respeito, Ismael Vilas Boas Júnior argumenta que “[a] lei claramente diferencia a rescindibilidade da decisão que está sendo executada, daquela que não está admitindo a rescisão da primeira e vedando-a para a segunda. É, como visto, uma delimitação temporal, que opera a cisão do executado, do exequendo e do ainda não executado” (VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão*..., p. 187).

⁶⁷⁰ A esse respeito, Dinamarco afirma que, ao se analisar os capítulos da sentença, deve-se “buscar em cada um deles o significado do preceito que contém, suas dimensões e o modo como interferirá na vida do processo mesmo ou dos litigantes em sua vida comum” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 7. Ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021. p. 84-85).

⁶⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*..., p. 131.

⁶⁷² Dessa forma, não se corre o risco de “desfazer decisões cujos efeitos já se produziram” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: execução*. 18. ed. 3. vol. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 578)

Tendo em vista essa premissa teórica, é necessário investigar se se justifica ou não a segregação da possibilidade de rescisão das decisões passíveis de execução, mantendo a salvo aqueles capítulos que não precisam de passar pela fase de execução para serem satisfeitos, o que em geral ocorre com os declaratórios e constitutivos, e aqueles que já foram concretizados no plano fático.

A ideia por trás desse tratamento diferenciado decorre do fato de que seria muito sacrificante permitir a rescisão dos capítulos da decisão que já operaram seus efeitos de forma plena, o que, em geral, ocorre com os capítulos declaratórios e constitutivos independentemente de execução, bem como com os condenatórios já executados ou voluntariamente cumpridos. Dessa maneira, o grau de confiança existente em relação aos capítulos que já produziram seus efeitos de forma plena é diverso daquele que existe em relação àqueles que ainda precisam ser concretizados.⁶⁷³

Com isso, tal como o legislador alemão, o brasileiro estabeleceu um critério substancial para aumentar a carga de estabilidade das decisões judiciais, na medida em que adicionou uma camada a mais de eficácia preclusiva às decisões que já foram plenamente concretizadas no plano fático e que não precisam mais ser executadas ou cumpridas voluntariamente.⁶⁷⁴

Trata-se de opção legítima do legislador, que resguarda o crédito que já tenha sido satisfeito, bem como os efeitos já produzidos das decisões declaratórias e constitutivas, e, para além disso, garante que "a execução fundada na decisão transitada em julgado e sujeita à rescisão por superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica não se torne uma execução provisória e condicional, mas continue sendo definitiva".⁶⁷⁵

Apenas a título de comparação, é interessante destacar que lógica semelhante já foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, na análise do conflito prático entre coisas julgadas. No julgamento do AgInt nos EDcl no REsp 1930955-ES, decidiu-se que, embora via de regra deva prevalecer a segunda coisa julgada em caso de conflito prático⁶⁷⁶, deve a primeira ser

⁶⁷³ TALAMINI, Eduardo. Os pronunciamentos do STF..., p. 379.

⁶⁷⁴ CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo...*, p. 280.

⁶⁷⁵ VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão...*, p. 246.

⁶⁷⁶ A prevalência da segunda coisa julgada decorre do fato de que a parte tem a possibilidade de fazer valer a primeira tanto ao longo do processo, quanto por intermédio do ajuizamento de ação rescisória (art. 966, IV, CPC). Logo, tendo em vista que a parte tem meios para fazer com que a primeira *res judicata* prevaleça, não faria sentido preservá-la quando o interessado não tomou as devidas providências para tanto. Não seria razoável, tampouco, "outorgar ação" para rescindir a segunda, na medida em que seria possível ao jurisdicionado "a todo tempo" buscar fazer valer a primeira (MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Sentença e coisa julgada...*, p. 285). Entendendo de modo diverso, Sérgio Rizzi afirma que, a fim de garantir a previsão constitucional da tutela da coisa julgada, dever-se-ia

mantida caso já tenha sido executada ou já tenha se iniciado sua execução⁶⁷⁷. A ideia de que aquilo que já foi executado merece maior proteção do que aquilo que não foi concretizado no plano prático, portanto, não é estranha aos tribunais superiores no Brasil.

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes afirmou, analisando o art. 741, parágrafo único, que não seria possível adotar postura diversa no tratamento conferido aos capítulos de repercussão prática e aqueles que independem de execução ou cumprimento voluntário. Sustenta o autor que não faria sentido “afirmar que a declaração contida na sentença condenatória permanece incólume, mas não autoriza a execução, ou seja, não permite o alcance dos fins a que a decisão se destina”.⁶⁷⁸

O raciocínio desenvolvido pelo autor, porém, merece algumas considerações. De fato, por vezes, ao se desconstituir um comando de repercussão prática – que poderá ser condenatório, mandamental, executivo *lato sensu*, ou por vezes, até mesmo, declaratório ou constitutivo, conforme se verificará no item 4.3.2.1.3, será atingida, também, uma declaração que o antecede⁶⁷⁹. Afinal, ao estabelecer uma condenação, o magistrado também está, em última análise, declarando a existência de uma determinada obrigação, de maneira que, ao atingir o comando condenatório, a rescisão também impactará em um elemento declaratório da decisão (*vide* item 4.3.2.1.3).⁶⁸⁰

Todavia, é importante observar, também, que o autor buscou construir uma ideia de que as eficácias declaratória e constitutiva estarão sempre conectadas a um efeito condenatório. Porém, embora seja verdade que “a condenação pressupõe uma declaração”, “a recíproca não é verdadeira”⁶⁸¹. É possível que haja, na decisão de mérito, efeitos declaratórios e constitutivos que não tenham como única finalidade servir de fundamento para o comando condenatório. Havendo no provimento capítulos que não sejam de repercussão prática, a rigor, permanecerão

adotar a tese de que prevalece a primeira *res judicata* formada (RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 139).

⁶⁷⁷ STJ - AgInt nos EDcl no REsp 1930955 ES. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Data do julgamento: 08/03/2022.

⁶⁷⁸ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada..., p. 41.

⁶⁷⁹ A esse respeito, Talamini afirma que “quando desconstitui capítulos preponderantemente condenatórios, mandamentais ou executivos, tal rescisão atinge também a declaração que esteja indissociavelmente ligada ao comando de repercussão prática [e assim o é, inclusive, para permitir-se a reabertura do processo em que se formou o título inconstitucional, para a apreciação de outras demandas cumuladas alternativamente que não chegaram a ser examinadas]” (TALAMINI, Eduardo. Os pronunciamentos do STF..., p. 379-380).

⁶⁸⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil*. Temas de direito processual – Primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 76.

⁶⁸¹ VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão...*, p. 188.

estes intactos em caso de rescisão do capítulo que constitua uma decisão exequenda com base em posterior decisão de inconstitucionalidade.⁶⁸²

A declaração que será atingida consistirá naquela que está presente no comando de repercussão prática⁶⁸³, isto é, serão afastadas as eficácias declaratórias conectados diretamente aos elementos da obrigação. Assim, será a declaração do próprio comando de repercussão prática que poderá ser atingida. A esse respeito, observa-se que, não obstante as decisões tenham pretensão de produzir efeitos práticos, esse seriam apenas sua carga preponderante, de forma que também podem ser outras cargas atingidas. Trata-se de uma decorrência da teoria pontiana a respeito dos efeitos das decisões judiciais⁶⁸⁴, que será melhor analisada no item 4.3.2.1.3.

As declarações que sejam externas aos capítulos de repercussão prática, que possuem autonomia e não se prestam apenas a certificar os elementos de uma obrigação, permanecerão intactas. Esse cenário pode fazer que, com a rescisão do capítulo de repercussão prática, haja decisões contraditórias, do ponto de vista lógico, em relação a cada um dos capítulos da sentença.

Isso pode ocorrer, por exemplo, quando uma ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com pedido de indenização por danos morais é julgada procedente e, posteriormente, a norma que foi utilizada como fundamento do raciocínio decisório do magistrado é declarada inconstitucional pelo STF. Nesse caso, adotando a premissa de que apenas os capítulos de repercussão prática podem ser afastados pela rescisória dos arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC/2015, chega-se à conclusão de que o capítulo que declara a inexigibilidade do débito não poderá ser desconstituído, visto que não poderá ser executado, ao passo em que a condenação ao pagamento de indenização por danos morais poderá ser rescindida, uma vez que se trata de capítulo passível e execução.

Isso gerará uma incompatibilidade lógica, que decorre da constatação de que “as diversas parcelas do *petitum* bem poderiam ter sido objeto de demandas separadas”, o que leva à autonomia desses⁶⁸⁵. O capítulo da decisão que declara a inexigibilidade do débito continuará produzindo seus efeitos de forma plena, na medida em que este não poderá ser cobrado por

⁶⁸² VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão...*, p. 188.

⁶⁸³ É o que parece ser possível extrair da obra de Talamini (TALAMINI, Eduardo. *Os pronunciamentos do STF...*, p. 379-380).

⁶⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. t. 1. Campinas: Bookseller, 1998. p. 137-138.

⁶⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença...*, p. 48.

qualquer via. O capítulo referente aos danos morais, porém, cessará seus efeitos com sua rescisão. Haverá uma clara contradição, do ponto de vista lógica, entre a solução conferida a cada um dos capítulos. Contudo, isso consiste em uma decorrência natural da autonomia da qual cada um desses é dotado, o que poderia justificar até mesmo a propositura de demandas formalmente autônomas.

Esse cenário evidencia que a declaração que poderá ser atingida consiste naquela que é elemento interno do capítulo de repercussão prática, não sendo possível que capítulos com tal teor, quando não passíveis de execução, sejam atingidos em caso de ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade. As aparentes inconsistências referentes ao tratamento diferenciado conferido aos capítulos de repercussão prática e aqueles que não precisam ser executados, portanto, não parecem se justificar.

A declaração que eventualmente será atingida seria aquela que certifica o preenchimento dos requisitos da obrigação, que é a declaração que compõe propriamente o comando condenatório.

Observa-se também que o tratamento diferenciado em relação aos capítulos que possuam efeitos diferentes justifica-se quando se observa a premissa de que, havendo autonomia entre os capítulos, haverá uma “ação rescisória parcial”.⁶⁸⁶

Ainda que haja uma modificação do regime jurídico dos mecanismos de desconstituição da coisa julgada, isso não significa, automaticamente, que haja uma inconstitucionalidade na interpretação proposta. Afinal, cabe ao legislador infraconstitucional estabelecer o regime jurídico da coisa julgada e seus meios de desconstituição⁶⁸⁷. Não há uma imposição constitucional no sentido de que o prazo para a propositura de ação rescisória seja unitário, de forma que o legislador infraconstitucional tem certa margem de liberdade para criar sua regulamentação.

Ao estipular um critério objetivo para estabelecer quais decisões não estarão mais sujeitas à rescisão dos arts. 525, §15 e 535, §8º, isto é, aquelas decisões que já tenham sido executadas ou que não dependam de passar pelo módulo executivo para ser plenamente satisfeita, o legislador criou um parâmetro capaz de conferir segurança jurídica ao dispositivo sob análise. O jurisdicionado que já recebeu o bem da vida de forma plena tem elementos que

⁶⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença...*, p. 131.

⁶⁸⁷ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 463.

lhe garantem a impossibilidade de que seja manejada ação rescisória com base em posterior decisão de inconstitucionalidade.

Não se nega que, por vezes, possam haver situações em que a segurança jurídica restará vulnerada em situações específicas, em que, mesmo as “decisões exequendas” gozarão de uma camada maior de exigência de manutenção, em razão de peculiaridades do caso concreto. Nessas hipóteses, porém, será possível modular os efeitos da decisão no caso concreto, conforme se demonstrará no Capítulo 05 do presente trabalho.

Essas ideias se coadunam, também, com a concepção de que a decisão de mérito comporta diversos níveis de estabilidade. Já se verifica algum nível de estabilidade antes mesmo do trânsito em julgado, quando o julgador que proferiu a decisão deixa de poder modificá-la, em razão de uma preclusão endoprocessual (*vide* item 1.6.3). Essa estabilidade vai se acentuando com o decurso do tempo, existindo outros marcos que a aumentam, como ocorre, por exemplo, com o decurso do prazo geral da ação rescisória e do prazo de 05 anos para propositura de demanda rescisória fundada em prova nova (*vide* item 1.6.3.1).

O nível de estabilidade, destarte, aumentará ainda mais, tendendo à imutabilidade, com o perecimento da pretensão executiva, seja com a satisfação voluntária da obrigação ou, ainda, por meio de seu cumprimento forçado, que pode ocorrer por intermédio da fase de execução. Com o advento desse momento, deixa de ser cabível ação rescisória fundamentada em posterior decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, agregando-se mais uma camada de eficácia preclusiva à decisão.

Esse cenário se coaduna com a ideia de que a segurança jurídica não se realiza por uma lógica *tudo-ou-nada*, de maneira que a eficácia preclusiva, em si, comporta níveis diversos de realização, havendo diversos marcos temporais para sua majoração. O trânsito em julgado consistirá em um marco de alto grau de eficácia preclusiva, que tende a ser majorada com o decurso do prazo geral de 02 anos para a propositura da ação rescisória e, ato contínuo, será ainda mais reforçada com o decurso do prazo de 05 anos. O perecimento da pretensão executiva será, com isso, mais um marco de majoração da eficácia preclusiva da coisa julgada.

Diante desse cenário, é legítima a escolha do legislador de conferir um tratamento diferente aos capítulos da decisão que já tenham sido plenamente satisfeitos no plano prático e aqueles que ainda dependam de passar pela fase de execução, haja vista a maior confiança que possuem aqueles jurisdicionados que viram suas decisões serem plenamente satisfeitas no plano prático.

4.3.2.1.1. Impossibilidade de rescisão de parcela já executada da decisão.

Outro aspecto relevante a ser analisado em relação à ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade é identificar o que ocorre caso parcela da decisão seja executada e o restante permaneça em aberto. Essa investigação se mostra necessária na medida em que, caso isso ocorra, o capítulo da decisão objeto de execução não terá sido integralmente satisfeito. Porém, parte da decisão, que já foi satisfeita, não poderá mais ser qualificada como “exequenda”, haja vista a ocorrência de um perecimento parcial da pretensão executiva.

Em razão disso, é possível que surjam três alternativas interpretativas: *i)* por não ter havido o cumprimento integral do provimento, este poderá ser rescindido em sua totalidade, o que incluirá a parcela já satisfeita da obrigação; *ii)* a decisão, por já ter sido parcialmente satisfeita, não poderá mais ser objeto de ação rescisória; *iii)* a parcela já satisfeita da obrigação permanecerá intacta, enquanto o restante poderá ser objeto de ação rescisória.

No que diz respeito à primeira opção interpretativa, não parece ser possível sustentar tal linha de raciocínio, uma vez que a razão principiológica que fundamenta a ação rescisória sob análise consiste no fato de que a decisão que já houver sido executada deve ter uma camada a mais de eficácia preclusiva haja vista o fato de que “seria muito sacrificante para as partes e geraria transtornos maiores para a ordem jurídica desfazer decisões cujos efeitos já se produziram”.⁶⁸⁸

Seria contraditório afirmar que a decisão, quando integralmente satisfeita no plano fático, não poderia ser desconstituída por se tratar de algo excessivamente lesivo ao jurisdicionado, mas, quando a execução for parcial, admitir a rescisão da decisão integral que, em parte, já foi concretizada no plano fático.

Para além disso, a rigor, a parcela da decisão que já houver sido satisfeita não comporia mais uma “decisão exequenda”, mas sim uma decisão já executada, de maneira que não se enquadra na hipótese dos arts. 525, §15 e 535, §8º, CPC.

Dessa forma, tanto critérios principiológicos quanto a dicção do texto legal não permitem aderir à primeira possibilidade interpretativa acima suscitada.

Da mesma maneira, a segunda proposta interpretativa colocaria no mesmo patamar a parcela já satisfeita do crédito e aquela que ainda constitui uma “decisão exequenda”. Porém,

⁶⁸⁸ TALAMINI, Eduardo. Os pronunciamentos do STF..., p. 379.

assim como a parcela já executada goza de grau de estabilidade maior, por ser excessivamente sacrificante desconstituí-la, a parcela ainda não concretizada não merece esse nível de proteção, haja vista a lógica por trás da ação rescisória sob análise.

Assim, não parece possível sustentar que a parcela não cumprida da decisão deve permanecer intacta em razão de um cumprimento parcial, de maneira que a parte do comando jurisdicional ainda não executada poderá ser objeto de ação rescisória.

A conclusão, em consonância com as ideias desenvolvidas anteriormente, seria no sentido de que a parcela da decisão já executada não pode ser objeto da ação rescisória dos arts. 525, §15 e 535, §8º, CPC; por outro lado, a parcela ainda não executada pode ser submetida a esse regime especial de rescindibilidade.⁶⁸⁹

4.3.2.1.2. Necessidade de que esteja pendente a fase do cumprimento de sentença.

Para melhor delimitar a hipótese de incidência da ação rescisória objeto de análise do presente trabalho, é importante que se investigue, também, se é necessário ou não que esteja pendente a fase de cumprimento de sentença ou se basta a existência da pretensão executiva para tanto.

Em um primeiro momento, é possível entender que, para que o devedor possa manejar ação rescisória, é necessário que a decisão esteja em execução, afinal o termo “exequenda” se refere a algo que está sendo executado.

Considerando isso, inclusive, parcela da literatura jurídica argumenta que “será necessária a demonstração de que a decisão que pretende rescindir constitui título judicial atualmente em execução em seu desfavor”.⁶⁹⁰

Essa linha de raciocínio levaria à conclusão de que, enquanto não instaurada a fase de cumprimento de sentença, não teria o devedor a possibilidade de manejar a ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade. Essa corrente doutrinária chega até

⁶⁸⁹ Nesse sentido, Ismael Villas Boas parece aderir a posicionamento semelhante, sustentando que “[e]xcluem-se da rescindibilidade a parcela imediatamente efetiva da sentença (eficácias declaratória e constitutiva) e a parcela já executada até a citação” (VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão...*, p. 247).

⁶⁹⁰ VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão...*, p. 186.

mesmo a afirmar que, em tais casos, o devedor não teria interesse de agir⁶⁹¹. Não parece ser essa, porém, a forma mais adequada de se interpretar o direito positivo em relação ao momento em que a ação rescisória pode ser proposta.

Em primeiro lugar, ao se analisar a argumentação em questão pela lógica do interesse de agir, a conclusão correta seria, em realidade, no sentido de que o devedor preenche tal condição da ação para a propositura da demanda rescisória. Isso se verifica na medida em que o interesse se analisa pelo binômio necessidade-adequação. A necessidade se configura quando o jurisdicionado não puder conseguir a tutela de seu direito de outra forma, senão por intermédio da atuação do Estado-juiz; a adequação, por outro lado, ocorre quando o provimento jurisdicional for "apto para corrigir o mal de que o autor se queixa".⁶⁹²

Há necessidade, ainda que não tenha se iniciado a fase de cumprimento de sentença, pelo fato de que o devedor não tem outro mecanismo para buscar a desconstituição da decisão proferida em seu desfavor, senão a ação rescisória. Também há adequação na medida em que a demanda em questão tem aptidão para afastar a possibilidade de que o devedor venha a ser executado, o que, certamente, consiste em um benefício para o jurisdicionado.

Ainda que a execução não seja atual, portanto, percebe-se que a potencialidade de que o devedor venha a ser executado é o suficiente para que reste configurado o interesse de agir em relação à ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade.⁶⁹³

Entender de modo diverso se assemelha, em certa medida, à jurisprudência defensiva que sustentava ser intempestivo, por "extemporaneidade" o recurso interposto antes da publicação da intimação, tal como firmou o Superior Tribunal de Justiça na Súmula 418. Este

⁶⁹¹ Nesse ponto, Ismael Vilas Boas argumenta que "se, embora transitada em julgado a decisão, não tenha o interessado adotado ainda as providências necessárias à deflagração do cumprimento de sentença, falecerá interesse de agir à propositura da ação rescisória pelo vencido" (VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão* ..., p. 186).

⁶⁹² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*..., p. 296-297.

⁶⁹³ Talamini parece entender de forma semelhante, ao sustentar que a regra da ação rescisória do art. 525, §15, "só se aplica aos capítulos decisórios condenatórios, mandamentais ou executivos ainda não cumpridos espontaneamente nem executados" (TALAMINI, Eduardo. Os pronunciamentos do STF..., p. 378). Pela interpretação do autor, portanto, ao que parece, a possibilidade de se propor ação rescisória não surge apenas quando já iniciada a fase do cumprimento de sentença, bastando que haja capítulo da decisão com eficácia executiva ainda não cumprido. De maneira semelhante, Heitor Sica afirma que a finalidade da ação rescisória em questão seria atacar um "título executivo", não exigindo, porém, ao que parece, que este já esteja em execução (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentários ao art. 525..., p. 832).

entendimento, porém, foi superado com o advento do art. 218, §4º, Código de Processo Civil de 2015.⁶⁹⁴

Para além disso, considerando que o devedor possui o prazo de 02 anos após o trânsito em julgado da decisão do STF para manejar a ação rescisória, caso o credor não instaure a fase de cumprimento de sentença antes desse interregno e se adote a tese de que não há, até então, interesse de agir, chegar-se-ia à conclusão de que não poderia mais a parte manejar a demanda rescisória, em razão do decurso do prazo decadencial. Tratar-se-ia, portanto, de um direito que não poderia ser exercido pelo devedor, em razão da inércia do credor, o que se mostra pouco razoável.

Outra situação em que fica evidente que a existência de uma pretensão executiva pode gerar interesse de agir do devedor mesmo antes da fase de cumprimento de sentença consiste na compensação de créditos tributários. O art. 170, CTN, permite a compensação de créditos tributários, desde que haja prévia autorização legislativa. O art. 170-A, por sua vez, estabelece que a compensação apenas será possível, em caso de "contestação judicial pelo sujeito passivo" desde que tenha havido trânsito em julgado da decisão judicial.⁶⁹⁵

Dessa maneira, o jurisdicionado pode, por vezes, na seara tributária, optar por nem mesmo iniciar o cumprimento de sentença e, ainda assim, fazer valer seu crédito por meio do instituto da compensação. Haveria aí uma concretização no plano fático da decisão de repercussão prática sem a necessidade de se iniciar um módulo processual executivo.

Caso, portanto, o jurisdicionado opte por adotar tal via e a Fazenda Pública não tenha interesse pela ausência de instauração da fase de cumprimento de sentença, a rigor, esta não teria opção alguma para rescindir a decisão transitada em julgado cujo crédito ainda não foi satisfeito.

Todo esse cenário permite que se conclua que é mais adequado interpretar a hipótese dos arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC, como uma modalidade de rescisória que exige a existência

⁶⁹⁴ Tratando sobre a incoerência da corrente jurisprudencial que defendia a intempestividade do recurso interposto antes da intimação, Flávio Cheim Jorge sustenta que "[s]e a parte faz carga dos autos e neles se encontra publicada a decisão judicial, como mencionamos, o prazo recursal começa a correr deste momento. Esse entendimento é manso, pacífico e nunca encontrou vozes robustas em sentido contrário. Desta feita, se nas hipóteses de ciência inequívoca o prazo pode começar a correr antes da intimação, como se pode considerar intempestivo um dado recurso exclusivamente porque interposto antes da intimação? Para que determinada corrente defenda a inadmissibilidade do recurso interposto antes da intimação, deverá, por coerência, entender que a ciência inequívoca não faz com que o prazo recursal tenha fluência" (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis...*, p. 174).

⁶⁹⁵ Em sede doutrinária, se sustenta que "[a] regra tem por fundamento a inexistência de certeza relativa ao crédito que ainda é objeto de discussão judicial" (ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 525).

de *pretensão executiva*. O seu perecimento, com o cumprimento de sentença, com a satisfação voluntária do crédito, com a compensação ou por meio de qualquer outra forma ensejará o afastamento da possibilidade de se manejar a ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade.

Essa forma de interpretar a hipótese de ação rescisória em questão, inclusive, coaduna-se com a lógica geral, demonstrada no item 4.3.2.1, de que a possibilidade de rescindibilidade sob análise está intimamente ligada à ideia de satisfação do crédito.

Dessa forma, a potencialidade de que seja instaurada a fase de cumprimento de sentença, em decorrência da existência de pretensão executiva, é suficiente para fazer nascer para o devedor o direito à propositura de ação rescisória, não sendo essencial que já tenha se iniciado a fase de execução.

4.3.2.1.3. Eficácias das decisões e possibilidade de se propor ação rescisória.

Ao tratar da rescindibilidade das decisões em razão da posterior decisão de inconstitucionalidade e vincular essa possibilidade de desconstituição da coisa julgada à pendência de execução ou de pretensão executiva, a doutrina, em geral, sustenta que essa hipótese de rescisória encontra-se ligada ao comando condenatório ou, para aqueles que adotam a teoria quinária das ações, também haveria vinculação às eficácias mandamental e executiva *lato sensu*.⁶⁹⁶

A doutrina estrangeira também sustenta que os embargos à execução, no caso do §79, nº 2, Lei do Tribunal Constitucional alemão, conferiria um tratamento diferente às eficácias condenatória, constitutiva e declaratória, uma vez que a impugnação dar-se-ia apenas em relação à primeira das 03 eficácias, de maneira que as demais permaneceriam intactas (*vide* item 3.4.1).⁶⁹⁷

⁶⁹⁶ Nesse ponto, no Brasil, Talamini sustenta que a ação rescisória do art. 525, §15, "só se aplica aos capítulos decisórios condenatórios, mandamentais ou executivos ainda não cumpridos espontaneamente nem executados" (TALAMINI, Eduardo. Os pronunciamentos do STF..., p. 379). Adotando a teoria trinária das ações, Ismael Villas Boas sustenta que "a rescindibilidade da decisão se limita à sua eficácia condenatória" (VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão...*, p. 180).

⁶⁹⁷ A esse respeito, Remo Caponi sustenta que haveria um "trattamento diverso tra tutela di condanna, da un lato, e tutela di accertamento e costitutiva, dall'altro" (CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo...*, p. 280).

Essa ideia parte da premissa de que as eficácias declaratória e constitutiva independeriam de uma fase executiva para serem plenamente satisfeitas, de forma que, em relação a capítulos dotados desses efeitos, não haveria que se falar em formação de uma pretensão executiva.

Porém, a doutrina vem aproximando em alguma medida essas eficácias, razão pela qual, por vezes, as tutelas constitutiva e declaratória também poderiam ser consideradas como efeitos da decisão que são dotados de aptidão para dar ensejo a uma pretensão executiva. Um primeiro ponto de contato que se coloca entre as eficácias em questão é que a eficácia condenatória nada mais seria do que uma eficácia declaratória acerca da existência e da exigibilidade de um crédito.⁶⁹⁸

No Brasil, Barbosa Moreira sustentou que a tutela declaratória e a condenatória são, no que diz respeito à atividade desempenhada pelo magistrado, idênticas, uma vez que no provimento declaratório que versa sobre um crédito, tem-se uma declaração acerca de sua existência, enquanto na tutela condenatória se declara o crédito e a sanção pelo seu inadimplemento. A possibilidade de execução não comporia, dessa forma, o conteúdo da decisão em si, mas sim um de seus efeitos, de maneira que as atividades de declarar a existência de um crédito e condenar seriam, em essência, as mesmas.⁶⁹⁹

Considerando o fato de que a atividade do magistrado no âmbito da condenação é idêntica àquela exercida quando da declaração, Teori Zavascki sustentou que o interesse em distinguir essas modalidades de decisão reside não em seu conteúdo, mas sim nos efeitos que produzem⁷⁰⁰. Para o referido autor, tendo em vista a identidade da atividade jurisdicional em ambas as modalidades de decisão, não haveria razão para negar eficácia executiva às decisões que, embora não fossem dotadas de conteúdo condenatório, contivessem todos os elementos de uma obrigação, incluindo sua exigibilidade.⁷⁰¹⁻⁷⁰²

⁶⁹⁸ Nesse sentido, Michele Fornaciari sustenta que "la condanna non è in realtà nient di diverso dall'accertamento di un credito esigibile" (FORNACIARI, Michele. *La condanna come accertamento di un credito esigibile*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2014. p. 610).

⁶⁹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil*. Temas de direito processual – Primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 76.

⁷⁰⁰ ZAVASCKI, Teori. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. vol. 109. *Revista de processo*, 2003. p. 1.

⁷⁰¹ Não permitir a execução da decisão declaratória seria para Teori, nesses casos, um "atentado ao direito constitucional à tutela executiva, que é inerente e complemento necessário do direito de ação" (ZAVASCKI, Teori. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados..., p. 5).

⁷⁰² A esse respeito, Marcelo Abelha Rodrigues argumenta que, do ponto de vista prático, seriam "raras as hipóteses em que, em vez de ter ajuizado uma demanda condenatória, o autor pretende obter uma declaração da existência da relação jurídica obrigacional", e, ainda assim, nesse caso, poderiam estar presentes "todos os elementos que, em tese, permitiriam uma execução caso a sentença impusesse uma condenação". Para isso, porém, seria necessário

A discussão em questão pode ganhar mais clareza quando se observa que a condenação, enquanto autorização para que um provimento jurisdicional seja executado, possui caráter *lógico-jurídico*, ou seja, cuida-se de um conceito que independe da legislação. Porém, a definição das decisões que podem ser consideradas condenatórias depende, necessariamente, da exegese do direito positivo, tratando-se, portanto, de um elemento que exige a apreciação de aspectos *jurídico-positivos*.⁷⁰³

A necessidade de se analisar as hipóteses legais de decisões dotadas de eficácia executiva é ressaltada por Thiago Ferreira Siqueira, pois, sem expressa previsão legal estabelecendo que as decisões declaratórias constituiriam títulos executivos, tal como ocorria com a redação originária do Código de Processo Civil de 1973, não seria possível atribuir-lhes tal característica, haja vista a limitação decorrente do princípio da tipicidade.⁷⁰⁴

Com a reforma do Código de Processo Civil de 1973, porém, passou-se a admitir a execução das decisões em que houvesse o reconhecimento do crédito, de maneira que a eficácia executiva teria passado a alcançar, também, em tese, as decisões declaratórias, não se limitando às condenatórias (art. 475-N, I, CPC/1973).⁷⁰⁵

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, também possui previsão expressa no sentido de que as decisões que reconheçam a exigibilidade de uma obrigação de pagar quantia constituem títulos executivos (art. 515, I, CPC). Dessa forma, a doutrina vem sustentando que também estariam incluídos nessa disposição legal as decisões de caráter declaratório, ampliando o âmbito de incidências de efeitos que anteriormente atingiam apenas os provimentos condenatórios.⁷⁰⁶

que a eficácia executiva fosse atribuída a essa modalidade de decisão pela lei (ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*..., p. 170).

⁷⁰³ TALAMINI, Eduardo. "Sentença que reconhece obrigação" como título executivo (CPC, art. 475-N, I – acrescido pela Lei 11.232/2005)". In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Execução civil e cumprimento de sentença*. São Paulo: Método, 2006. p. 145.

⁷⁰⁴ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Rejeitar é reconhecer? (estudo sobre a ausência de eficácia executiva das sentenças de improcedência)*. Trabalho apresentado na disciplina "O direito e a vida dos direitos" (Doutorado em Direito Processual). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015. p. 7.

⁷⁰⁵ Eduardo Talamini, porém, enxergava uma série de inadequações e inconvenientes nesse dispositivo. A primeira consistia no fato de que o art. 4º, parágrafo único, CPC/1973, estabelecia que o jurisdicionado poderia pleitear tutela meramente declaratória, mesmo que seu direito já houvesse sido violado (dispositivo análogo ao art. 20, CPC/2015). A previsão em questão, porém, não faria sentido se também se admitisse que a mera declaração possui eficácia executiva, pois, de certa forma, o art. 4º acabaria por ser inutilizado. O autor acrescenta em sua análise uma série de inconvenientes operacionais em se admitir eficácia executiva à sentença declaratória, bem como uma possível inconstitucionalidade formal (TALAMINI, Eduardo. "Sentença que reconhece obrigação" como título executivo..., p. 145-157).

⁷⁰⁶ Nesse ponto, Thiago Ferreira Siqueira sustentou, sob a vigência do CPC/1973, que "mesmo que, atualmente, pareça-nos que, realmente, não se possa falar na executividade das sentenças declaratórias, no sistema processual que entrará em vigor em 17 de março de 2016 não haverá mais dúvidas, pelas razões acima elencadas, dessa

Nessas decisões, em que se reconhece os elementos da obrigação, anteriormente não haveria eficácia executiva ainda que o provimento não fosse expressamente condenatório. Porém, a doutrina vem sustentando que, com as modificações legislativas, aquelas decisões que antes compunham um título líquido, certo e exigível, mas sem eficácia executiva, passaram a ser dotadas, também de exequibilidade, isto é, a possibilidade de ser executado.⁷⁰⁷

A distinção entre exigibilidade e exequibilidade se mostra importante nesse momento, uma vez que, para que uma obrigação possa ser objeto de execução, bastará que a decisão preveja a configuração dos elementos do título executivo, pois o art. 515, I, lhe confere exequibilidade, isto é, a qualidade de poder ser executada.

Considerando isso, a doutrina vem sustentando que haveria uma eficácia condenatória “anexada” às decisões declaratórias, em virtude de expressa previsão legal, ainda que “a decisão não tenha “veiculado um comando condenatório”.⁷⁰⁸

Araken de Assis, por outro lado, defende que, se uma decisão de mérito reconhece a existência e também a exigibilidade de uma obrigação, na forma do art. 515, I, CPC, não haveria uma “mera declaração”, o que, ao que parece, afasta a ideia de que as decisões tais seriam meramente declaratórias⁷⁰⁹, mas, em realidade, teriam conteúdo que iria além dessa eficácia, de maneira que poderiam ser consideradas condenatórias, ainda que não fossem formalmente proferidas como tais.

Fredie Didier Jr. vai um pouco além na tentativa de se ampliar a eficácia executiva das decisões não condenatórias e sustenta que os provimentos constitutivos também teriam aptidão para dar ensejo a um direito a uma determinada prestação passível de execução. Argumenta Didier que as decisões judiciais de caráter constitutivo decorrem do exercício de um direito potestativo, que é dotado de aptidão para fazer com que surja uma prestação em favor do autor.⁷¹⁰

possibilidade" (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Rejeitar é reconhecer? [estudo sobre a ausência de eficácia executiva das sentenças de improcedência]...*, p. 8-9).

⁷⁰⁷ A esse respeito, é importante observar que a exequibilidade e a exigibilidade não são termos sinônimos. Esta consiste naquilo “que pode ser exigido”, sendo, portanto, uma “característica da relação jurídica obrigacional”, quando não estiver pendente condição ou termo, ao passo em que a aquela consiste na possibilidade de algo ser executado. A exequibilidade “é dada pelo legislador” (ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil...*, p. 563-564).

⁷⁰⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: execução...*, p. 69-70.

⁷⁰⁹ DE ASSIS, ARAKEN. *Manual de execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*. p. 28.

⁷¹⁰ DIDIER JR., Fredie. Sentença constitutiva e execução forçada. *Revista jurídica da seção judiciária de Pernambuco*, 2009.p. 168.

Alguns exemplos disso seriam: i) a decisão que cria uma situação jurídica, ao efetivar um direito potestativo, cria um dever de observância a essa situação pelo réu. É possível, porém, que o sujeito passivo não observe esse dever, o que "pode dar ensejo à instauração da atividade executiva"; ii) a decisão que determina a anulação de um negócio jurídico, que, a rigor, tem caráter preponderantemente constitutivo negativo, tem como consequência a determinação do retorno ao *status quo ante* ou cria o direito a uma indenização, o que também é passível de execução.⁷¹¹

Didier elenca ainda outros exemplos que demonstrariam que a sentença constitutiva pode também dar ensejo à execução. Não se trataria, porém, de uma decorrência de um ato de vontade do magistrado (*ato jurídico*), mas sim de algo que tem relação com o simples fato de ter sido proferida uma decisão constitutiva com determinadas características. A eficácia executiva, portanto, decorreria do *fato jurídico* consistente na emissão de um provimento jurisdicional que seria o suporte fático de uma prestação. Tratar-se-ia de um “efeito anexo da sentença”.^{712_713}

Tendo em vista essas considerações doutrinárias, necessário se faz tecer algumas linhas argumentativas a respeito da teoria pontiana acerca das eficácias das decisões judiciais, para melhor elucidar algumas ideias. Para Pontes de Miranda, não há nenhuma decisão judicial cuja eficácia seja “pura”. Isso significa que não haveria como se falar em sentença meramente declaratória, constitutiva ou condenatória (ou ainda, para aqueles que, como Pontes, adotam a teoria quinária das ações, não haveria, tampouco, decisões meramente mandamentais ou executivas).⁷¹⁴

As decisões são qualificadas como declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais ou executivas em razão da eficácia preponderante que contêm, isto é, uma das eficácias possui uma “carga” maior que as demais⁷¹⁵. Todavia, as demais eficácias também estariam em alguma medida contidas nos pronunciamentos.

Levando em conta tais premissas, é possível sustentar que as decisões que declaram a existência de todos elementos de uma obrigação, incluindo sua exigibilidade, não poderiam ser

⁷¹¹ DIDIER JR., Fredie. Sentença constitutiva e execução forçada..., p. 169-171.

⁷¹² DIDIER JR., Fredie. Sentença constitutiva e execução forçada..., p. 167.

⁷¹³ A sentença como fato jurídico seria uma decorrência de se atribuí-la efeitos decorrentes de uma outra norma jurídica, não havendo qualquer necessidade de expressa manifestação do magistrado a esse respeito (CALAMANDREI, Piero. *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*. In: Opere Giuridiche. vol. I. Napoli: Morano Editore, 1976. p. 274-275).

⁷¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. t. 1. Campinas: Bookseller, 1998. p. 137.

⁷¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*..., p. 138.

qualificadas como “meramente declaratórias”⁷¹⁶. Partindo de uma classificação pontiana, é possível dizer que esse tipo de provimento jurisdicional tem uma preponderância da eficácia declaratória, mas, ainda assim, há outras cargas eficaciais dela decorrentes.

E, tendo em vista que as decisões condenatórias seriam aquelas que declaram o direito ao crédito, bem como a sanção pelo seu inadimplemento, consistente na possibilidade de instauração da fase de execução⁷¹⁷, é possível sustentar que, se uma decisão “meramente declaratória” reconhece os elementos da obrigação, incluindo sua exigibilidade, e permite sua execução, a rigor ela teria, também, caso se adote uma concepção tradicional de condenação, uma eficácia condenatória⁷¹⁸, ainda que esta não seja sua carga preponderante.⁷¹⁹

Caso se entenda de modo contrário, a rigor, haveria, em certa medida, uma equiparação entre a declaração que reconhece obrigação e a condenação, uma vez que toda decisão condenatória se enquadraria perfeitamente no conceito de decisão declaratória⁷²⁰. Taxonomicamente, portanto, parece mais adequado considerar que as decisões que contenham um reconhecimento a respeito da existência e da exequibilidade de uma obrigação são, em realidade, condenatórias, ou, ao menos, por uma perspectiva pontiana, também possuem uma carga condenatória.

Esse cenário permite que se conclua que a decisão que reconheça uma obrigação, ainda que formalmente seja proferida como declaratória, terá em seu conteúdo, também, ao menos, eficácia condenatória; não se tratará, portanto, de uma decisão “meramente declaratória”.

De toda forma, em termos práticos, seja considerando a decisão que reconhece a existência e a exigibilidade de uma obrigação como condenatória ou como declaratória com uma eficácia condenatória anexa⁷²¹, observa-se que a maneira como se encontra a legislação processual atualmente permite que se conclua que não há necessidade de um elemento formal,

⁷¹⁶ DE ASSIS, ARAKEN. *Manual de execução...*, p. 28.

⁷¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil...*, p. 76.

⁷¹⁸ DE ASSIS, ARAKEN. *Manual de execução...*, p. 28.

⁷¹⁹ Escrevendo sob a égide do CPC/1973, embora discordasse da interpretação conferida ao art. 475-N, Talamini sustentava que, caso se admitisse a interpretação que a doutrina o conferia, ter-se-ia uma eficácia condenatória anexa à decisão meramente declaratória (TALAMINI, Eduardo. “Sentença que reconhece obrigação” como título executivo..., p. 150).

⁷²⁰ Marcelo Abelha observa essa aproximação e sustenta que “restam sensivelmente diminuídas as diferenças entre as sentenças condenatórias e declaratórias que reconhecem a obrigação”. O autor acrescenta, porém, que haveria uma diferença na legislação, na medida em que “a multa pelo inadimplemento da sentença a que alude o art. 523 do CPC (cumprimento de sentença) pressupõe tratar-se de *sentença condenatória*” (ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil...*, p. 171).

⁷²¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: execução...*, p. 69-70.

consistente na utilização do verbo *condenar*, tampouco uma pretensão expressa a esse respeito, para que uma decisão consista em um título executivo judicial.

Basta que a decisão declare os elementos da obrigação (o que, em termos práticos, seria algo muito próximo a utilizar a técnica da condenação) para que lhe seja atribuída a carga de eficácia condenatória, na forma do art. 515, I, CPC. A opção do legislador processual, ao que parece, afasta a necessidade de que haja uma expressa utilização da terminologia tradicional das eficácias das decisões judiciais, mas não afasta, em si, a taxonomia dessas.

Assim, pode-se considerar que a decisão declaratória possa ter, por vezes, uma carga condenatória, o que lhe traria eficácia executiva ou, ainda, que a declaração a respeito de uma obrigação exigível seria, em si, suficiente para configurar uma condenação. Tratam-se de duas opções terminológicas que, em termos práticos, têm poucas diferenças. Mas é possível, em ambos os casos, extrair a conclusão de que aquilo que anteriormente seria considerado como uma mera declaração, despida de aptidão para execução, pode, atualmente, ser entendido como um capítulo decisório dotado de eficácia executiva. Trata-se de conclusão extraível da atual dicção do direito positivo a respeito dessa matéria.

Em relação à sentença constitutiva, é possível que esta tenha, também, eficácia condenatória, caso na decisão haja o reconhecimento de uma obrigação e de sua exigibilidade. Porém, como bem apontou Didier, a eficácia executiva de uma decisão preponderantemente constitutiva pode ser um de seus efeitos anexos⁷²², na medida em que a decisão consista, enquanto um *fato jurídico*, em um suporte fático de uma obrigação.

Nesse cenário, Pontes de Miranda sustenta que, ao se falar de efeitos anexos, estar-se-ia tratando daqueles que se caracterizam por serem “*ope legis*, e não dos consensualmente ou unilateralmente criados”. Por meio dos efeitos anexos, poderia resultar “direito, pretensão ou ação, ou simples poder”.⁷²³

Todo esse contexto, permite que se chegue a duas conclusões. A primeira consiste no fato de que uma decisão formalmente declaratória, poderá, por vezes, conter uma carga ou um elemento condenatório, constituindo, dessa maneira, um título executivo judicial (art. 515, I, CPC). Em razão desse cenário, o capítulo da decisão que contenha tais características, ainda que seja, à primeira vista, declaratório, dará ensejo a uma pretensão executiva, e,

⁷²² DIDIER JR., Fredie. Sentença constitutiva e execução forçada..., p. 167.

⁷²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações...*, p. 229-230.

consequentemente, poderá ser objeto da ação rescisória dos arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC/2015.

Já em relação à eficácia executiva anexa das decisões constitutivas, depreende-se que, por se tratarem de decisões que também darão ensejo, por vezes, a uma pretensão executiva, poderão também ser atacadas por meio da ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade.

Assim, não apenas as decisões formalmente condenatórias ou, para aqueles que adotam a teoria quinária, as mandamentais e executivas *lato sensu*, poderão ser objeto da ação rescisória sob análise. Também as decisões que formalmente sejam declaratórias ou constitutivas poderão ser rescindidas com fulcro em posterior decisão do STF, desde que se tratem de provimentos jurisdicionais aptos a constituírem títulos executivos judiciais, seja por reconhecerem a exigibilidade de uma obrigação de forma expressa ou, ainda, por terem uma eficácia executiva anexa.

4.4. Nível de vinculação necessário entre a norma inconstitucional e a decisão para se rescindir a coisa julgada.

Ao analisar a possibilidade de se rescindir a coisa julgada com base em posterior decisão de inconstitucionalidade, deve-se investigar o nível de vinculação entre a norma inconstitucional aplicada e a decisão que se pretende rescindir. Não é toda aplicação de norma incompatível com a Constituição Federal que ensejará, necessariamente, a rescindibilidade da decisão.

Em primeiro lugar, é importante observar que a norma inconstitucional raramente estará no comando da decisão, mas, via de regra, se localizará em sua fundamentação⁷²⁴. É possível e frequente, porém, que sua aplicação ocorra ao longo do trâmite processual e repercuta diretamente no resultado do processo.⁷²⁵

⁷²⁴ Nesse ponto, Talamini salienta que "[a] parte dispositiva da sentença expressa uma prescrição revestida de autoridade. Não contém um arrazoamento. Daí que apenas excepcionalmente a solução inconstitucional residirá só no comando (p.ex., quando somente no *decisum* surge a determinação da aplicação de uma sanção civil prevista em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal). No mais das vezes, a solução inconstitucional será um antecedente lógico do dispositivo da sentença" (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 465).

⁷²⁵ A esse respeito, Talamini sustenta que em um processo no qual haja proibição da produção de prova testemunhal, era possível, sob a égide do CPC/1973, que fosse desconstituída a decisão, por meio de embargos à execução, com fulcro no art. 741, parágrafo único, desde que "tal violação repercuta sobre a sentença de mérito" (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 465-467).

Na ação rescisória fundada em prova nova, há construção doutrinária interessante que pode ser utilizada, também, feitas as devidas adequações, na análise da demanda rescisória fundada em posterior decisão do Supremo Tribunal Federal. O art. 966, VII, CPC, estabelece que a prova nova obtida pelo autor da ação rescisória deve ser "capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável".

É bem verdade que os critérios interpretativos do dispositivo em questão não podem ser aplicados de maneira exatamente análoga em relação aos arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC. Todavia, alguns de seus vetores interpretativos são úteis também na ação rescisória que compõe o objeto deste trabalho.

Segundo Clarisse Frechiani Lara Leite, a previsão legal do art. 966, VII, CPC, traz uma série de exigências⁷²⁶. Dentre essas, destaca-se para o presente trabalho a insuficiência da prova nova como fundamento rescisório quando esta for apta a demonstrar um fato que consiste em um dos “múltiplos caminhos percorridos para conduzir à conclusão final”.⁷²⁷

Transpondo essa exigência para o âmbito da ação rescisória pautada em posterior decisão de inconstitucionalidade, parece razoável sustentar que, se a norma incompatível com a Constituição for apenas um dos “múltiplos” fundamentos da decisão que se pretende rescindir, de maneira que, mesmo com sua retirada da cadeia do raciocínio decisório, o provimento permaneceria o mesmo, não é possível que o juízo rescindente seja procedente. A questão constitucional deve ser, dessa maneira, “suficiente” para ensejar a mudança do provimento jurisdicional.⁷²⁸

Isso não quer dizer que o afastamento da aplicação da norma inconstitucional deva ensejar, necessariamente, a modificação do resultado do julgamento do mérito, precisando,

⁷²⁶ A autora salienta que a previsão legal gera a consequência de que o elemento probatório deve ser capaz de alterar o julgamento do mérito, “independentemente de elementos adicionais”. Em razão disso, surgem as seguintes consequências: i) “a prova deve mostrar-se adequada diante eventuais exigências de prova legal”; ii) a prova não pode se prestar, apenas, a “gerar dúvida” quanto ao juízo fático; iii) o pedido rescindente não pode se pautar, apenas, em prova que demonstre a não ocorrência de fato “que haja sido demonstrado com diversas provas em sentido contrário no processo de origem”; iv) a prova nova será apta a modificar o julgamento quando houver “múltiplos caminhos percorridos para conduzir à conclusão final” (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Aporte de fatos ao processo e superação de estabilidades processuais*..., p. 307-308).

⁷²⁷ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Aporte de fatos ao processo e superação de estabilidades processuais*..., p. 307-308.

⁷²⁸ Nesse sentido, escrevendo sob a égide do CPC/1973, especificamente no que diz respeito ao art. 741, parágrafo único, Talamini argumentava que “é imprescindível que a questão constitucional seja aspecto suficiente para provocar a mudança ou a supressão da decisão anterior” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*..., p. 467). Seguindo linha de raciocínio semelhante, Ismael Vilas Boas sustenta que uma matéria que o réu poderia sustentar na rescisória sob análise seria que “a decisão rescindenda não se baseia na norma declarada inconstitucional ou não se baseia exclusivamente nela, possuindo outros fundamentos autônomos que permitem a sua subsistência, mesmo com a retirada da norma nula do ordenamento jurídico” (VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão*..., p. 177).

apenas, ter aptidão para tanto. Não é necessário que o Tribunal exerça um juízo de prognose que anteveja o resultado do juízo rescisório, identificado a necessária reversão do julgamento, para que seja possível a desconstituição da coisa julgada. Porém, caso se verifique, ainda no juízo rescindente, que o comando decisório permanecerá necessariamente o mesmo no caso de seu afastamento, o juízo rescindente deve ser de improcedência.

Não é possível, em um juízo de prognose, antever uma inversão do resultado por meio do afastamento da aplicação da norma inconstitucional, uma vez que o magistrado não tem o dever de enfrentar todos os argumentos das partes no julgamento do mérito, mas apenas forem “capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489, §1º, IV, CPC). Dessa maneira, é plenamente plausível que, mesmo que se afaste a norma inconstitucional, no juízo rescisório, venha a se identificar outro fundamento que seja suficiente para manter o julgamento do mérito idêntico ao que foi anteriormente decidido.

A questão constitucional, portanto, deve ter aptidão para modificar o resultado do julgamento, o que se constata na medida em que se verifica se há ou não outros fundamentos que justificam a manutenção da decisão transitada em julgado, mas não se exige uma demonstração de que necessariamente o juízo rescisório virá a ser favorável ao autor da demanda.

Feitas tais considerações, torna-se necessário identificar alguns exemplos suscitados pela doutrina para apreciar o grau de vinculação entre a questão constitucional e a rescindibilidade da decisão. A esse respeito, Eduardo Talamini, escrevendo sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, sustentou que o art. 741, parágrafo único, poderia ser aplicado quando, em um determinado processo, o magistrado aplica “uma lei que proíbe a prova testemunhal”, indeferindo sua produção e, posteriormente, o STF reconhece a inconstitucionalidade da referida norma.⁷²⁹

Nesse caso, tendo sido o mérito julgado desfavoravelmente àquela parte que pleiteou a produção da prova testemunhal, o indeferimento tem aptidão de ter impactado diretamente no julgamento do mérito, na medida em que, caso a referida prova fosse produzida, os fatos alegados pelo prejudicado poderiam ter sido apreciados de maneira diversa. Há, com isso, uma “subordinação lógica” que permite concluir que a decisão foi impactada pela aplicação da norma inconstitucional⁷³⁰. Isso não significa, repita-se, que é necessário se realizar um juízo de

⁷²⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 465.

⁷³⁰ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 467.

antecipação para analisar se a decisão seria inexoravelmente diversa em caso de produção da prova; basta que esta tenha aptidão para tanto para que o juízo rescindente seja julgado procedente.

Todavia, se a norma inconstitucional foi um dos “múltiplos fundamentos” que levou o magistrado a indeferir a produção da prova, havendo outras razões para tanto, não haverá o preenchimento do requisito da suficiência. Isso porque, mesmo com a retirada do preceito normativo incompatível com a Constituição Federal do raciocínio decisório do magistrado, o provimento jurisdicional permanecerá necessariamente intacto, sendo isso, inclusive, aferível por um juízo de prognose.

É o que ocorre, por exemplo, quando o requerimento da produção da prova testemunhal é feito de forma intempestiva, após o decurso do prazo indicado pelo magistrado para indicação das provas que as partes pretendiam produzir. Com isso, mesmo que a norma inconstitucional fosse afastada, a inércia da parte seria um fato jurídico que justificaria o indeferimento da produção da prova, de maneira que a decisão não seria modificada em razão do afastamento da norma inconstitucional.⁷³¹

Outro exemplo trazido pela doutrina consiste na condenação em honorários do autor, em caso de decisão de improcedência das pretensões deduzidas por este em juízo, com base em norma posteriormente declarada inconstitucional pelo STF⁷³². Ismael Villas Boas até mesmo utiliza esse exemplo para sustentar que a ação rescisória consubstanciada em posterior decisão de inconstitucionalidade não seria “limitada ao autor ou ao réu da ação de conhecimento”, podendo ser um mecanismo processual utilizado por ambos.⁷³³

De fato, caso se entenda que a ação rescisória pode ser utilizada também para que o autor vencido afaste os efeitos da sucumbência, o âmbito de incidência desse meio de impugnação poderá beneficiar largamente o sujeito ativo da demanda judicial.

⁷³¹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 467.

⁷³² Talamini trata, especificamente, da ação declaratória de inexigibilidade de tributo, com fundamento em sua inconstitucionalidade, que é julgada improcedente, reputando o tributo constitucional (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 465). Ismael Villas Boas, de maneira mais ampla, fala da possibilidade de o autor sucumbente “fazer uso da ação rescisória para afastar a execução dos honorários e das custas processuais” (VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão...*, p. 190-191).

⁷³³ VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão...*, p. 190.

A esse respeito, algumas considerações precisam ser feitas. A doutrina comumente afirma que a decisão de improcedência tem caráter declaratório⁷³⁴. Para além disso, sabe-se que a verba sucumbencial, ao ser arbitrada em desfavor de uma das partes, consistirá em um “capítulo dependente”, isto é, o magistrado, em regra, é orientado pela forma como foi julgado o capítulo principal, sendo aquele subordinado a este.⁷³⁵

O fato jurídico que leva ao arbitramento da verba honorária, portanto, consiste na sucumbência em relação aos capítulos principais da decisão. Diante dessa consideração, caso se admita a rescisão do capítulo referente aos honorários e às custas em caso de improcedência, há duas possibilidades, do ponto de vista prático: *i)* ou se mantém o capítulo principal da decisão que julgou a demanda improcedente e, conseqüentemente, a despeito da improcedência e de sua condição de sucumbente, o autor não seria condenado a arcar com a verba honorária; *ii)* seria possível, ainda, admitir a modificação do capítulo principal em que a demanda foi julgada improcedente, permitindo-se, portanto, que esta se transmudasse em procedência.

Ambas as possibilidades apresentam alguns inconvenientes. No primeiro caso, o autor da demanda continuaria a ser sucumbente e, ainda assim, não seria condenado a arcar com os honorários do advogado da parte *ex adversa*. Portanto, embora tenha se configurado o fato jurídico apto a gerar a condenação em honorários, esta seria afastada. A norma jurídica que fundamenta esse capítulo da decisão não consiste na norma inconstitucional, mas, em realidade, naquela extraída do art. 85, CPC, e seus respectivos parágrafos.

Caso o capítulo declaratório acerca da improcedência não seja rescindido, o suporte fático da condenação em honorários (sucumbência) e a norma jurídica que a fundamenta (art. 85, CPC) permanecerão intactos, o que leva à conclusão de que não é possível rescindir o capítulo em questão. Não há, a rigor, uma ligação lógica direta entre a aplicação da norma inconstitucional e a sucumbência do autor da demanda que justifique a desconstituição da coisa julgada. Isso, por si só, demonstra um inconveniente da primeira possibilidade interpretativa.

E é importante que se observe, também, que não basta afastar a norma inconstitucional para se chegar à conclusão de que o autor da demanda, necessariamente, não seria sucumbente;

⁷³⁴Sabe-se que parte da doutrina contemporânea, com base na teoria pontiana, sustenta que a decisão de improcedência teria uma “carga eficaz preponderante (ou força sentencial) a declarativa” (DE ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. Improcedência de ação declaratória e sua exequibilidade diante do NCPC. In: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclate Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva. [Coord.]. Improcedência. In: DIDIER JR., Fredie. [Coord. Geral]. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. vol. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 428). Contudo, ainda que se admita que essa decisão possa ter outras cargas eficazes, esta, em regra, não poderá ser executada, ao menos em relação ao capítulo que, especificamente, declara as pretensões autorais improcedentes, de maneira que não se enquadraria na hipótese dos arts. 525, §15 e 535, §8º, CPC.

⁷³⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença...*, p. 51-52.

se mostra necessário, em realidade, realizar uma nova apreciação do capítulo principal⁷³⁶. Isso se justifica na medida em que se deveria verificar se o capítulo principal seria julgado procedente caso essa norma não houvesse sido aplicada. Essa necessidade decorre do fato de que a improcedência poderia se fundamentar em outra razão caso a norma incompatível com a Constituição Federal não fosse aplicada.

A rigor, caso se admita o cabimento da ação rescisória apenas em relação ao capítulo referente aos honorários e às custas, seria necessário realizar um “juízo rescisório hipotético” em relação ao capítulo principal da decisão, para verificar se a demanda seria julgada procedente caso fosse afastada a norma inconstitucional.

É importante que se observe, também, que a segunda hipótese, consistente na possibilidade de se rescindir o capítulo principal e o dependente, se mostra pouco razoável. Como demonstrado anteriormente, a ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade pode ser manejada apenas quando houver a possibilidade de os capítulos que se pretende rescindir sejam executados (*vide* itens 4.3.2.1 e 4.3.2.1.3).

O capítulo de improcedência, todavia, tem eficácia preponderantemente declaratória. Porém, este não declara a existência dos elementos de uma obrigação, tampouco sua exigibilidade, de maneira que não é passível de execução⁷³⁷. Como demonstrado anteriormente, a declaração que pode ser desconstituída com base em posterior decisão de inconstitucionalidade consistirá naquela que certificar os elementos de uma determinada

⁷³⁶ Esse inconveniente não ocorreria no exemplo analisado de forma expressa por Eduardo Talamini, na medida em que o referido jurista trata, especificamente, da rescisão de capítulo que condena em honorários o autor de ação declaratória de inexigibilidade de débito tributário, cuja causa de pedir é a inconstitucionalidade do tributo (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 465). Nesse caso, como o fundamento da inexigibilidade do tributo é sua inconstitucionalidade e o juiz do caso concreto o reputa constitucional, mas, posteriormente, o STF declara sua incompatibilidade com a Constituição Federal, depreende-se que, necessariamente, caso o julgador aplicasse o entendimento de que a norma é inconstitucional, as pretensões autorais teriam sido julgadas procedentes. Continua a haver, porém, o problema decorrente do fato de que a condenação em honorários será afastada, a despeito de o autor ser, na prática, sucumbente, de maneira que o fato jurídico que fundamenta a condenação permanecerá intacto.

⁷³⁷ É bem verdade que parte da doutrina vem defendendo a possibilidade de que a sentença de improcedência nas ações declaratórias negativas seria dotada de eficácia executiva, pois, nesse tipo de demanda, “a procedência e a improcedência do pedido representam o verso e o reverso inseparáveis da mesma moeda”, de maneira que “[o] julgamento de mérito importará necessariamente um juízo de certeza sobre a existência ou sobre a inexistência da obrigação”. A improcedência, portanto, seria o mesmo que a declaração acerca da existência da obrigação cuja declaração de inexistência se pleiteou na demanda (ZAVASCKI, Teori. Executividade das sentenças de improcedência em ações declaratórias negativas. vo. 208. *Revista de processo*, 2012. p. 3). No presente trabalho, porém, adere-se à corrente que sustenta que, estando a coisa julgada adstrita à causa de pedir deduzida pelo autor em sede de petição inicial, nada impediria que, sendo julgada improcedente uma demanda declaratória negativa com fulcro em um fato constitutivo, outra demanda viesse a ser proposta, com o mesmo pedido, mas consubstanciada em outra causa de pedir (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Rejeitar é reconhecer? [estudo sobre a ausência de eficácia executiva das sentenças de improcedência]...*, p. 36). Assim, com a improcedência de uma demanda, não haverá, via de regra, ao menos em relação ao capítulo principal, formação de título executivo.

obrigação, na medida em que importa em uma carga declarativa de um capítulo de repercussão prática (*vide* itens 4.3.2.1 e 4.3.2.1.3). Não é possível, portanto, desconstituí-lo com fulcro nos arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC, a despeito de ter aplicado norma cuja inconstitucionalidade tenha sido reconhecida posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal.

Dessa maneira, caso se pretenda rescindir o capítulo referente aos honorários, bem como o capítulo principal, estar-se-á indo além dos limites estabelecidos pelo texto legal. Por essa razão, não parece adequado admitir, a princípio, a rescisão da decisão em relação a esse capítulo que possui natureza acessória.

Porém, em determinadas situações, há boas razões para permitir que se rescinda a decisão referente aos honorários com base em posterior decisão de inconstitucionalidade. Para isso, é necessário que a norma inconstitucional consista em preceito normativo que tenha sido aplicado especificamente na fundamentação do capítulo referente aos honorários. Nesse caso, poderá haver uma relação lógica direta entre a norma incompatível com a Constituição e a condenação, sem que a questão do fato jurídico da sucumbência se coloque como um impedimento para tanto.

É o que ocorre, por exemplo, em relação à ADI 5.766⁷³⁸, na qual o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionais alguns trechos dos arts. 790-B, *caput* e § 4º e 791-A, §4º, Consolidação das Leis Trabalhistas. O primeiro dispositivo estabelecia que o beneficiário da gratuidade de justiça arcaria com os honorários periciais, caso fosse sucumbente no objeto da perícia, além de ser estabelecido que a União apenas arcaria com essa despesa caso o reclamante não obtivesse créditos em juízo capazes de arcar com esta.

Já o art. 791-A, §4º, estabelecia que a suspensão da exigibilidade das obrigações decorrentes da sucumbência do beneficiário da gratuidade de justiça apenas ocorreria se este não tivesse obtido judicialmente créditos capazes de suportar a despesa.

As previsões em questão foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, sendo possível que tenham sido iniciadas execuções consubstanciadas nesses dispositivos legais, a fim de que honorários periciais e advocatícios fossem cobrados do beneficiário da gratuidade de justiça, sem que fosse possibilitado a este que as despesas em questão ficassem sob condição suspensiva.

⁷³⁸ STF - ADI 5.766. Relator: Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 20/10/2021.

Nesse caso, seria possível que o beneficiário da gratuidade de justiça ajuizasse ação rescisória, antes da satisfação das verbas honorárias, na forma dos arts. 525, §15, e 535, §8º, uma vez que a norma inconstitucional é o fundamento direto da não aplicação da condição suspensiva. A norma incompatível com a Constituição Federal, nessa situação, não é a justificativa de um capítulo declaratório que não pode ser rescindido com base nos dispositivos supramencionados, mas, em realidade, o fundamento direto da decisão do magistrado no que tange à verba honorária.

De maneira semelhante, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.412.069 pelo Supremo Tribunal Federal⁷³⁹, que versará a respeito da possibilidade de arbitramento de honorários sucumbenciais por equidade quando o valor da causa, da condenação ou do proveito econômico forem exorbitantes poderá gerar grandes repercussões no que diz respeito aos arts. 525, §15, e 535, §8º. Isso porque, caso o STF declare a inconstitucionalidade do arbitramento de honorários com base em tal critério, a fundamentação do capítulo da sentença que disser respeito a tal verba e utilize esse parâmetro será inconstitucional, dando ensejo ao cabimento de ação rescisória com base em posterior decisão de inconstitucionalidade.

Haverá, mais uma vez, inconstitucionalidade em norma que está diretamente associada ao capítulo da sentença referente aos honorários, de modo que não são aplicáveis as objeções anteriormente expostas.

De toda forma, o capítulo referente às verbas sucumbenciais, em caso de aplicação de norma inconstitucional no capítulo principal, não será, via de regra, passível de rescisão com fulcro nos arts. 525, §15 e 535, §8º, CPC.

4.5. Relações entre o art. 525, §15, e o art. 966, V, Código de Processo Civil.

O art. 525, §15, como exposto ao longo do presente capítulo, permite a propositura de ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal. O art. 966, V, por sua vez, possibilita que o jurisdicionado proponha essa modalidade de demanda com base em violação manifesta a determinada norma jurídica.

É importante observar que o art. 966, V, acaba por trazer uma amplitude considerável à ação rescisória, uma vez que a violação manifesta à norma jurídica permite que diversas

⁷³⁹ STF - Recurso Extraordinário nº 1412069. Relator: André Mendonça. Pendente de julgamento.

questões meritórias e processuais, que poderiam ter sido discutidas em sede recursal, sejam objeto de debate após a formação da coisa julgada.

A violação manifesta à norma jurídica é equiparável à “violação expressa do direito”, que, nos ordenamentos jurídicos europeus medievais, consistia em uma hipótese de *querela nullitatis*. Liebman, escrevendo sob a égide do CPC/1939, criticou essa possibilidade, argumentando que a ação rescisória teria, nesses casos, “muito de um verdadeiro recurso”.⁷⁴⁰

No direito europeu, aquilo que consistia na “ofensa a direito expresso”, passou a se colocar como uma hipótese de recurso de cassação. No Brasil, porém, há uma dualidade de vias, na medida em que essa matéria pode ser apreciada no âmbito dos recursos extraordinário e especial, bem como da ação rescisória⁷⁴¹. A ação rescisória, com isso, deixou “grande latitude de apreciação para decidir se o error in iudicando tem, no caso concreto, violação do ius in thesi”.⁷⁴²

Tendo em vista a relação de ambas as modalidades de rescisória e a noção de incompatibilidade com uma determinada norma jurídica, parte da doutrina busca equiparar os dispositivos em questão, sustentando que o art. 525, §15, cuidar-se-ia de uma hipótese de ação rescisória por manifesta violação à norma jurídica constitucional. Sua diferença, porém, consistiria no fato de se tratar de uma regra especial, por prever prazo diverso da regra geral do art. 975, CPC, mas sem que se cuidasse propriamente de uma hipótese diversa daquela já prevista no art. 966, V, e sim de uma norma especial no que diz respeito ao prazo para sua propositura.⁷⁴³

Há, porém, elementos normativos que permitem concluir que a hipótese rescisória em questão, em realidade, seja efetivamente nova e, portanto, traz uma causa de pedir diversa que poderá ser deduzida em juízo pelo jurisdicionado para a propositura dessa modalidade de demanda. O art. 966, V, exige que haja uma violação manifesta de norma jurídica, ao passo em que o 525, §15, exige que haja uma posterior decisão do STF, de caráter vinculante, que esteja em descompasso com a decisão que se pretende rescindir.⁷⁴⁴

⁷⁴⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. Instituições do direito comum no processo civil brasileiro. Tradução: Eduardo Henrik Aubert. vol. 293. *Revista de Processo*, 2019. p. 12-14.

⁷⁴¹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 277.

⁷⁴² LIEBMAN, Enrico Tullio. Instituições do direito comum no processo civil brasileiro..., p. 14.

⁷⁴³ TALAMINI, Eduardo. Os pronunciamentos do STF sobre questões constitucionais e sua repercussão sobre a coisa julgada..., p. 380.

⁷⁴⁴ GONÇALVES, Marcelo Barbi. Diretivas para a rescisão da coisa julgada face a posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal..., p. 352.

Dessa forma, o art. 525, §15, não exige que haja uma violação à norma jurídica que seja de caráter manifesto, de maneira que basta que haja uma posterior decisão vinculante do STF para que a rescisória possa ter êxito. Nessa modalidade de ação rescisória, portanto, não será discutido o grau de evidência da violação à norma jurídica; bastará, apenas, analisar se há decisão vinculante do STF posterior ao trânsito em julgado da ação rescindenda.

A exigência do art. 966, V, de que a violação à norma jurídica seja manifesta traz como consequência o fato de que não haverá causa justificadora da rescisão da coisa julgada quando a decisão for pautada em uma dentre as interpretações controvertidas do enunciado normativo⁷⁴⁵. Há, desse modo, uma limitação, evidenciada pela Súmula 343, STF, que impede a propositura de ação rescisória com base em manifesta violação à norma jurídica, quando a interpretação do texto legal for controvertida pelos tribunais, conforme analisado no item 3.5.1.3.1.⁷⁴⁶

O vetor interpretativo da Súmula 343, porém, não é aplicável aos arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC, pois, na previsão do texto legal, não se exige que haja manifesta violação à norma jurídica (*vide* item 3.5.1.3.1)⁷⁴⁷. Estender o mesmo critério hermenêutico aos dispositivos sob análise não se justifica, na medida em que não se exige uma violação normativa semelhante àquela que é prevista no art. 966, V, CPC.

É importante observar que, quando se trata de ação rescisória, muitas vezes, causas de pedir que a princípio seriam questões de direito (causa de pedir próxima), na verdade compõem a causa de pedir fática da demanda⁷⁴⁸. Isso, em certa medida, pode ser uma decorrência do fato de que a ação rescisória dá ensejo a um processo cujo objeto consiste na desconstituição e na modificação de uma outra decisão judicial. De toda forma, a análise da questão de fato que

⁷⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade...*, p. 82.

⁷⁴⁶ Não é, porém, qualquer controvérsia que afasta tal hipótese de ação rescisória. Como bem aponta Barbosa Moreira, “não parece razoável afastar a incidência do art. 485, nº V, só porque dois ou três acórdãos infelizes, ao arrepio do entendimento preponderante, hajam adotado interpretação absurda, manifestamente contrária ao sentido da norma” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 5. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2002. *E-book*. p. 82).

⁷⁴⁷ Em sentido semelhante, Ismael Villas Boas sustenta que o fato de a ação rescisória do art. 525, §15, não exigir violação manifesta à norma jurídica a afasta da hipótese do art. 966, V, e, além disso, permite concluir que a Súmula 343, STF, não é aplicável àquela (VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão...*, p. 219).

⁷⁴⁸ A esse respeito, Barbosa Moreira sustenta que várias das hipóteses de ação rescisória são previstas na lei por meio de “conceitos jurídicos”, tais como “prevaricação, concussão, corrupção, impedimento, incompetência absoluta, coisa julgada etc” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória*. Temas de direito processual – Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 207).

constituirá a causa de pedir não depende, propriamente, de sua *facticidade*, mas sim dos elementos que compõem os pressupostos do efeito jurídico que se pretende produzir.⁷⁴⁹

A causa de pedir fática ou remota da ação rescisória do art. 966, V, portanto, consistiria no fato de ter ocorrido uma violação manifesta a norma jurídica em um determinado processo. Já no caso do art. 525, §15, esta consistiria na existência de uma posterior decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal. Esses seriam os pressupostos para a pretendida rescisão da coisa julgada, isto é, para o efeito jurídico que se busca por intermédio da demanda.

Esse cenário evidencia que há uma diferença entre ambas as hipóteses de ação rescisória, não apenas em relação ao prazo aplicável, mas, também, no que diz respeito aos seus fundamentos. A hipótese do art. 525, §15, tem como “parâmetro de controle o direito jurisprudencial oriundo do STF”⁷⁵⁰. Não há exigência, porém, de que haja uma “violação manifesta” à norma jurídica, ao contrário da previsão legal do art. 966, V, CPC.

A despeito das características diversas das hipóteses de ação rescisória supramencionadas, é possível que haja uma série de interações entre essas, em especial quando a manifesta violação à norma jurídica se referir a matéria constitucional. Dessa maneira, é importante analisar como se dá a relação entre as duas hipóteses.

4.5.1. Possibilidade de convergência de prazos rescisórios diversos.

Embora as ações rescisórias dos dispositivos supramencionados constituam causas de pedir diversas para que o jurisdicionado ajuíze sua demanda, é possível verificar uma aproximação entre essas. Isso poderá ocorrer quando os tribunais majoritariamente interpretarem uma norma jurídica de determinada forma, ainda que não haja decisão vinculante do STF a esse respeito e, no julgamento de um caso concreto, aplica-se interpretação diversa, incompatível com a Constituição Federal.

Nesse exemplo, haverá violação a interpretação de norma constitucional que não é controvertida, sendo, portanto, uma inobservância manifesta à sua correta interpretação "contemporânea à formação da coisa julgada", de maneira que dará ensejo ao cabimento de ação rescisória, com fulcro no art. 966, V, CPC.⁷⁵¹

⁷⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória...*, p. 208.

⁷⁵⁰ GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Diretivas para a rescisão da coisa julgada face a posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal...*, p. 352.

⁷⁵¹ GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Diretivas para a rescisão da coisa julgada face a posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal...*, p. 353.

Caso o STF venha, posteriormente, a decidir pela inconstitucionalidade da norma aplicada no caso concreto, por meio de um provimento vinculante, haverá cabimento, também, da ação rescisória do art. 525, §15.

Dessa forma, haverá o cabimento de duas modalidades de ação rescisória, com causas de pedir semelhantes, o que poderá suscitar algumas dúvidas. É necessário investigar se o fato de já ser cabível ação rescisória com base no art. 966, V, CPC, poderia, de alguma maneira, limitar o cabimento da ação rescisória do art. 525, §15.

Nesse ponto, é importante observar, como bem destaca José Carlos Barbosa Moreira, que a cada fundamento de ação rescisória "corresponde uma possível causa de pedir"⁷⁵². Dessa maneira, a ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade constitui um fundamento rescisório e, conseqüentemente, uma causa de pedir, ao passo em que o art. 966, V, CPC, constitui outro fundamento que poderá ser deduzido pelo autor em juízo. Esse raciocínio se justifica, ainda que haja semelhança entre as causas de pedir em questão.

E, realmente, como demonstrado no item 4.5, há uma diversidade de fundamentos, não sendo o art. 525, §15, apenas uma regra especial em relação ao art. 966, V. O primeiro dispositivo permite a propositura de demanda rescisória quando a decisão transitada em julgado estiver em descompasso com posterior decisão vinculante do STF; o segundo, por sua vez, exige que haja uma manifesta violação a norma jurídica.⁷⁵³

A rigor, portanto, embora se tratem de fundamentos rescisórios próximos, na medida em que ambos versam a respeito de violação a norma jurídica constitucional, as causas de pedir são diversas. Tratando-se de espécies de rescisória com regimes jurídicos diversos, não se vê, em um primeiro momento, problemas com a possibilidade de que o jurisdicionado tenha dois prazos diversos para a propositura de sua demanda.

Não se tratará, propriamente, de um novo prazo para a propositura de ação rescisória, até porque o prazo para a suscitação da posterior decisão de inconstitucionalidade somente começa a fluir a partir do trânsito em julgado da decisão do STF. Antes disso, a causa de pedir em questão nem mesmo pode ser veiculada em juízo, na medida em que o parâmetro para fundamentar a propositura de ação rescisória ainda não existe.

⁷⁵² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória...*, p. 205.

⁷⁵³ GONÇALVES, Marcelo Barbi. Diretivas para a rescisão da coisa julgada face a posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal..., p. 352.

Então, não obstante se tratem de causas de pedir semelhantes, na medida em que ambas se pautam na aplicação de norma inconstitucional, há elementos que as diferenciam, de maneira que não há problemas na existência de dois prazos rescisórios.

Haverá diferenças também no que diz respeito aos capítulos que poderão ser atingidos por meio de cada uma das modalidades de ação rescisória. Nos arts. 525, §15, e 535, §8º, apenas os capítulos de repercussão prática, isto é, aqueles passíveis de execução, poderão ser atacados (*vide* item 4.3.2.1). Na ação rescisória do art. 966, V, por sua vez, há uma autorização de “ampla revisão da integralidade da sentença”, não se observando as mesmas limitações existentes em relação ao dispositivo anterior.⁷⁵⁴

Dessa maneira, na confluência de prazos rescisórios, se o jurisdicionado tiver a intenção de desconstituir, também, capítulos que não possuam eficácia executiva, deverá manejar ação rescisória com base em manifesta violação à norma jurídica. Porém, caso a demanda rescisória fundamente-se em norma posteriormente declarada inconstitucional, mas, à época da formação da coisa julgada não havia convergência interpretativa pelos tribunais, será possível aplicar apenas os arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC, afastando-se, destarte, a incidência do art. 966, V, haja vista o fato de que a violação à norma jurídica não poderia se qualificar, nesse caso, como manifesta.

4.5.2. Coisa julgada, litispendência e conexão entre as duas modalidades de ação rescisória.

Partindo da premissa de que cada fundamento de ação rescisória constitui uma causa de pedir diversa, depreende-se que, se a parte propuser uma demanda voltada a desconstituir a coisa julgada com fulcro em mais de um fundamento legal, haverá, em realidade, uma cumulação de demandas⁷⁵⁵. As diversas razões para propositura de ação rescisória, porém, não podem ser conhecidas de ofício pelo tribunal, tendo o autor o ônus de deduzi-las ao propor sua demanda⁷⁵⁶. É plausível admitir, inclusive, cumulação de demandas no âmbito dos arts. 525, §15, e 966, V, na medida em que se cuidam de fundamentos rescisórios diversos. Ainda que o

⁷⁵⁴ VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão...*, p. 216.

⁷⁵⁵ Nesse ponto, Barbosa Moreira argumenta que “[q]uando alguém pede a rescisão de sentença com invocação de dois ou mais fundamentos, na realidade está propondo duas ou mais ações rescisórias cumuladas” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória...*, p. 205).

⁷⁵⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória...*, p. 152.

pedido possa ser coincidente, haverá, a rigor, causas de pedir diversas, o que justifica a ideia de que se tratará de uma cumulação.

Todavia, por se tratar de uma ação autônoma de impugnação, e não de um recurso, a rescisória pode ser proposta sem que haja o ônus de que o autor deduza todas as alegações em sede de petição inicial, não havendo a configuração de preclusão consumativa. É possível, com isso, desde que observados os prazos legais, propor outra ação rescisória com base em outros fundamentos⁷⁵⁷. Da mesma maneira que o autor pode propor novas demandas rescisórias com base em causas de pedir anteriormente não suscitadas, também é possível pleitear, em ações diferentes a desconstituição de capítulos diversos.

Isso se justifica com base na ideia de que a propositura de uma nova demanda não pode ser obstada quando a causa de pedir é diversa daquela deduzida em processo anterior, ainda que o pedido seja o mesmo, haja vista que estar-se-á diante de demandas diferentes (*vide* item 1.3.2.2).

Dessa maneira, a coisa julgada formada em uma ação rescisória fundada em manifesta violação a norma jurídica (art. 966, V), sob o fundamento de que houve violação a norma constitucional cuja interpretação não era controvertida, não obsta a propositura de outra ação, com fulcro no art. 525, §15, cujo fundamento é o fato de ter havido uma posterior decisão do Supremo Tribunal Federal.⁷⁵⁸

De toda forma, o resultado das ações rescisórias em questão poderá, de alguma maneira, obstar a propositura de outra ação em que também se discuta a aplicação de norma inconstitucional. Isso ocorrerá quando, no juízo rescindente, se identificar que houve aplicação de norma manifestamente inconstitucional (art. 966, V, CPC) ou que houve pronunciamento incompatível com posterior decisão do STF (art. 525, §15, CPC), mas, no juízo rescisório, identificar-se que, mesmo com o afastamento da norma suscitada, a decisão não seria modificada.

⁷⁵⁷ A esse respeito, Flávio Yarshell sustenta que "[t]ratando-se de uma ação, e não de um recurso, não há para o interessado o ônus de concentrar na demanda todas as alegações que possam servir de fundamento à rescisória (embora seja de se presumir que o faça). Dessa forma, havendo tempo hábil para tanto, nada impede que diferentes vícios da sentença sejam objeto de alegação em diferentes ações rescisórias" (YARSELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória...*, p. 152).

⁷⁵⁸ A respeito da coisa julgada no âmbito da ação rescisória, Araken de Assis sustenta que "[a] questão principal decidida no juízo rescindente, e que se tomará indiscutível no presente e no futuro surgirá da controvérsia travada pelas partes em torno da *causa petendi* e do pedido, os elementos objetivos que individualizaram a pretensão à rescisão (art. 337, §2.º, CPC)" (DE ASSIS, Araken. *Ação rescisória...*, p. 597).

Nesse caso, a coisa julgada formada no juízo rescisório terá o mesmo comando, mas o fundamento jurídico utilizado será outro. Dessa forma, não será possível que a parte proponha outra demanda, suscitando o fundamento da aplicação de norma inconstitucional. Isso porque, se houver o entendimento de que o afastamento da norma manifestamente inconstitucional não altera o mérito da decisão rescindenda (art. 966, V, CPC), não haverá mais uma decisão pautada em norma posteriormente declarada inconstitucional pelo STF (art. 525, §15, CPC), na medida em que a fundamentação da decisão se alterará.

Da mesma maneira, caso se entenda que o afastamento da norma posteriormente reputada inconstitucional pelo STF não alterará o mérito da decisão rescindenda, não será possível, posteriormente, desconstituir a decisão sob o fundamento de que a norma aplicada é manifestamente inconstitucional, uma vez que esta foi afastada e, ainda assim, o provimento jurisdicional teve sua decisão de mérito mantida.

A rigor, caso o jurisdicionado propusesse ação rescisória com base em um dos fundamentos acima elencados, obtivesse êxito no juízo rescindente, mas não no rescisório, e, posteriormente, propusesse outra demanda, o juízo rescindente do segundo processo não deverá ser julgado favoravelmente ao autor da ação.

O óbice identificado, porém, não consistirá na objeção de coisa julgada, mas sim no fato de que a violação suscitada pelo jurisdicionado não restará configurada no caso concreto, uma vez que a aplicação da norma inconstitucional foi afastada, de maneira que o juízo rescindente não poderá ser procedente.

Caso por outro lado o juízo rescisório fosse favorável ao jurisdicionado, este não teria interesse de agir em relação à propositura de outra demanda com causa de pedir diversa e pedido idêntico. Esse cenário permite concluir que, a princípio, a possibilidade de se manejar ambas as ações rescisórias sob análise apenas ocorrerá quando o juízo rescindente da primeira for desfavorável ao autor. Caso, porém, o tribunal chegue ao juízo rescisório, invariavelmente haverá a configuração de óbices para a propositura de outra demanda.

De toda forma, a coisa julgada não poderá ser, em regra, um óbice para a propositura de ação rescisória com um dos fundamentos supramencionados, quando a outra causa de pedir houver sido anteriormente suscitada em juízo, uma vez que, a rigor, tratar-se-ão de demandas diversas, não podendo ser obstadas pela *res judicata*.

De maneira semelhante, depreende-se que as ações rescisórias dos arts. 525, §15, e 966, V, não induzem litispendência uma em relação à outra, uma vez que não se tratam de repetição

de demandas (art. 337, §1º e §3º, CPC), na medida em que, embora possam ter as mesmas partes e pedidos, terão, necessariamente, causas de pedir diferentes.⁷⁵⁹

Não obstante, ainda assim, haveria conexão entre as demandas pois ambas teriam o mesmo pedido (art. 55, CPC), feita a ressalva de que, em relação ao art. 525, §15, haveria uma limitação maior no que diz respeito aos capítulos que poderiam ser objeto de impugnação e, conseqüentemente, de serem desconstituídos.

Em razão da correspondência de pedidos entre ambas as demandas, deve-se, por consequência, reuni-las caso tramitem simultaneamente, a fim de que o seu julgamento se desse de maneira conjunta, conforme dispõe o art. 55, §1º, CPC.⁷⁶⁰

4.6. Conclusões parciais.

O presente capítulo buscou investigar, de forma detalhada, as decisões que seriam rescindíveis mediante a ação rescisória dos arts. 525, §15 e 535, §8º, bem como os limites para a sua propositura. Diante das ideias desenvolvidas, chegou-se às seguintes conclusões parciais:

1. Em regra, a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado e o reconhecimento incidental de incompatibilidade de determinada norma com a Constituição, veiculado em precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal, gerará a rescindibilidade das decisões transitadas em julgado que aplicaram o preceito normativo, salvo nos casos de modulação de efeitos que exclua a coisa julgada da projeção retrospectiva do provimento da Corte Constitucional.
2. As decisões vinculantes do STF que reconheçam a constitucionalidade de uma norma também têm aptidão para ensejar a rescindibilidade das decisões que deixaram de aplicar, pelo fato de reputá-la inconstitucional, observando, também, a ressalva feita em relação à modulação de efeitos.

⁷⁵⁹ A esse respeito, Barbosa Moreira argumenta que [a] existência de uma ação rescisória em curso, com fundamento na violação da norma N, não cria empecilho a que se proponha outra ação rescisória, entre as mesmas partes, fundada na violação a norma N'. Não procederá a objeção de litispendência, porque diferentes as causas de pedir" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória...*, p. 212).

⁷⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória...*, p. 212.

3. Nos casos em que o STF utilizar a técnica da interpretação conforme à Constituição, se a decisão transitada em julgado tiver aplicado a interpretação da norma que é reputada como inconstitucional, será esta passível de rescisão, a fim de que seja aplicada a opção constitucional; se for aplicada a interpretação constitucional, o provimento não será rescindível; se, porém, for afastada a aplicação da norma, por reputá-la inconstitucional, será possível rescindir a decisão, a fim de aplicar a interpretação constitucional.
4. Caso tenha havido declaração de não-recepção de determinada norma anterior à vigência da Constituição Federal, por meio de ADPF, será possível rescindir as coisas julgadas que eventualmente tenham a aplicado, por considerá-la recepcionada.
5. Quando se reconhecer a inconstitucionalidade superveniente de uma norma, decorrente da alteração do contexto fático-social, no caso de sua aplicação, deve-se verificar se, no momento em que o caso concreto ocorreu a norma já era ou não inconstitucional. Caso a norma fosse incompatível com a Constituição naquele momento, tendo sido aplicada, surge a rescindibilidade da decisão; caso, por outro lado, a norma ainda fosse constitucional, tendo sido aplicada, não há rescindibilidade.
6. No caso da norma em trânsito para a inconstitucionalidade, como esta ainda é compatível com a Constituição, em caso de seu afastamento no caso concreto, estar-se-á deixando de aplicar uma norma constitucional, o que dá ensejo à ação rescisória; caso, porém, a norma não seja aplicada, não haverá que se falar em rescindibilidade.
7. A possibilidade de se rescindir a coisa julgada a qualquer tempo, mediante posterior decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, viola a segurança jurídica, em especial em sua dimensão da *confiabilidade*, haja vista o fato de que o jurisdicionado não tem parâmetros e balizas para identificar a partir de quando a decisão transitada em julgado não será mais impugnável. Não há, tampouco, um ambiente de superação de estabilidades argumentativamente controlável, o que levaria à insegurança jurídica dessa opção interpretativa.
8. Pelo fato de os arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC, estarem inseridos na sistemática da impugnação ao cumprimento de sentença e por fazerem menção expressa ao cabimento de ação rescisória contra “decisão exequenda”, quando houver posterior decisão de inconstitucionalidade, depreende-se que apenas as decisões que ainda são passíveis de

execução poderão ser atacadas por essa modalidade de ação rescisória. Estão excluídos dessa demanda, portanto, os capítulos da decisão que ainda já foram satisfeitos voluntariamente ou mediante execução, bem como aqueles que não exigem uma fase de execução para serem satisfeitos, que, via de regra, consistem nos capítulos constitutivo e declaratório.

9. Essa hipótese de ação rescisória, que possui influência do §79, nº 2, Lei do Tribunal Constitucional alemão, trata de forma diferente os capítulos que não precisam mais passar pela fase de execução e aqueles que ainda precisam passar por esse módulo processual. Essa ideia se justifica pelo fato de que as decisões que já produziram seus efeitos de forma plena devem gozar de um maior grau de proteção, visto que seu desfazimento seria demasiadamente sacrificante ao jurisdicionado. O mesmo sacrifício, porém, não existe quando o provimento ainda não produziu seus efeitos de forma plena no plano fático.
10. Caso a decisão já tenha sido parcialmente satisfeita, a parcela já executada não poderá ser desconstituída pela ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade. A parte ainda não executada da decisão, por outro lado, poderá ser desconstituída por meio desse meio de impugnação.
11. Mesmo que o credor não tenha ainda iniciado a fase do cumprimento de sentença, caso haja posterior decisão de inconstitucionalidade, terá o devedor interesse de agir para a propositura da ação rescisória, a qual pode ser ajuizada enquanto perdurar a pretensão executiva.
12. O capítulo da decisão passível de rescisão com base em posterior decisão de inconstitucionalidade pode ser declaratório, constitutivo, condenatório e, para aqueles que adotam a teoria quinária da ação, também mandamental e executivo *lato sensu*. Ainda que os dois primeiros não sejam tradicionalmente vistos como capítulos que podem ter repercussão prática, com a atual conformação do direito positivo brasileiro, toda decisão que reconheça os elementos de uma obrigação tem aptidão para tanto (art. 515, I, CPC). Dessa forma, todas as modalidades de eficácia das decisões podem ser executadas e, destarte, têm a possibilidade de serem passíveis de rescisão com base em posterior decisão de inconstitucionalidade, especificamente em relação ao seu elemento prático.

13. Para que seja possível rescindir a coisa julgada com base em posterior decisão do Supremo Tribunal Federal, é necessário que a norma inconstitucional não seja apenas um dos múltiplos fundamentos da decisão. Caso se constate que, mesmo com o afastamento da norma inconstitucional, a conclusão da decisão rescindenda permanecerá intacta, necessário se faz julgar improcedente a ação rescisória.
14. A norma inconstitucional, para ser utilizada como fundamento da ação rescisória sob análise, poderá ter sido aplicada tanto na decisão que se pretende rescindir, quanto em outras proferidas ao longo do processo, desde que, com seu afastamento, seja possível que verificar que o julgamento da demanda poderia ter sido diverso.
15. Os capítulos da decisão referentes aos honorários e às custas processuais, via de regra, não serão rescindíveis quando a norma aplicada no capítulo principal da decisão de improcedência for reputada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que não há um vínculo lógico direto entre esta e a condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais, a qual, em realidade, decorre da mera condição de sucumbente. Caso, porém, a norma inconstitucional tenha sido aplicada no próprio capítulo referente aos consectários de sucumbência, será possível rescindi-lo, com base nos arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC.
16. As ações rescisórias dos arts. 525, §15, e 966, V, CPC, possuem causas de pedir diversas, pois, enquanto a primeira exige que haja posterior decisão de inconstitucionalidade, a segunda tem como condição de aplicação a existência de uma manifesta violação a norma jurídica. Dessa forma, no caso da primeira modalidade, não há exigência de que o preceito normativo seja violado de maneira manifesta.

5. Modulação de efeitos e rescindibilidade da decisão que aplica norma cuja inconstitucionalidade é posteriormente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

5.1. Considerações iniciais e delimitação do objeto do capítulo.

O presente capítulo tem por objetivo investigar as interações entre a técnica da modulação de efeitos e a rescindibilidade das decisões que apliquem normas cuja inconstitucionalidade seja posteriormente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Em um primeiro momento, será analisado, especificamente, como a modulação de efeitos realizada pelo próprio Supremo Tribunal Federal pode impactar na rescindibilidade das coisas julgadas já formadas.

Em sequência, será investigada a possibilidade de se modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal *in concreto*, isto é, no julgamento da própria ação rescisória, por meio da aplicação dos arts. 525, 13, e 535, § 6º, Código de Processo Civil.

Para além disso, buscar-se-á identificar quais critérios podem ser utilizados no julgamento do caso concreto para que a coisa julgada seja preservada, mesmo diante do cabimento de ação rescisória com fulcro em posterior decisão do Supremo Tribunal Federal.

5.2. Modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal.

Como visto anteriormente, no direito brasileiro, a declaração de inconstitucionalidade ou o reconhecimento incidental de que uma determinada norma é inconstitucional produz, nas decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal, em regra, efeitos *ex tunc* e *erga omnes* (vide item 3.3). Os provimentos jurisdicionais que produzem tais efeitos constituiriam decisões de controle de constitucionalidade de “natureza simples”, ou seja, seguiriam os parâmetros gerais estabelecidos pelo direito positivo.⁷⁶¹

Porém, no âmbito dos tribunais superiores dos ordenamentos jurídicos, costuma-se muitas vezes a se falar de “decisões manipulativas”, que estão “a meio caminho entre decisões de mera procedência e de mera improcedência”⁷⁶². Esse tipo de mecanismo de julgamento é

⁷⁶¹ DE MORAIS, Carlos Blanco. As sentenças com efeitos aditivos. In.: MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 15.

⁷⁶² FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidade, limites e parâmetros*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 43.

utilizado para alterar os efeitos ou o conteúdo que o direito positivo a princípio estabelece para uma determinada modalidade de decisão.⁷⁶³

A doutrina sustenta, em geral, que há duas modalidades de decisões manipulativas, quais sejam: *i)* decisões manipulativas em sentido amplo; *ii)* decisões manipulativas em sentido estrito.

As decisões manipulativas em sentido amplo englobariam as sentenças interpretativas, isto é, aquelas em que, no julgamento do mérito da demanda, a Corte Constitucional exclui uma ou algumas opções hermenêuticas do enunciado normativo, o interpretando conforme à Constituição Federal⁷⁶⁴⁻⁷⁶⁵. Nesse tipo de decisão, o caráter manipulativo estaria ligado ao conteúdo da norma, na medida em que este é restringido por meio da técnica de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.⁷⁶⁶

Já as decisões manipulativas em sentido estrito se diferenciariam da primeira espécie pelo fato de não se limitarem à redução do alcance do sentido da norma, "procedendo a uma reelaboração mais intensa desse conteúdo prescritivo"⁷⁶⁷. Essa modalidade pode ser dividida também em algumas subespécies. A primeira consiste na decisão aditiva, que tem por característica declarar a inconstitucionalidade de uma norma e, posteriormente, reconstruí-la "à luz dos parâmetros constitucionais", acrescentando conteúdo ao seu enunciado normativo originalmente introduzido na ordem jurídica pelo legislador⁷⁶⁸. Com o acréscimo feito pelo órgão julgador, a norma anteriormente inconstitucional passa a ser constitucional.⁷⁶⁹

O surgimento doutrinário da técnica de decisão manipulativa aditiva decorreria, segundo Carlos Blanco de Moraes, de omissões legislativas que levassem a violação de direitos fundamentais "associada à ausência de previsão normativa para lidar com esse tipo de

⁷⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*..., p. 1.017.

⁷⁶⁴ FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidade, limites e parâmetros*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 48.

⁷⁶⁵ Seriam impostas "aos operadores e destinatários do sistema jurídico determinadas variantes interpretativas ou efeitos, em detrimento de outros que, *prima facie*, deles também se poderiam extrair" (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 213).

⁷⁶⁶ FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro*..., p. 49.

⁷⁶⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 220.

⁷⁶⁸ FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro*..., p. 53.

⁷⁶⁹ Parte da doutrina sustenta que mecanismos como as decisões aditivas não seriam aplicáveis à ordem jurídica brasileira, em decorrência do "sistema sancionatório constitucionalmente estruturado", de maneira que seria recomendável a utilização da técnica do "diferimento dos efeitos temporais da decisão (eficácia pro futuro)" em caso de omissões relevantes na ordem jurídica pátria (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*..., p. 226).

situação"⁷⁷⁰. Dessa forma, a simples retirada da norma do ordenamento jurídico seria insuficiente para sanar a omissão inconstitucional, mostrando-se necessária sua reconstrução, a fim de que direitos fundamentais fossem preservados.

As decisões manipulativas também podem ser substitutivas, que consistem nos provimentos jurisdicionais proferidos quando parte de um enunciado normativo é considerado inconstitucional, mas é possível substituí-lo por outra construção textual, de modo a tornar a norma decorrente da interpretação do dispositivo constitucional.⁷⁷¹

A diferença entre a decisão aditiva e a substitutiva, portanto, reside no fato de que naquela o acréscimo feito ao enunciado normativo decorre de uma omissão que torna a norma inconstitucional, de maneira que o órgão julgador a complementa, sanando o vício em questão; nesta, por outro lado, a existência de um determinado trecho do texto normativo é o que o torna inconstitucional, de maneira que sua remoção e a inserção de outros termos compatibiliza o enunciado com a Carta Magna.⁷⁷²

Segundo Carlos Blanco de Moraes, para além das situações acima expostas, a modulação de efeitos também estaria inserida dentro do gênero das decisões manipulativas. Isso se verifica na medida em que a modulação de efeitos seria a "manipulação temporal da eficácia sancionatória"⁷⁷³, de maneira que, a rigor, a própria norma inconstitucional também estaria tendo seus efeitos manipulados. Para o autor, tanto na modulação temporal dos efeitos quanto nas decisões manipulativas que impactam no conteúdo da norma haveria, em última análise, "vocação transformadora das sentenças manipulativas examinadas relativamente aos efeitos das normas impugnadas".⁷⁷⁴

A modulação de efeitos seria uma ferramenta para se atacar o conteúdo da norma no âmbito do controle de constitucionalidade, mas, ao mesmo tempo, preservar parte da "eficácia executiva" da norma, isto é, as repercussões que esta eventualmente tenha produzido no plano concreto.⁷⁷⁵

⁷⁷⁰ DE MORAIS, Carlos Blanco. As sentenças com efeitos aditivos..., p. 28.

⁷⁷¹ FERNANDES, André Dias. *Modula o de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro...*, p. 58.

⁷⁷² FERNANDES, André Dias. *Modula o de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro...*, p. 58.

⁷⁷³ DE MORAIS, Carlos Blanco. As sentenças com efeitos aditivos..., p. 20-21.

⁷⁷⁴ DE MORAIS, Carlos Blanco. As sentenças com efeitos aditivos..., p. 21.

⁷⁷⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modula o de efeitos na altera o da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. *E-book*. p. 40.

É evidente, destarte, que a modulação de efeitos se insere em um cenário mais amplo de decisões que exigem uma atuação criativa do órgão julgador, realizando um juízo de proporcionalidade, a fim de averiguar se "a supremacia da Constituição e a isonomia" devem prevalecer, de modo que a eficácia da decisão seja retroativa, ou se esses princípios devem ceder a "outros valores constitucionais também relevantes", como a segurança jurídica e a boa-fé.⁷⁷⁶

A possibilidade de modulação de efeitos, no ordenamento jurídico brasileiro, está expressamente prevista no art. 27 da Lei 9.868/1999. Mas, em realidade, o dispositivo em questão apenas explicita algo que já poderia ser extraído por meio do princípio da proporcionalidade⁷⁷⁷⁻⁷⁷⁸. Afinal, considerando que a retroatividade de uma decisão pode dar ensejo a violações a princípios de matriz constitucional, a ponderação coloca-se como ferramenta que constitui consectário lógico da adoção de um ordenamento em que há vários princípios de igual hierarquia constitucional. O direito positivo, portanto, apenas explicita com o art. 27 algo que já poderia ser extraído de sua sistemática.

A modulação de efeitos coloca-se, nesse contexto, como um mecanismo que confere “funcionalidade” à segurança jurídica, garantindo sua preservação em casos nos quais a eficácia retrospectiva do controle de constitucionalidade pode mostrar-se lesiva ao jurisdicionado, haja vista sua legítima confiança.⁷⁷⁹

Para além disso, a previsão legal da possibilidade de modulação de efeitos reforça a ideia de que a decisão de inconstitucionalidade produz, em regra, efeitos retroativos, podendo sua eficácia ser restringida apenas mediante expressa decisão.⁷⁸⁰

Destaca-se que a modulação não é possível apenas nos casos em que haja o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma, mas, também, quando esta for considerada constitucional, desde que "para preservar efeitos de atos praticados à época em que se supunha por força de firme orientação jurisprudencial, ser inconstitucional o ato

⁷⁷⁶ TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 199.

⁷⁷⁷ Nesse ponto, Talamini afirma que "[o] dispositivo apenas explicita a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade por ocasião do controle das normas em via abstrata" TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 199.

⁷⁷⁸ Em sentido semelhante, Teresa Arruda Alvim sustenta que "a modulação de efeitos deve ser considerada como permitida pelo sistema, mesmo não havendo texto legal dispondo expressamente a respeito" (ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação de efeitos na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes...*, p. 42).

⁷⁷⁹ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação de efeitos na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes...*, p. 42.

⁷⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional...* p. 1.232.

normativo"⁷⁸¹. Para além disso, Eduardo Talamini sustenta também ser possível a modulação no âmbito da análise da compatibilidade de determinada norma anterior à Constituição Federal, mediante ADPF.⁷⁸²

Mas, mesmo a decisão manipulativa sendo um mecanismo válido de alteração do regime jurídico padrão das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, sendo possibilitado ao órgão julgador certa margem de criatividade, não há para este uma atuação discricionária. Em realidade, o provimento jurisdicional manipulativo deve, necessariamente, ser fundamentado, evidenciando e demonstrando o princípio constitucional que é preservado por meio da modulação temporal da decisão.⁷⁸³

Tendo em vista esse cenário, é importante analisar como as diversas modalidades de modulação de efeitos realizadas pelo Supremo Tribunal Federal podem impactar na rescindibilidade de decisões transitadas em julgado.

5.2.1. Espécies de modulação de efeitos realizada pelo Supremo Tribunal Federal e rescindibilidade.

A doutrina em geral pontua que a eficácia temporal das decisões de inconstitucionalidade pode ser modulada de 05 (cinco) formas: i) produção de efeitos retroativos “preservando-se determinados efeitos da lei inconstitucional”⁷⁸⁴⁻⁷⁸⁵; ii) “efeitos a partir do seu trânsito em julgado”⁷⁸⁶; iii) produção de efeitos projetada para ocorrer “a partir de determinado evento ou data no futuro”⁷⁸⁷; iv) produção de efeitos “pretéritos mas posteriores ao início da inconstitucionalidade”⁷⁸⁸; v) criação de diretrizes que deverão ser “depois consideradas em concreto”.⁷⁸⁹⁻⁷⁹⁰

⁷⁸¹ TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 219.

⁷⁸² TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 222.

⁷⁸³ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 382.

⁷⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional...* p. 1.285.

⁷⁸⁵ Isso equivale àquilo que Humberto Ávila denomina “eficácia geral *pro futuro* parcial”, que ocorre quando “os casos já considerados irreversíveis não são atingidos, mas aqueles que podem, de algum modo, ser alterados ficam de fora do alcance da decisão (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 566).

⁷⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional...* p. 1.285.

⁷⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional...* p. 1.285.

⁷⁸⁸ TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 204.

⁷⁸⁹ TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 204.

⁷⁹⁰ Embora essas sejam as categorias gerais de modulação de efeitos, é possível que sejam estabelecidas outras formas de se manipular a eficácia de uma decisão, na medida em que há certa dose de criatividade para que o

Analisando cada uma das modalidades acima elencadas, observa-se que é possível que estas impactem diretamente na rescindibilidade das decisões que não forem compatíveis com posterior provimento do Supremo Tribunal Federal.

Na hipótese “i”, o Supremo Tribunal Federal poderá, exercendo seu poder de modular os efeitos de uma decisão, estabelecer que determinados atos jurídicos praticados sob a égide de norma declarada inconstitucional sejam preservados, com a finalidade de preservar outros princípios de ordem constitucional⁷⁹¹, tais como a segurança jurídica e a boa-fé. Nesse cenário, o STF pode estabelecer que a coisa julgada, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e outras situações jurídicas sejam preservadas, a despeito da inconstitucionalidade de determinada norma.⁷⁹²

Havendo expressa exclusão da coisa julgada em relação às situações jurídicas atingidas pela eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade, não surgirá a rescindibilidade desta estabilidade, de maneira que, caso o jurisdicionado venha a manejar a ação rescisória dos arts. 525, §15 e 535, §8º, Código de Processo Civil, esta deverá ser julgada improcedente.

Caso, porém, o STF realize a modulação de efeitos do item “i”, mas não inclua a coisa julgada entre as situações jurídicas ressaltadas da eficácia da posterior decisão de inconstitucionalidade, haverá incidência da hipótese dos dispositivos em questão, surgindo a rescindibilidade da coisa julgada.

Já nas hipóteses “ii” e “iii”, a decisão de inconstitucionalidade não terá aptidão para produzir efeitos em relação às situações jurídicas já formadas, de maneira que não haverá surgimento da rescindibilidade da decisão de mérito transitada em julgado.⁷⁹³

tribunal busque preservar a segurança jurídica dos jurisdicionados, bem como o sopesamento de outros princípios. É possível que, em caso de superação de precedentes, sejam criadas regras de transição, que, em última análise, consistem em modulação da eficácia temporal da decisão. Isso ocorre, por exemplo, quando se concede ao jurisdicionado a opção entre o regime jurídico novo ou pelo antigo, haja vista a ruptura brusca de um antigo posicionamento consolidado. Trata-se de uma técnica sustentada por parte da doutrina holandesa, a ser aplicada no âmbito do direito tributário, em caso de mudança de posicionamento acerca do regime jurídico referente a determinados tributos (GRIBNAU, Hans; LUBBERS, Allard. *The temporal effect of Dutch tax court decisions*. In: POPELIER, Patricia; VERSTRAELEN, Sarah; VANHEULE, Dirk; VANLENBERGHE, Beatrix (org.) *The effects of judicial decision in time*. Cambridge: Intersentia, 2014. p. 193).

⁷⁹¹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 437-439.

⁷⁹² Aqui é cabível apontar a distinção feita por Ravi Peixoto entre eficácia “retroativa pura” e “eficácia retroativa clássica”. A primeira ocorre quando a decisão produz efeitos retrospectivos de forma plena, enquanto na segunda são ressaltados os casos já transitados em julgado (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica...*, p. 267).

⁷⁹³ De forma mais geral, tratando acerca da possibilidade de se propor ação rescisória com base em posterior precedente, Juliana Bizarria argumenta que “se houver modulação de efeitos da decisão, em que sejam atribuídos apenas efeitos para o futuro, o novo precedente não ensejará ação rescisória, pois terá eficácia *ex nunc*” BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. *Ação rescisória e precedentes*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 255.

Em relação à hipótese “iv”, a rescindibilidade da decisão variará de acordo com a formação de seu trânsito em julgado, o que irá depender do ponto pretérito a partir do qual o Supremo Tribunal Federal entender que se deverá retirar a produção de efeitos da norma inconstitucional. Caso, por exemplo, uma norma jurídica inconstitucional, introduzida no ordenamento por meio de lei editada em 2015, seja declarada inconstitucional em 2020, mas tenha sido estabelecido que a cessação de seus efeitos ocorrerá a partir de 2019, as decisões transitadas em julgado até o referido marco temporal não serão passíveis de rescisão; as posteriores, por outro lado, sim.

Por fim, em relação à hipótese “v”, o jurisdicionado não poderá saber, de antemão, se a decisão de inconstitucionalidade terá aptidão ou não para ensejar a rescindibilidade da coisa julgada, pois as diretrizes fixadas pelo Supremo Tribunal Federal serão apreciadas *in concreto*.

Caso, porém, o Supremo Tribunal Federal não realize modulação de efeitos alguma, a decisão transitada em julgado que aplica norma inconstitucional, desde que observados os limites do item 4.3, poderá ser objeto de ação rescisória, o que não afasta, contudo, a possibilidade de modulação de efeitos *in concreto*.

Esse cenário permite que se conclua que, em caso de modulação de efeitos, apenas as hipóteses “i”, “iv” e “v” permitirão, a princípio, o manejo de ação rescisória, sendo necessário, porém, analisar o teor da decisão, a fim de se verificar se, por alguma razão, a decisão que se pretende rescindir não está excluída da possibilidade de desconstituição. Não havendo modulação, porém, a decisão que aplica norma inconstitucional é, *a priori*, rescindível.⁷⁹⁴

5.3. Modulação de efeitos no caso concreto e preservação da coisa julgada.

Para além da modulação a ser realizada pelo Supremo Tribunal Federal, é necessário investigar, também, a possibilidade e os critérios para que essa modalidade de decisão manipulativa seja aplicada no âmbito concreto. Especificamente para o objeto do presente trabalho, importa analisar se é possível que seja realizada, no âmbito do julgamento de uma ação rescisória com fulcro no art. 525, §15 e 535, §8º, CPC a modulação de efeitos de uma

⁷⁹⁴ Embora as balizas gerais possam ser extraídas das cinco hipóteses acima elencadas, é importante observar que, “para saber-se será ou não cabível a ação rescisória”, faz-se necessário analisar a partir de quando ocorre a produção de efeitos da decisão, o que exige uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal (DOS SANTOS, Welder Queiroz. *Ação rescisória por violação a precedente...*, p. 235).

decisão vinculante do STF, possibilitando seu afastamento no caso concreto por parte do órgão julgador.

Inclusive, Talamini argumenta que, em razão da redação do art. 27 da Lei 9.868/1999, haveria, de certa maneira, uma impressão de que não seria possível limitar os efeitos da decisão para além do próprio âmbito do provimento modulador do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, ter-se-ia a ideia de que o dispositivo é inconstitucional, na medida em que, supostamente, excluiria a possibilidade de ser realizar uma limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade considerando aspectos do caso concreto. Todavia, uma interpretação conforme à Constituição do texto legal levaria, em realidade, à conclusão de que "a modulação ex art. 27 (ou o seu não-exercício) não exclui a ponderação no caso concreto".⁷⁹⁵

Os arts. 525, §13, e 535, §6º, CPC, que preveem a modulação de efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, poderiam ser vistos como dispositivos que têm por escopo destacar a possibilidade de que a eficácia temporal da decisão vinculante seja manipulada no caso concreto⁷⁹⁶, assim como o art. 27 da Lei 9.868/1999 tem o papel de explicitar essa possibilidade no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal (*vide* item 5.2).

Há, contudo, setores da doutrina que se colocam de maneira contrária a essa possibilidade. Costuma-se a sustentar que competiria exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal modular ou deixar de modular os efeitos temporais de uma determinada decisão vinculante. Não poderia o julgador, no caso concreto, portanto, realizar uma manipulação temporal dos efeitos da decisão que vá além daquilo que a Corte Constitucional já tenha decidido.⁷⁹⁷

Ainda a respeito da modulação no caso concreto, Ismael Villas Boas sustenta que, considerando que os efeitos já concretizados no plano fático da decisão transitada em julgado estariam preservados, na medida em que apenas os capítulos da decisão não executados podem ser objeto da ação rescisória sob análise (*vide* item 4.3.2.1), ter-se-ia a conclusão de que a

⁷⁹⁵ TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 205.

⁷⁹⁶ TALAMINI, Eduardo. Os pronunciamentos do STF..., p. 375-376; BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 570; DE MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil...*, p. 651.

⁷⁹⁷ Nesse sentido, Araken de Assis argumenta que "[é] atribuição exclusiva do STF modular, ou não, os efeitos das suas próprias decisões no controle concentrado ou difuso de constitucionalidade" (DE ASSIS, Araken. *Manual de execução...*, p. 1.227). Em sentido semelhante, Nelson Nery e Rosa Nery sustentam que [a] competência para a modulação sobre decisão de inconstitucionalidade no controle abstrato (concentrado) é exclusivamente do STF" (NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. *E-book*. p. 1.351).

segurança jurídica estaria preservada, o que dispensaria a manipulação da eficácia do provimento no caso concreto.⁷⁹⁸

Essa forma de enxergar as decisões manipulativas, contudo, não parece a mais adequada. Embora seja evidente que a técnica de julgamento em questão deva ser utilizada, em regra, pelo Supremo Tribunal Federal, é importante ter em mente que, tratando-se de um mecanismo de julgamento ligado à ponderação de princípios, não é possível assegurar que toda colisão normativa a esse respeito será necessariamente solucionada de forma “geral e abstrata”.^{799_800}

Em outras palavras, não é possível supor que o controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, que não se atém às circunstâncias fáticas de cada um dos casos concretos individualmente considerados, seja suficiente, por si só, para solucionar todas as colisões de princípios constitucionais.

Tampouco é possível sustentar que a estabilidade ligada à satisfação do crédito, decorrente da interpretação do texto legal (*vide* item 4.3.2.1), seja sempre suficiente para garantir a segurança jurídica. Esse é, de fato, um elemento que colabora para a segurança do jurisdicionado, mas não se pode negar que as circunstâncias fáticas podem levar a conclusões diversas.

As peculiaridades de cada caso concreto, que muitas vezes fogem do âmbito de análise do Supremo Tribunal Federal e do legislador infraconstitucional, podem dar ensejo a conflitos principiológicos que demandem uma modulação de efeitos diversa daquela feita pela Corte Constitucional – ou daquela que nem mesmo se realizou.

Isso em si já seria um elemento que justificaria a modulação de efeitos a ser realizada *in concreto*, de maneira que eventual dispositivo a esse respeito teria apenas a função de “destacar a possibilidade de o próprio juiz que julga a impugnação ao cumprimento de sentença

⁷⁹⁸ VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão...*, p. 196.

⁷⁹⁹ A esse respeito, Talamini argumenta que “é impossível assegurar de antemão que todo o balanceamento entre princípios conflitantes possa ser feito em via geral e abstrata. A lei não é apta a tanto. O controle direto de constitucionalidade, com caráter geral e abstrato, igualmente não o é” (TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 254).

⁸⁰⁰ Em linha de raciocínio semelhante, Geovany Jevaux argumenta que “em vários casos concretos se exige um cálculo de proporcionalidade entre a preservação da segurança jurídica dos atos praticados com base no dispositivo questionado em sua constitucionalidade e sua retirada do ordenamento com base no princípio da ‘nulidade’” (JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: LJM Mundo Jurídico, 2015. p. 269).

[ou o tribunal que julga a ação rescisória] vir a proceder alguma modulação no caso concreto".⁸⁰¹

Entender de modo diverso seria o mesmo que permitir que a segurança jurídica e outros princípios de *status* constitucional fossem violados em razão da “omissão na atuação jurisdicional” por parte do Supremo Tribunal Federal, que não levou em consideração, no controle de constitucionalidade realizado, aspectos que possuem relevância em um determinado caso concreto.⁸⁰²

Nesse ponto, os arts. 525, §13, e 535, §6º, versam a respeito da possibilidade de se modular efeitos no âmbito da impugnação ao cumprimento de sentença dos arts. 525, §12, e 535, §5º. Tratando-se de hipóteses de impugnação intimamente conectadas às hipóteses de ação rescisória dos arts. 525, §15, e 535, §8º, seria razoável estender a modulação de efeitos, também, a essas hipóteses.

Tal como a topologia do §15 do art. 525 leva à conclusão de que este dispositivo possui uma íntima relação com a fase de execução, o posicionamento do §13 também seria um elemento normativo apto a justificar que se trata de uma norma de modulação de efeitos ligada à impugnação ao cumprimento de sentença do art. 525, §12 e à ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade.

Para além disso, interpretar o art. 525, §13, CPC, como uma possibilidade de modulação de efeitos no caso concreto é a maneira de fazer com que essa regra seja apta a “trazer algo de novo”, além daquilo que já era previsto no art. 27 da Lei 9.868/1999.⁸⁰³

Também é importante ter em mente que há uma norma geral a respeito da modulação de efeitos no próprio Código de Processo Civil, consistente no art. 927, §3º. Para que o art. 525, §13, CPC, não se trate, portanto, de mera repetição de outras normas já existentes, e aplicadas de forma geral na ordem jurídica, faz-se necessário enxergá-lo como uma norma especial, cujo âmbito de incidência está intimamente ligado à ponderação nos casos em que houver impugnação à decisão judicial transitada em julgado, em razão de incompatibilidade com decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Ao se permitir a modulação *in concreto*, também se estará, em última análise, privilegiando uma modalidade de manipulação de efeitos da decisão pouco utilizada pelo STF,

⁸⁰¹ TALAMINI, Eduardo. Os pronunciamentos do STF..., p. 376.

⁸⁰² PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica...*, p. 288.

⁸⁰³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil...*, p. 570.

consistente na espécie subjetiva. Nesse tipo de modulação, o tribunal manipula os efeitos da decisão apenas em relação a uma parcela da sociedade ou, ainda, em relação a um indivíduo, considerando circunstâncias fáticas específicas.⁸⁰⁴

A modulação subjetiva permitiria que o julgador se ativesse às peculiaridades do caso concreto, de modo a permitir que a “alteração do panorama jurídico não signifique mudança abrupta para os que já usufruíram de determinada posição”⁸⁰⁵. É evidente que observar as posições jurídicas individuais é algo que ocorre de maneira mais eficaz quando a manipulação é aplicada nos processos individuais dos atingidos, e não no controle realizado pelo STF, o qual tem por objeto poucos casos – em se tratando de controle difuso – ou mesmo nenhum, no caso do concentrado.

Tendo em vista esse cenário, é necessário que sejam tecidas algumas linhas argumentativas a respeito dos critérios para que, no julgamento da ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade, seja realizada modulação de efeitos.

5.4. Possíveis critérios para modulação de efeitos *in concreto*.

Uma proposta de estabelecimento de critérios para a modulação de efeitos no caso concreto de aplicação dos arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC, não pode ter a pretensão de esgotar os parâmetros que poderão ser aplicados pelo órgão julgador. Afinal, está-se, no presente momento, realizando uma análise ainda em grau relativamente abstrato, sendo necessário identificar os “valores em conflito” em um âmbito concreto.⁸⁰⁶

De toda forma, é possível, analisando os valores que provavelmente estarão em conflito, considerando os aspectos fundamentais da ação rescisória com base em posterior decisão de inconstitucionalidade, identificar critérios gerais e prévios para modulação de efeitos.

Essa pretensão, porém, mostra-se passível de ampla complementação e modificação, levando-se em consideração outros fatores aqui não analisados, que apenas poderão ser apreciados em cada um dos casos concretos. Até porque, mesmo no âmbito do controle realizado pelo Supremo Tribunal Federal, não se observam parâmetros mínimos a serem

⁸⁰⁴ MOHRER, Michelle Ris. A modulação puramente prospectiva na alteração do precedente vinculante e da jurisprudência dominante como forma autêntica de preservar os princípios da isonomia e da proteção à confiança. vol. 323. *Revista de Processo*, 2022. p. 3.

⁸⁰⁵ DO VALE, Luís Manoel Borges; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Modulação subjetiva: um caminho possível e ainda esquecido. vol. 337. *Revista de Processo*, 2023. p. 6.

⁸⁰⁶ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 587.

utilizados para a modulação de efeitos, não havendo, tampouco, uniformidade e sistematização doutrinária a esse respeito⁸⁰⁷. No âmbito da modulação realizada no âmbito dos casos concretos, há uma escassez ainda maior de tentativas de coordenação de critérios. As propostas e os parâmetros aqui delineados, portanto, são passíveis de amplas alterações, mediante o amadurecimento doutrinário e jurisprudencial.

Adentrando no âmbito das características dessa ação rescisória que devem ser levados em conta na delineação dos critérios, deve-se observar o aspecto de que esta se encontra intimamente ligada à fase de execução (*vide* item 4.3.2.1). Com isso, as expectativas surgidas ao longo do módulo processual executivo e a conduta das partes devem ser balizas gerais para o estabelecimento de parâmetros.

Da mesma forma, essa modalidade de ação rescisória não possui um termo final pré-determinado, sendo essa uma de suas principais características. Também se mostra necessário, portanto, levar esse fator em consideração quando do estabelecimento dos critérios de modulação.

Há, por fim, uma íntima ligação entre os arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC, e os provimentos vinculantes do Supremo Tribunal Federal. É necessário, com isso, investigar como as decisões da Corte Constitucional podem, por vezes, constituir razões relevantes para a manutenção ou a modificação de uma decisão transitada em julgado.

Todos esses elementos podem fazer com que se deva observar a dimensão subjetiva da segurança jurídica, consistente no princípio da proteção da confiança, como critério mais amplo para a modulação de efeitos (*vide* item 1.4.2.1). Essa faceta da segurança jurídica busca impedir que uma determinada situação jurídica seja “frustrada pela descontinuidade de sua vigência ou dos seus efeitos”.⁸⁰⁸

Para que se justifique a preponderância da proteção da confiança no âmbito da modulação de efeitos, uma série de análises devem ser realizadas. Mas um primeiro elemento que deve se observar é se há uma “base da confiança”, isto é, um elemento que corrobore e

⁸⁰⁷ Nesse ponto, Ravi Peixoto sustenta que, em relação aos critérios para a modulação de efeitos, “nem a doutrina e nem a jurisprudência possuem qualquer unanimidade em seus posicionamentos” (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica...*, p. 262).

⁸⁰⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 387. Em sentido semelhante, Victor Roberto Comêa argumenta que “a finalidade do princípio da proteção da confiança é exatamente assegurar ao cidadão a estabilidade de suas expectativas legítimas em face de mudanças de posturas estatais que surpreendam o cidadão e/ou retroajam em seu desfavor, pois normas e atos emanados do Estado não podem ter um olhar oblíquo e único para o presente e projetar um futuro que desconsidere por completo as consequências dos atos individuais realizados sob um contexto passado, até então autorizado” (DE SOUZA, Victor Roberto Côrrea. O princípio da proteção da confiança e o novo Código de Processo Civil brasileiro. vol. 247. *Revista de Processo*, 2015. p. 4).

legitime a expectativa do jurisdicionado de que a decisão transitada em julgado irá prevalecer e produzir seus efeitos de forma plena.⁸⁰⁹

A forma como se realiza a base da confiança será o que por vezes justificará a manutenção da decisão transitada em julgado⁸¹⁰. A rigor, parte considerável dos critérios de modulação de efeitos que serão investigados nos tópicos a seguir são elementos que demonstram como a base de confiança do jurisdicionado se coloca em casos concretos.

Destaca-se que, embora o presente trabalho verse sobre a ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade, as considerações a respeito da modulação de efeitos, em alguma medida, podem ser utilizadas também para as demais modalidades de ação rescisória. Isso se justifica, em especial, pelo fato de que o Código de Processo Civil estabelece, em seu art. 975, *caput*, que o prazo para a propositura de ação rescisória se iniciará a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

Dessa forma, uma interpretação gramatical do dispositivo, que é corroborada por parte da doutrina, leva à conclusão de que, havendo recurso parcial, o prazo para ajuizar ação rescisória em relação ao capítulo não recorrido, que já foi acobertado pela coisa julgada, terá como termo inicial o primeiro dia após o decurso do prazo para interpor recurso em relação à última decisão do processo.⁸¹¹

Para exemplificar, caso uma sentença condene o réu ao pagamento de uma indenização por danos morais e outra por danos materiais, mas apenas o primeiro capítulo venha a ser objeto de recurso, embora haja formação de coisa julgada em relação àquele, este último permanecerá pendente de julgamento. Dessa maneira, caso o recurso venha a ser julgado 10 (dez) anos depois, o prazo para a propositura de ação rescisória em relação ao primeiro capítulo apenas começará com o trânsito em julgado do processo como um todo.

Destaca-se que seria possível até mesmo o cumprimento definitivo de sentença do capítulo não recorrido, o que demonstra haver certa incongruência na postergação do prazo para ação rescisória para o trânsito em julgado da última decisão. É possível, por exemplo, que uma

⁸⁰⁹ Ao falar em base da confiança, Humberto Ávila sustenta que esta serve “de fundamento para a (in)ação individual”. Esta pode consistir em vários atos jurídicos, como “uma lei” ou, ainda, como “um ato administrativo ou uma decisão judicial” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 387). Prefere-se no presente trabalho, porém, adotar uma definição mais ampla, no sentido de que a base da confiança é o elemento normativo que justifica a expectativa do cidadão.

⁸¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 400.

⁸¹¹ Nesse ponto, Daniel Neves argumenta que, apesar de não parecer a melhor opção, a interpretação do art. 975, CPC, levaria à conclusão de que o termo final para a propositura de ação rescisória ocorreria 2 anos após o trânsito em julgado da última decisão do processo (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1.592).

decisão há muitos anos já executada – por vezes até mesmo há décadas –, tenha o prazo para sua rescisão iniciado com o trânsito em julgado do capítulo recorrido.⁸¹²

Há, de certo modo, menos previsibilidade do que no caso da ação rescisória com base em posterior decisão de inconstitucionalidade, na medida em que, a princípio, nem mesmo as decisões já executadas estariam a salvo da ação rescisória no caso do capítulo não recorrido. Desse modo, a modulação de efeitos proposta nos tópicos a seguir pode se mostrar adequada também nos casos em que houver a formação de coisa julgada progressiva⁸¹³, a fim de preservar a segurança jurídica caso o trânsito em julgado da última decisão venha a ocorrer muito tempo após a formação da *res judicata* sobre o capítulo não impugnado.

A utilidade da modulação de efeitos em relação ao capítulo não recorrido, porém, perde em alguma medida sua utilidade, caso se adote a interpretação de que o prazo para o ajuizamento de ação rescisória se iniciará com o trânsito em julgado de cada decisão, o que é defendido por parcela da doutrina.⁸¹⁴

De toda forma, em caso de adoção de uma interpretação que leve à conclusão de que há um prazo único, após o trânsito em julgado da última decisão, ter-se-á cenário fértil para que, por vezes, seja realizada uma modulação de efeitos *in concreto*, o que pode justificar a utilização dos critérios a seguir delineados.

É importante observar, por fim, que os critérios a seguir delineados deverão ser apreciados em conjunto e não isoladamente, de maneira que a presença de um elemento que indique para a necessidade de manutenção da decisão transitada em julgado não será, necessariamente, determinante, de modo que as circunstâncias do caso concreto deverão ser apreciadas como um todo.

⁸¹² PEIXOTO, Ravi. Ação rescisória e capítulos de sentença: a análise de uma relação conturbada a partir do CPC/2015. In: DE MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. vol. 6. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 232.

⁸¹³ Em razão da possibilidade de se recorrer parcialmente de uma decisão, os capítulos não recorridos são acobertados pela coisa julgada, o que leva a uma coisa julgada gradual ou progressiva, isto é, conforme o trânsito em julgado de cada um dos capítulos (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis...*, p. 359).

⁸¹⁴ PEIXOTO, Ravi. Ação rescisória e capítulos de sentença..., p. 233-235.

5.4.1. Boa-fé.

Um primeiro critério que pode ser apreciado para uma possível modulação de efeitos *in concreto* é a boa-fé das partes ao longo do trâmite processual executivo, na medida em que a ação rescisória sob análise é intimamente ligada a essa fase do processo.

A observância da boa-fé como critério se mostra útil, uma vez que a ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade pode, por vezes, gerar distorções, pois, de certa maneira, pode-se estar “premiando” o executado que não cumpre voluntariamente a obrigação exequenda, como bem aponta Rui Medeiros⁸¹⁵. Essa é, inclusive, uma das razões pelas quais o referido autor se mostra contrário à possibilidade de se inserir mecanismo processual como o §79, nº 2, Lei do Tribunal Constitucional alemão na ordem jurídica portuguesa.⁸¹⁶

No Brasil, Fernando Gajardoni, Luiz Dellore, Andre Vasconcelos Roque e Zulmar Duarte adotam linha de raciocínio semelhante, sustentando que, com o art. 525, §15, haveria para o executado “o grande estímulo para protelar o cumprimento de sentença, na expectativa de que a decisão do STF possa reabrir a discussão sobre matéria que já teria sido examinada na fase de conhecimento”.⁸¹⁷

De fato, haverá situações nas quais o executado poderá, em violação ao princípio da boa-fé, adotar, de maneira irresponsável, condutas no processo que postergarão a satisfação do crédito e, conseqüentemente, atrapalharão o incremento da estabilidade da decisão de mérito decorrente da concretização da obrigação exequenda. Não se questiona o fato de que gera estranheza a possibilidade de que um executado que não observe o princípio da boa-fé possa se beneficiar de seu inadimplemento.

Em última análise, o executado que, de maneira irresponsável, protela a satisfação do crédito, está, também, postergando o marco temporal a partir do qual não será mais possível propor ação rescisória com fulcro em posterior decisão de inconstitucionalidade (*vide* item 4.3.2.1). Haveria, destarte, um benefício àquele que não litiga de forma a observar o princípio da boa-fé.

Salienta-se, neste momento, que a violação à boa-fé aqui considerada não consiste, necessariamente, em uma conduta de má-fé, isto é, não há necessidade de que haja uma conduta

⁸¹⁵MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade...*, p. 571-572.

⁸¹⁶MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade...*, p. 571-572.

⁸¹⁷GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; DE OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença...*, p. 615.

dolosa do executado para que o princípio em questão seja atingido. A inobservância à boa-fé decorreria, em realidade, de uma “litigância irresponsável”.⁸¹⁸

Admitir a possibilidade de que o executado que litiga de forma irresponsável, atrasando a marcha processual, seja beneficiado em ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade, seria o mesmo permitir que o executado se beneficiasse de sua própria torpeza, o que é vedado pelo princípio da boa-fé⁸¹⁹. Em última análise, o executado estaria utilizando-se de seu inadimplemento, decorrente de conduta pouco responsável, como instrumento para forçar a rescisão da decisão transitada em julgado.⁸²⁰

A esse respeito, Eduardo Talamini sustenta que a boa-fé das partes pode ser um elemento determinante para se decidir se a coisa julgada formada em um determinado caso concreto será ou não desconstituída de forma atípica⁸²¹. Considerando que a rescisão atípica da *res judicata* passa, também, por um juízo de ponderação de princípios, tal como a modulação de efeitos, é razoável concluir que a apreciação da boa-fé das partes também será necessária no âmbito da ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade, a fim de investigar se a coisa julgada deve ser preservada, a despeito do preenchimento dos requisitos dos arts. 525, §15 e 535, §8º.

E a necessidade de se realizar uma análise a respeito da boa-fé ganha especial relevo quando se observa que, no módulo processual executivo, é relativamente comum ver situações nas quais o executado se utiliza de “meios aéticos para burlar ou impedir que a execução alcance o seu desiderato”.⁸²²

Em razão disso, a análise da boa-fé do executado nas ações rescisórias fundadas em posterior decisão de inconstitucionalidade mostra-se como um elemento extremamente relevante para eventual modulação de efeitos, voltada à preservação da coisa julgada, em detrimento de sua desconstituição.

Não basta, contudo, que haja inadimplemento para que se conclua pela ocorrência de violação ao princípio da boa-fé. Em realidade, é necessário que se perquiria concretamente que

⁸¹⁸ DE MACÊDO, Lucas Buril. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023. p. 78.

⁸¹⁹ DE MACÊDO, Lucas Buril. Boa-fé no processo civil – Parte 1. vol. 330. *Revista de Processo*, 2022. p. 9.

⁸²⁰ Esse cenário permite aproximar a conduta do executado da vedação à alegação da própria torpeza, na medida em que esta se configura quando há “malícia daquele que adotou certa conduta e depois pretende escapar, com base no próprio comportamento malicioso, aos seus efeitos” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 176).

⁸²¹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 599.

⁸²² ABELHA, Marcelo. *Manual de execução...*, p. 68.

o princípio em questão não tenha sido observado, o que pode ser analisado mediante a ideia de litigância responsável.⁸²³

Há alguns institutos processuais que podem auxiliar na perquirição da violação à boa-fé pelo executado. Uma primeira forma de realizar tal investigação ocorre mediante a fraude à execução (art. 792, CPC), que ocorre quando o devedor/responsável realiza um “desfalque patrimonial” depois do ajuizamento de demanda condenatória ou executiva. Em razão de sua gravidade, a fraude à execução chega a ser considerada um ato atentatório à dignidade da justiça (art. 774, I, CPC).⁸²⁴

Tendo ocorrido fraude à execução, portanto, depreende-se haver elemento fático-normativo apto a demonstrar a ocorrência de violação à boa-fé objetiva por parte do executado, o que se colocaria como um fator relevante para afastar a possibilidade da rescisão da coisa julgada.⁸²⁵

Porém, não é apenas em tal ilícito processual que ocorrerá a possibilidade de que se configure violação ao princípio da boa-fé. Em realidade, haverá situações nas quais, a despeito de ter se verificado hipótese muito semelhante à fraude à execução, esta não terá se configurado, pelo fato de que o terceiro adquirente do bem do executado comprovou ter adotado “as cautelas necessárias para a aquisição” (art. 792, §2º), ou seja, estava de boa-fé. Ainda assim, será possível verificar a violação à boa-fé por parte do executado, apta a ensejar a modulação de efeitos *in concreto*, operando-se em seu desfavor.

Mas também é possível que o executado adote outras condutas violadoras da boa-fé ao longo da execução, não necessariamente ligadas a ocorrência de uma efetiva dilapidação patrimonial. O art. 774, CPC, por exemplo, versa sobre o ato atentatório à dignidade da justiça praticado pelo executado, que, em grande medida, podem ser vistos como atos violadores da boa-fé.⁸²⁶

⁸²³ DE MACEDO, Lucas Buril. *Litigância de má-fé...*, p. 78.

⁸²⁴ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução...*, p. 122.

⁸²⁵ É bem verdade que, para fins de repressão à fraude à execução, é irrelevante a boa-fé do executado, embora deva “ser preservada a boa-fé do adquirente” (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 324). Todavia, é possível sustentar que o devedor que comete uma fraude à execução tem “a má-fé de sua conduta presumida, *in re ipsa*, simplesmente porque sabia, por expressa previsão legal, que para toda e qualquer dívida que assume tem uma responsabilidade patrimonial que a garante” (ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil...*, p. 116).

⁸²⁶ Araken de Assis sustenta que esse dispositivo é o equivalente ao art. 77, CPC, mas voltado ao âmbito da execução. O art. 774 teria por escopo sancionar a “deslealdade imputável ao executado”, não obstante isso não signifique que “ao credor seja lícito abandonar a trilha da boa-fé” (DE ASSIS, Araken. *Manual de execução...*, p. 313).

As hipóteses de ato de deslealdade do executado são enumeradas nos incisos do art. 774; porém, o rol em questão é tão amplo que seria possível sustentar que este “se revela exemplificativo”, de maneira que nenhum ato de “má índole escape, aparentemente, desse espectro legal”.⁸²⁷

Apenas para exemplificar, o art. 774, III, caracteriza como ato lesivo à dignidade da justiça a prática de voltado a dificultar ou embaraçar a penhora. É evidente que esse tipo de ato possui aptidão para atrasar a satisfação do crédito e, conseqüentemente, impedir que a decisão transitada em julgado se agregue a estabilidade conferida àqueles provimentos já executados (*vide* item 4.3.2.1).

Todo esse cenário permite que se observe que os atos violadores da boa-fé, no âmbito da execução, podem ser utilizados como um critério para que se mantenha a decisão transitada em julgado incólume, mesmo diante de posterior decisão de inconstitucionalidade, consistindo, portanto, em um critério de modulação de efeitos *in concreto*.

É bem verdade, porém, que é possível que o ato violador da boa-fé não sirva, por si só, para afastar a hipótese legal dos arts. 525, §15 e 535, §8º. É possível que, por vezes, embora tenha ocorrido um ato violador da boa-fé, este não se preste, por si só, a impedir a satisfação do crédito. Caso, por exemplo, o executado venha a resistir injustificadamente a ordens judiciais (art. 774, IV, CPC), mas não tenha patrimônio para satisfazer o crédito exequendo, é evidente que seu ato, embora censurável, não estará impedindo a execução. Dessa maneira, a rigor, o executado, ao se valer da ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade, não estará se beneficiando de sua própria torpeza.

O ato violador da boa-fé, diante disso, não é o suficiente para ensejar uma modulação de efeitos. É necessário, também, que a conduta do executado tenha efetivamente obstado a satisfação do crédito exequendo.

Outra questão que também pode gerar discussões é sobre o que deverá ocorrer caso haja um litisconsórcio passivo no módulo processual executivo e um deles haja em violação à boa-fé, de modo a obstar a satisfação do crédito exequendo, mas os demais não adotem nenhuma conduta processualmente irresponsável. Nesse caso, três soluções seriam possíveis: i) impede-se a rescisão da coisa julgada com base em posterior decisão de inconstitucionalidade, para não beneficiar o executado irresponsável; ii) permite-se a rescisão da coisa julgada, para não

⁸²⁷ DE ASSIS, Araken. *Manual de execução...*, p. 313.

prejudicar o executado de boa-fé; *iii*) desconstitui-se a decisão apenas em relação ao executado de boa-fé, sendo esta mantida incólume, porém, em relação ao executado irresponsável.

A terceira opção parece a mais razoável. As duas primeiras produzem o inconveniente de prejudicar aquele que está de boa-fé (item “*i*”) ou beneficiar uma parte que não contaria com a rescisão da coisa julgada se não fosse sua torpeza (item “*ii*”).

Diversamente das duas primeiras, a terceira solução acaba equilibrando as posições processuais dos litisconsortes executivos. E, para todos os fins, a rescisão em favor do executado de boa-fé não impede a satisfação do crédito exequendo, na medida em que, na execução, o direito do credor pode ser concretizado no plano prático “à custa do patrimônio de um só dos devedores”.⁸²⁸

5.4.2. Prática de atos executivos tendentes à satisfação do crédito.

Como já demonstrado, a ação rescisória que se estuda neste trabalho possui forte relação com a execução e há uma justificativa principiológica para tanto, na medida em que as decisões já concretizadas no plano fático gozam de um maior grau de estabilidade do que aquelas que ainda não foram satisfeitas (*vide* item 4.3.2.1).

Há, portanto, graus de estabilidade diversos, que decorrem das expectativas maiores que existem em relação àqueles pronunciamentos que não precisam mais passar por uma fase de execução. O sacrifício de se desconstituir a coisa julgada é maior quando isso implicar no desfazimento daquilo que já foi objeto de satisfação e produziu seus efeitos no plano fático de maneira plena.⁸²⁹

Isso evidencia que, havendo concretização completa do comando jurisdicional, o cidadão possui uma expectativa maior de que a coisa julgada não será modificada, na medida em que já gozou do bem da vida. Mas também permite que se cogite que atos que aproximam a decisão transitada em julgado da satisfação agregam a esta uma maior expectativa de que a situação jurídica estabilizada não se modificará. Em outras palavras: quanto mais próxima a decisão estiver de sua satisfação, mais sacrificante será para o jurisdicionado vê-la desconstituída.

⁸²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p. 322.

⁸²⁹ TALAMINI, Eduardo. Os pronunciamentos do STF..., p. 379.

Adotando linha de raciocínio semelhante, Eduardo Talamini argumenta que, no âmbito da desconstituição atípica da coisa julgada, a prática de atos decorrentes da sentença, como, por exemplo, os atos executivos, consistiria em fator que justificaria a manutenção da estabilidade das decisões de mérito.⁸³⁰

Tendo em vista que a presente análise está diretamente associada à fase de execução do processo, é razoável enxergar no ato executivo um elemento que pode, muitas vezes, gerar maior confiança nas partes a respeito da satisfação do crédito e, consequentemente, como um fator de justificação da manutenção da coisa julgada, em vez de seu desfazimento.⁸³¹

Isso ocorrerá especialmente quando a expropriação⁸³² estiver mais próxima de ocorrer, o que se dá, por exemplo, quando um bem já foi penhorado, avaliado e está prestes a ser arrematado, de modo que há um elemento que eleva a expectativa do exequente de que seu crédito será satisfeito. A perspectiva de satisfação ficará ainda maior caso o bem já tenha sido alienado, tendo o arrematante pago, estando pendente apenas a disponibilização do dinheiro para o exequente.

Por outro lado, a inocorrência de qualquer ato executivo diminui a expectativa legítima do exequente, uma vez que a decisão ainda está distante da produção exauriente de seus efeitos concretos.

Essas ideias se relacionam fortemente com a noção de proteção da confiança, especialmente no que diz respeito ao critério do “grau de realização das finalidades da base”, pois, quanto maior for o nível de concretização da decisão que supostamente deve ser afastada, “maior deve ser a proteção dos seus efeitos”.⁸³³

O critério do nível de realização leva à conclusão de que, quanto mais atos executivos tendentes à satisfação do crédito forem praticados, maior deve ser a proteção da decisão exequenda, uma vez que muitos de seus efeitos já se produziram; por outro lado, quanto menos atos forem praticados, mais justificativas existirão para a não-modulação da decisão e, consequentemente, para sua rescindibilidade.

⁸³⁰ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 604.

⁸³¹ O ato executivo se distingue dos atos processuais em geral pelo fato de que possui “a virtualidade de provocar alterações no mundo natural” (DE ASSIS, ARAKEN. *Manual de execução...*, p. 35).

⁸³² A expropriação seria um “ato de império estatal”, por meio do qual se busca a “satisfação do credor” (ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil...*, p. 47-48).

⁸³³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 412.

5.4.3. Satisfação de parcela considerável da obrigação exequenda.

Situação semelhante àquela analisada no tópico anterior consiste no caso em que a decisão exequenda, embora ainda não integralmente satisfeita, já tenha sido em grande medida concretizada. É o que ocorre, por exemplo, caso o crédito exequendo perfaça R\$ 100.000,00 e R\$ 90.000,00 já tenham sido adimplidos.

Haveria, nesse caso, um alto grau de realização da base de confiança, na medida em que 90% do crédito exequendo já teria sido satisfeito e, conseqüentemente, quase a integralidade dos efeitos da decisão já teriam se produzido. Dessa maneira, seria razoável sustentar pela configuração de uma confiança do exequente no sentido de que seu crédito seria integralmente adimplido, haja vista o alto nível de realização da base da confiança⁸³⁴. Tratar-se-ia, aqui, de uma decisão que já tem um alto grau de consolidação, em razão da produção de efeitos parcial, mas quase integral, de uma determinada decisão.⁸³⁵

O critério do nível de satisfação da parcela pode encontrar um paralelo doutrinário e jurisprudencial no âmbito da teoria do adimplemento substancial, a qual impede a resolução de um contrato quando, não obstante haja mora do devedor, o nível de satisfação do crédito já tenha sido tão alto que, ao requerer a resolução contratual, o credor “não exerce interesse considerado digno de tutela jurídica para o drástico efeito resolutório”.⁸³⁶

Em geral, a doutrina costuma a afirmar que o fundamento principiológico da teoria em questão poderia ser a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a vedação ao enriquecimento sem causa⁸³⁷⁻⁸³⁸. Todavia, parece possível sustentar que o princípio da proteção da confiança também seria um elemento normativo que fundamenta essa corrente doutrinária. Afinal, com o

⁸³⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 412.

⁸³⁵ Nesse ponto, Talamini argumenta que, no conflito entre duas coisas julgadas, “a circunstância de uma das sentenças já haver produzido total ou parcialmente os seus efeitos pesará em seu favor da manutenção em detrimento da primeira” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 604). Trata-se de uma argumentação que também pode ser adotada no presente tópico, pois versa a respeito da proteção da confiança decorrente do alto nível de realização da base da confiança.

⁸³⁶ FERREIRA, Antonio Carlos. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial. vol. 18. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, 2019. p. 6.

⁸³⁷ FERREIRA, Antonio Carlos. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial..., p 4.

⁸³⁸ Em caso envolvendo reintegração de posse em razão de inadimplemento de contrato de arrendamento mercantil, o STJ já entendeu que o fato de o devedor ter realizado o pagamento de 31 das 36 parcelas da avença justificaria sua manutenção, em detrimento de sua resolução. Argumentou o Ministro relator que “o mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, conseqüentemente, a resolução do contrato”, pois em razão do “substancial adimplemento do contrato, mostra-se desproporcional a pretendida reintegração de posse e contraria princípios basilares do Direito Civil, como a função social do contrato e a boa-fé-objetiva” (STJ - REsp Nº 1.051.270-RS. Relator: Luis Felipe Salomão, Data do julgamento: 04/08/2011). Há, porém, decisões no sentido de que o adimplemento substancial não seria possível em determinados casos, como, por exemplo, nas demandas de busca e apreensão de veículos em razão de inadimplemento de contrato de financiamento (AgInt no AREsp 1.502.241/PR, Relator: Luis Felipe Salomão, Data do julgamento: 24/09/2019).

adimplemento substancial de um contrato, este já produziu grande parte de seus efeitos, de maneira que seria possível sustentar que a base da confiança (contrato) teve um alto nível de realização, sendo extremamente sacrificante o seu desfazimento.

É possível sustentar, também, pela configuração de uma espécie de adimplemento substancial do crédito exequendo como fundamento para a manutenção da coisa julgada, em razão do alto grau de efetivação da base de confiança. Porém, diferentemente do que se verifica no adimplemento substancial que busca impedir a resolução de um contrato, a despeito do inadimplemento do devedor, no critério proposto para a modulação de efeitos *in concreto* pretende-se impedir a desconstituição da coisa julgada em razão da satisfação da maior parte do crédito. Haveria com esse critério de modulação, portanto, um benefício ao credor, ao contrário do que ocorre com o adimplemento substancial, o qual, via de regra, quando aplicado, se coloca em favor do devedor.

A comparação em questão presta-se a demonstrar que há, no ordenamento jurídico brasileiro, outros casos em que o grau de satisfação de uma obrigação é utilizado como critério para preservação de uma base da confiança.

5.4.4. Decurso considerável do tempo.

No âmbito da desconstituição atípica da coisa julgada, Eduardo Talamini argumenta que o decurso considerável do tempo se coloca como um elemento apto a incrementar o grau de consolidação da decisão de mérito e, conseqüentemente, opera-se como um possível obstáculo para sua desconstituição.⁸³⁹

De modo semelhante, no ordenamento jurídico português, Paulo Otero, a despeito de defender uma ampla possibilidade de revisão atípica da coisa julgada quando houver aplicação de norma inconstitucional, argumenta que o decurso do tempo pode se colocar, por vezes, como um obstáculo ao afastamento da referida estabilidade.⁸⁴⁰

Em termos mais gerais, Humberto Ávila sustenta que, quanto mais for “duradoura no tempo” a “eficácia temporal da base”, maior deve ser sua preservação, na medida em que haverá uma expectativa de que esta continue a produzir seus efeitos. O afastamento de uma base da confiança – que no caso seria a decisão judicial transitada em julgado –, após um longo

⁸³⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 604.

⁸⁴⁰ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional...*, p. 126.

interregno em que esta tenha produzido efeitos, causaria uma percepção no jurisdicionado de que sua desconstituição seria um “ato de deslealdade”.⁸⁴¹

Esse raciocínio parece também ser plenamente aplicável ao âmbito da ação rescisória consubstanciada em posterior decisão de inconstitucionalidade, afinal, o módulo processual executivo comumente acaba por se colocar como um ambiente de morosidade, em razão da dificuldade de localização de bens penhoráveis do executado, bem como em decorrência da prática de atos contrários à boa-fé por parte do executado. Dessa forma, é possível que, com frequência, execuções perdurem por um longo período, de maneira que a base da confiança, prolongada no tempo, geraria uma legítima expectativa no jurisdicionado de que esta não seria alterada.

Por outro lado, em razão da atual redação dos parágrafos do art. 921, CPC, é provável que, com o passar do tempo, se tornem mais raras execuções extremamente demoradas, uma vez que o referido dispositivo limita as possibilidades em que pode ser obstado o prazo da prescrição intercorrente da pretensão executiva.

De toda forma, é possível que haja, mesmo com as novas disposições a respeito da prescrição intercorrente, casos nos quais execuções se prolonguem consideravelmente no tempo. Esse tipo de situação tende a ocorrer principalmente quando o executado de alguma forma age em inobservância ao princípio da boa-fé objetiva, obstando o regular trâmite do módulo processual executivo (*vide* item 5.4.1).

É possível, portanto, que a prolongação no tempo da fase executiva crie no jurisdicionado uma confiança legítima de que a coisa julgada que lhe favorece não será desconstituída. E de fato, parece pouco razoável que uma decisão que já está em execução há 15 ou 20 anos venha, posteriormente, a ser desconstituída.

Não é possível, contudo, fixar um prazo a partir de quando o decurso do tempo se mostra como um incremento de estabilidade que obstará em absoluto a desconstituição da coisa julgada. Isso porque há certa dose de casuísmo nessa análise, na medida em que as posições processuais da parte devem ser apreciadas *in concreto*. Não se mostra razoável, destarte, estabelecer um prazo a partir do qual haverá, abstratamente, a configuração de uma legítima expectativa das partes, principalmente quando se observa que a modulação de efeitos sempre passa por um juízo de ponderação, o qual exige uma apreciação de elementos concretos. Até

⁸⁴¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 410-411.

porque, o estabelecimento de um prazo pré-determinado vai de encontro com os escopos estabelecidos pelo legislador nos arts. 525, §15, e 535, §8º.

A pré-determinação de um prazo também teria o inconveniente de que, por vezes, observados os demais critérios da modulação de efeitos, pode ser possível que a coisa julgada deva ser afastada, em razão de outros elementos normativos que enfraqueçam a base da confiança, mesmo com o decurso de lapso temporal considerável.

De toda sorte, parece adequado observar alguns critérios, extraíveis do próprio direito positivo, que indicam para demonstração da insuficiência de tempo para que se configure a consolidação da base da confiança. É o que pode ocorrer, por exemplo, nos casos em que ainda não houver passado o interregno de 05 anos desde o trânsito em julgado da decisão. Isso porque, dentro desse lapso temporal, ainda é possível para o jurisdicionado propor ação rescisória com fulcro em prova nova (art. 975, §2º, CPC).

Dentro desse período, destarte, a coisa julgada ainda poderá ser atacada por meio de uma hipótese de rescisória além daquela fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade, o que não colocaria o tempo como um fator suficiente para criar no jurisdicionado a expectativa legítima de manutenção da decisão transitada em julgado. Dessa forma, a base da confiança ainda não será dotada de consolidação suficiente para que se impeça sua desconstituição na forma do art. 525, §15, CPC.

Mas, de toda forma, fica claro que o tempo pode ser, por vezes, um elemento que criará uma legítima expectativa de manutenção da coisa julgada, a despeito da posterior decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

5.4.5. Superação de antigo entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal.

Outro ponto que também pode gerar grandes repercussões no âmbito da ação rescisória com fulcro no art. 525, §15, CPC, é identificar se a decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal consiste no primeiro entendimento que a corte teve sobre a matéria ou se se trata de um novo posicionamento, divergente daquele que foi anteriormente adotado.

Essa questão pode parecer em um primeiro momento pouco relevante, mas traz grandes repercussões na ação rescisória sob análise, uma vez que, a depender do caso, haverá uma

confiança legítima de que a decisão proferida, por estar de acordo com posicionamento anteriormente vinculante do STF, permanecerá produzindo seus efeitos de maneira plena.

Para que haja superação ou modificação de um anterior entendimento da Corte Constitucional, é preciso que “existam duas decisões conflitantes sobre o mesmo objeto”⁸⁴². Isso significa dizer que, para haver superação, as duas decisões proferidas devem versar sobre a mesma questão fática e jurídica.⁸⁴³

Como já apontado anteriormente, porém, a produção de efeitos retroativos de uma lei não se equipara à retroatividade da decisão judicial (*vide* item 3.5.1.5). Mas, quando houver decisão vinculante a respeito da matéria e, posteriormente, esta vem a ser superada por novo entendimento, haverá um problema de segurança jurídica, em especial na sua dimensão subjetiva da proteção da confiança.

Isso se verifica por algumas razões. A primeira delas consiste no fato de que, sendo a decisão de um caso concreto consubstanciada em provimento vinculante do Supremo Tribunal Federal, haverá um alto grau de *confiabilidade*, na medida em que a base da confiança adquire maior força em decorrência de seu grau de vinculação normativa.⁸⁴⁴⁻⁸⁴⁵

Da mesma forma, é importante observar que, quanto maior for a aparência de legitimidade de uma base, maior será seu nível de confiança⁸⁴⁶. Um provimento jurisdicional que tiver como fundamento uma decisão vinculante do STF terá uma considerável aparência de legitimidade, e, portanto, haverá uma alta expectativa em favor de sua manutenção.⁸⁴⁷

⁸⁴² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 499.

⁸⁴³ Humberto Ávila salienta que “se há mudança da base normativa para a decisão, a rigor, não se pode falar em mudança jurisprudencial” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 500).

⁸⁴⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 400.

⁸⁴⁵ Seguindo linha de raciocínio semelhante, Marinoni argumenta que [a] ordem jurídica - composta pelas decisões judiciais, especialmente as do STF - gera expectativa e merece confiança, tuteláveis pelo princípio da segurança jurídica” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores*. vol. 906. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, 2011. p. 5).

⁸⁴⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 402.

⁸⁴⁷ Em linha de raciocínio semelhante, Marcelo Barbi Gonçalves argumenta que se “a coisa julgada se forma com amparo em súmula ou decisão do STF – sejam estes vinculantes ou meramente persuasivos –, mas, posteriormente, ocorre o *overruling* desse entendimento pelo tribunal” haverá uma “uniformidade sincrônica entre a norma jurídica e o caso concreto”, o que justificaria a manutenção da coisa julgada, e não sua desconstituição (GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Diretivas para a rescisão da coisa julgada face a posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal...*, p. 361).

Em razão desses fatores, parte da doutrina sustenta que é recomendável que, no caso de revogação de precedentes do Supremo Tribunal Federal, sejam conferidos efeitos prospectivos à decisão, a fim de preservar o princípio da proteção da confiança.^{848,849}

Também tratando sobre as mudanças normativas, Antonio do Passo Cabral sustenta que uma alteração interpretativa pode ser utilizada como fundamento para a superação de uma situação jurídica estável. Porém, quando a modificação vier a promover uma “situação jurídica de desvantagem”, é necessário que esta seja acompanhada por regras de transição, como decorrência do princípio da segurança jurídica e do art. 23 da LINDB.⁸⁵⁰

Tendo em vista esse cenário, depreende-se que dois critérios de análise do princípio da proteção da confiança levam à conclusão de que, havendo decisão consubstanciada em posicionamento vinculante do STF, haverá fortes razões para manter a decisão transitada em julgado caso a Corte Constitucional venha a posteriormente alterar seu posicionamento.

Por vezes, porém, é possível que, não obstante uma decisão tenha sido proferida no momento de vigência de uma determinada decisão vinculante, o ambiente do debate jurisdicional já tivesse elementos para indicar que sua modificação viria a ocorrer.

Especificamente, por meio da técnica da sinalização, a Corte Constitucional poderia, em determinado julgamento, afirmar que, não obstante a decisão vinculante continue a ser seguida, isso somente ocorrerá em razões de segurança jurídica, sendo possível sua superação em um momento futuro, em razão do desgaste do posicionamento.⁸⁵¹

Ao utilizar esse tipo de técnica, a corte estaria fazendo um “anúncio público” a respeito de possível modificação da decisão vinculante. Tratar-se-ia de uma “preparação da sociedade”, para a posterior superação do precedente até então vigente⁸⁵², de forma que haveria uma

⁸⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores..., p. 7.

⁸⁴⁹ De maneira semelhante, Teresa Arruda Alvim argumenta que “uma mudança de orientação firme de um tribunal pode ter efeitos *mais abrangentes* que a mudança da própria lei”, o que, em razão do princípio da proteção da confiança, poderia se colocar como um motivo de justificação da modulação de efeitos da decisão vinculante (ARRUDA ALVIM, Teresa. Uma novidade perturbadora no CPC brasileiro de 2015: a modulação. vol. 312. *Revista de Processo*, 2022. p. 6).

⁸⁵⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Segurança jurídica e regras de transição nos processos judiciais e administrativos: introdução ao art. 23 da LINDB*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 180-182.

⁸⁵¹ DE MACÊDO, Lucas Buril. Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao sistema de precedentes brasileiro. vol. 3. *Revista de Processo Comparado*, 2016. p. 4.

⁸⁵² PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica...*, p. 197.

redução do impacto em caso de substituição da decisão vinculante por outra com posicionamento diverso.⁸⁵³

A técnica da sinalização também possui a aptidão de permitir que a comunidade jurídica debata a questão quando o tribunal ainda não está seguro acerca da possibilidade de superação. Isso se mostra importante para que haja um amadurecimento do debate doutrinário e jurisprudencial antes de se realizar a superação, de modo a evitar que, posteriormente, o tribunal venha a voltar atrás, observando o desacerto da modificação de seu entendimento, gerando uma instabilidade jurídica.⁸⁵⁴

Isso também permite fazer com que não seja mais possível que o jurisdicionado paute suas condutas na decisão vinculante, na medida em que esta é passível de modificação a qualquer momento. Justifica-se, portanto, uma modificação jurisprudencial com eficácia retroativa, não podendo o cidadão pautar-se no precedente anterior para pleitear a manutenção de sua situação jurídica.^{855_856}

É bem verdade, porém, que, caso a decisão tenha transitado em julgado antes da sinalização, esta terá se estabilizado em um momento no qual a base da confiança era dotada de um alto grau de expectativa de permanência, o que consistiria em um argumento contrário ao seu desfazimento. Mas, havendo decisão transitada em julgado em momento posterior à sinalização, as razões para modulação de efeitos *in concreto* serão menos sólidas, na medida em que a base da confiança na qual se pauta o jurisdicionado terá menor aparência de legitimidade e força vinculante.

Reitera-se aqui o fato de que a modulação de efeitos dependerá sempre da análise completa do caso concreto, de modo que a compatibilidade da decisão com anterior decisão vinculante não consiste no único critério que deve ser apreciado para tanto.

⁸⁵³ Antonio do Passo Cabral utiliza-se do termo “julgamento-alerta”, em detrimento de sinalização, na medida em que na sinalização haveria uma conclusão pela superação do precedente, ainda que não de forma imediata (CABRAL, Antonio do Passo. *A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada*. vol. 221. *Revista de Processo*, 2013. p. 7-9).

⁸⁵⁴ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica...*, p. 198.

⁸⁵⁵ DE MACÊDO, Lucas Buril. *Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao sistema de precedentes brasileiro...*, p. 4.

⁸⁵⁶ Ravi Peixoto aponta que, embora a técnica da sinalização tenha uma importância para a evolução dos entendimentos dos tribunais, é necessário que sejam criados critérios pelos órgãos jurisdicionais, quando da utilização dessa técnica, de modo a impedir que o cidadão fique em um cenário de grande incerteza quando não há posicionamento firme do tribunal a respeito da matéria (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica...*, p. 202).

5.4.5.1. Posicionamento extraído de precedentes persuasivos e doutrina majoritária.

Parte da doutrina vem sustentando que, além das decisões que se fundam em provimentos vinculantes do Supremo Tribunal Federal, aquelas que se consubstanciam em “precedentes persuasivos” da Corte Constitucional e de tribunais em geral, bem como na “doutrina dominante”, poderiam consistir em uma limitação à possibilidade de propositura de ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade.⁸⁵⁷

Desse modo, além das decisões consistentes em provimentos vinculantes do STF, as decisões cuja observância não é obrigatória e a doutrina majoritária seriam elementos que indicariam para uma legítima expectativa em relação à manutenção da base da confiança e, conseqüentemente, da coisa julgada.

Embora também seja possível verificar uma legítima confiança nas decisões pautadas nos critérios acima indicados, não é razoável equipará-las à base da confiança analisada no item 5.4.5. Isso porque um dos critérios de mensuração da confiança – o elevado grau de vinculação da base –, não estará presente nessa modalidade de base na mesma proporção que se verificou no item anterior, na medida em que as posições doutrinárias e os pronunciamentos persuasivos não têm aptidão para impor sua observância. Diante disso, o critério do grau de vinculação da base tenderá a zero, de maneira que as decisões que estiverem nessas circunstâncias terão um nível de expectativa de manutenção consideravelmente inferior.⁸⁵⁸

Por outro lado, é possível que a fundamentação da decisão consubstanciada na doutrina majoritária e em precedentes persuasivos enseje sua aparência de legitimidade, o que acaba por lhe conferir um maior grau de legítima confiança.⁸⁵⁹

Assim, ainda que os fundamentos em questão possam ser utilizados para fins de modulação de efeitos, visando o afastamento da hipótese de ação rescisória do art. 525, §15, CPC, observa-se que, indubitavelmente, cuidam-se de critérios mais frágeis do que aqueles observados no item 5.4.5.

⁸⁵⁷ GONÇALVES, Marcelo Barbi. Diretivas para a rescisão da coisa julgada face a posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal..., p. 361-362.

⁸⁵⁸ Nesse ponto, Humberto Ávila sustenta que “não se pode igualar a eficácia constitutiva de confiança de um ato vinculante com um ato não vinculante”. Esse raciocínio se justificaria pelo fato de que “quanto maior a vinculação, maior deve ser a confiabilidade do cidadão” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 401).

⁸⁵⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 402-403.

5.4.6. Pendência de recurso extraordinário ou ação de controle concentrado de constitucionalidade versando sobre a matéria quando do trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir.

Ainda no que diz respeito à relação entre a modulação de efeitos e a forma como se colocam os julgamentos do Supremo Tribunal Federal na formação de um provimento vinculante, é importante observar o que ocorre com a base da confiança quando, no momento do trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir, está pendente de julgamento recurso extraordinário ou ação de controle concentrado de constitucionalidade perante a Corte Constitucional, versando sobre a mesma matéria.

É bem verdade que, em algumas circunstâncias, caso a decisão vinculante seja proferida no âmbito do recurso extraordinário repetitivo, deverá ser determinada a suspensão dos processos pendentes (art. 1.036, §1º, CPC). Com isso, a rigor, se o processo versar sobre a mesma matéria que o recurso repetitivo, deveria este ser suspenso, o que impediria a formação de coisa julgada que acoberta provimento jurisdicional incompatível com o precedente que virá a se formar.⁸⁶⁰

Existe previsão semelhante na Lei 9.868/1999, que versa sobre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (art. 21). Assim, caso o STF determine a suspensão dos processos, havendo julgamento de controle concentrado pendente, em tese uma causa que versa sobre a mesma matéria não entraria em contradição com a posterior decisão da Corte Constitucional.

De toda forma, é possível que não seja determinada a suspensão de processos que versam sobre a mesma matéria ou, ainda, mesmo que haja determinação a respeito do sobrestamento, não seja este observado pelo julgador do caso concreto.

É plenamente possível, portanto, que haja o proferimento de decisão quando, simultaneamente, o STF esteja julgando recurso ou ação de controle concentrado que versa sobre a mesma matéria. Ocorrendo isso, pode o provimento vinculante ser incompatível com a decisão anteriormente transitada em julgado.

⁸⁶⁰ A esse respeito, existe corrente doutrinária que sustenta que o art. 980, CPC, que determina que a suspensão de processos cessa no prazo de 01 ano, caso estes estejam sobrestados em razão de incidente de resolução de demandas repetitivas, seria aplicável também ao âmbito dos recursos repetitivos (DE OLIVEIRA, Bruno Silveira. O sistema de pretensões repetitivas: entre a justiça formal e a razoável duração dos feitos [uma análise do prazo de suspensão de demandas e de recursos repetitivos no Código de Processo Civil]. vol. 284. *Revista de Processo*, 2018. p. 4). Dessa forma, caso acolhida essa tese, tem-se maior chance de haver decisão transitada em julgado contraditória com precedente vinculante.

Nessa situação, o jurisdicionado beneficiado pelo provimento transitado em julgado tinha plenas condições de identificar que a interpretação adotada pelo julgador no caso concreto poderia ser reputada de maneira diversa pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que a pendência de um processo com aptidão para produzir efeitos vinculantes demonstra que a questão é controvertida. Mais do que isso, evidencia também que a posição adotada pelo julgador do caso concreto pode deixar de ser válida em breve.

Esse cenário evidencia que a interpretação adotada pelo julgador no caso concreto não teria uma alta pretensão de permanência, isto é, tratar-se-ia de um posicionamento com alta possibilidade de modificação. A esse respeito, Humberto Ávila argumenta que a legítima confiança em relação a uma norma será maior de acordo com o grau de sua pretensão de permanência.⁸⁶¹

A pendência de julgamento de processo que versa sobre a mesma matéria perante o Supremo Tribunal Federal, portanto, cria no jurisdicionado a ciência do risco de que o posicionamento da decisão que lhe beneficia seja em breve modificado. Há, nesse ponto, um elemento normativo semelhante àquele que se verifica em relação à sinalização, uma vez que, quando adotada essa técnica de comunicação do órgão jurisdicional, a base da confiança do jurisdicionado tende a se reduzir (*vide* item 5.4.5).

Diante dessas considerações, depreende-se que a pendência de julgamento de processo no qual será exarado pronunciamento vinculante consiste em elemento que pesa desfavoravelmente à modulação de efeitos *in concreto*, de modo a beneficiar a procedência de ação rescisória com fulcro em posterior decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

5.4.7. Apreciação em conjunto dos critérios.

Como destacado ao longo dos itens anteriores, os critérios para modulação de efeitos não devem ser analisados de forma isolada, mas sim em conjunto. Não basta que o tribunal verifique se há uma causa para preservação da coisa julgada, pois, muitas vezes, os demais parâmetros indicarão para a desnecessidade de modulação de efeitos. Além disso, deve-se estar

⁸⁶¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 408-409.

atento ao grau de cada um dos critérios, na medida em que o nível de confiança variará de acordo com a configuração de cada uma das balizas indicadas.⁸⁶²

Porém, isso não significa dizer que todos ou vários critérios precisem estar configurados em alta intensidade para que se possa modular os efeitos da decisão. Isso porque a alta carga de um dos parâmetros tem aptidão para compensar a menor presença dos demais.⁸⁶³

A necessidade da apreciação em conjunto decorre do fato de que o caso concreto deve ser analisado em sua generalidade, pois alguns dos critérios podem levar a manutenção da coisa julgada, enquanto outros podem indicar para sua rescindibilidade; deve-se verificar, portanto, qual possui preponderância, para realizar uma possível modulação do caso concreto.

Feitos tais esclarecimentos, pode-se passar a alguns exemplos. Supondo, por exemplo, que uma execução já esteja tramitando há 10 anos, tenha sido penhorado um bem imóvel cuja alienação provavelmente satisfará o crédito exequendo e, após a arrematação, o executado suscita vício infundado do ato executivo, vindo o arrematante a desistir. Nesse caso, haverá ato atentatório à dignidade da justiça (art. 903, §6º, CPC), o que consiste em uma violação à boa-fé por parte do executado (*vide* item 5.4.1).

Haverá, também, a prática de vários atos executivos tendentes à satisfação do crédito, que geram um alto nível de realização da base da confiança e, conseqüentemente, uma legítima expectativa de que esta não será desfeita (*vide* item 5.4.2).

Também se verificará um transcurso considerável do tempo, na medida em que a execução já perdura há 10 anos, sendo este mais um elemento que gera uma legítima expectativa de manutenção da coisa julgada (*vide* item 5.4.4).

Assim, caso o executado venha a manejar ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, haverá fortes razões para que, na aplicação do art. 525, §13, sejam modulados os efeitos da decisão e, conseqüentemente, seja o juízo rescindente da demanda julgado improcedente.

Passa-se agora a um segundo exemplo. Caso um determinado título executivo seja fundamentado em uma norma cuja constitucionalidade estava sendo discutida pelo Supremo

⁸⁶² A esse respeito, tratando sobre o princípio da proteção da confiança Humberto Ávila sustenta que “[a] indicação dos critérios anteriores de verificação dos elementos da base da confiança demonstra que a sua configuração depende de vários elementos, não só um. Cada critério, como visto, depende de uma verificação gradual: a base da confiança será tanto maior quanto mais intensamente estiver presente o elemento considerado. Vale dizer: o grau de intangibilidade do ato será tanto maior quanto maior for a presença dos elementos anteriormente mencionados” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 420).

⁸⁶³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 421.

Tribunal Federal no julgamento de recurso extraordinário repetitivo já à época do trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir e, além disso, caso a decisão do STF venha a transitar em julgado 02 anos após o esgotamento das vias recursais da decisão rescindenda, haverá fortes razões para que não sejam modulados os efeitos.

Em relação ao primeiro ponto, observa-se que haverá uma baixa tendência à permanência da base da confiança, pois a interpretação da norma jurídica estava em discussão no Supremo Tribunal Federal, de modo que a expectativa de sua manutenção teria pouco fundamento (*vide* item 5.4.6). Da mesma forma, o decurso do tempo teria sido exíguo, estando dentro até mesmo do prazo para propor ação rescisória com base em prova nova, o que demonstra que não havia uma legítima expectativa de que a decisão se mantivesse (*vide* item 5.4.4).

Esses elementos pesam desfavoravelmente à modulação de efeitos e, conseqüentemente, permitem que seja a ação rescisória fundada em posterior decisão do STF julgada procedente pelo tribunal.

É possível, porém, que dois critérios levem a conclusões diferentes. Supondo, por exemplo, que um executado fraude à execução, postergando muito a satisfação do crédito, mas, quando da formação da coisa julgada, o STF já havia sinalizado que seu posicionamento poderia vir a se modificar.

Nesse caso, haveria uma violação à boa-fé, o que indica a manutenção da coisa julgada (*vide* item 4.5.1). Por outro lado, a base da confiança não teria uma alta tendência à permanência, visto que a interpretação conferida à norma pelo juiz do caso concreto poderia vir a ser modificada em breve (*vide* item 5.4.5); haveria, com isso, um motivo para a rescisão da coisa julgada.

Tendo em vista que os parâmetros apontam para sentidos opostos, é necessário aferir o peso concreto de cada um, a fim de que se verifique qual deve preponderar. Caso se identifique que a fraude à execução impediu que um bem que seria apto a satisfazer o crédito (ou grande parte deste) viesse a ser penhorado e posteriormente expropriado e, além disso, caso se constate que haveria tempo hábil para que o crédito fosse satisfeito antes do proferimento da nova decisão do Supremo Tribunal Federal, concluir-se-á que o peso concreto conferido à boa-fé deverá ser maior do que aquele decorrente da baixa tendência de permanência da decisão vinculante.

Esse raciocínio se justifica na medida em que, se não fosse a fraude à execução, muito provavelmente o crédito teria sido satisfeito antes da prolação da nova decisão do STF, razão pela qual seria afastada a possibilidade de se propor ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade. Dessa forma, o peso concreto da boa-fé mostrar-se-ia mais relevante. Por consequência, haverá fortes razões para modular os efeitos da decisão *in concreto* e, com isso, manter incólume a coisa julgada.

Por outro lado, caso se constate que o bem retirado do patrimônio do executado com a fraude teria aptidão para satisfazer apenas pequena parcela do crédito exequendo, o peso concreto conferido à expectativa de permanência da norma aplicada deverá preponderar e, conseqüentemente, os efeitos não deverão ser modulados, podendo a coisa julgada ser rescindida.

Esses exemplos evidenciam que os critérios para a modulação de efeitos *in concreto* não podem ser analisados de forma isolada, haja a vista a possibilidade de parâmetros diferentes indicarem para soluções diversas.

5.5. Modulação para além daquilo que já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Como demonstrado anteriormente, é plenamente possível que os efeitos de uma decisão do Supremo Tribunal Federal sejam modulados no julgamento de um determinado caso concreto pelos órgãos jurisdicionais ordinários, levando em consideração as peculiaridades que dizem respeito aos jurisdicionados envolvidos (*vide* item 5.3). Mas é preciso investigar se a decisão proferida pelo STF, em alguma medida, limita a margem de liberdade que o julgador ordinário possui no âmbito da modulação de efeitos.

Para tanto, mostra-se necessário analisar três situações em relação a como o STF pode ter se portado no que tange à modulação de efeitos: *i)* a Corte Constitucional “nem cogitou da modulação”; *ii)* o STF apreciou a possibilidade de modulação tendo “rejeitado-a ou estabelecendo-a em termos mais tímidos do que se cogita no caso concreto”, mas os elementos fáticos apreciados foram “diversos daquele(s) que ora é (são) relevante(s) no caso concreto”; *iii)* o STF rejeitou a modulação ou manipulou os efeitos da decisão de maneira diversa da que se pretende no caso concreto e, expressamente, aprecia “aquele mesmo fator que ora se apresenta no caso concreto”.⁸⁶⁴

⁸⁶⁴ TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 213.

Em cada um dos casos, a possibilidade de modulação *in concreto* se colocará de maneira diversa. Na hipótese “i”, será plenamente possível modular efeitos, na medida em que o STF não rechaçou, de forma expressa, as razões suscitadas no caso concreto. No segundo caso, pelo mesmo motivo, se mostra possível a manipulação da eficácia da decisão. Ainda que tenha decidido pela impossibilidade de modulação, não tendo o STF apreciado exatamente os mesmos motivos deduzidos pelo réu da ação rescisória, não terá efetuado, a rigor, uma ponderação entre as normas envolvidas na colisão de princípios do caso concreto. Já no que diz respeito ao item “iii”, tendo o STF já decidido sobre o critério invocado para afastar os efeitos da decisão no caso concreto, não poderá este ser apreciado de forma diversa daquela que foi realizada pela Corte Constitucional.⁸⁶⁵

Apenas para fins de ilustração, supondo que em um determinado caso concreto, o exequente suscite a necessidade de modulação pelo fato de que o executado praticou atos violadores da boa-fé (*vide* item 5.4.1). O STF, porém, já havia rejeitado a possibilidade de manipulação, refutando, expressamente, apenas o fundamento de que as decisões há muito tempo transitadas em julgado deveriam ser preservadas (*vide* item 5.4.4). Nesse caso, o argumento suscitado pelo exequente e réu da ação rescisória no caso concreto não foi analisado pelo STF, razão pela qual poderá ser enfrentado *in concreto* e, conseqüentemente, permitir a manutenção da coisa julgada, a despeito da posterior decisão de inconstitucionalidade.

De forma diversa, se a decisão do STF rejeitou a possibilidade de modulação de efeitos em relação às decisões proferidas a época em que a posição da Corte Constitucional era diversa (*vide* item 5.4.5) e, posteriormente, o exequente, réu da ação rescisória, suscita o mesmo argumento para tanto, não será possível que esse seja apreciado de forma diversa pelo órgão jurisdicional ordinário.

Uma questão complexa se coloca quando o STF modula a eficácia da decisão, conferindo-lhe efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* e o executado ajuíza ação rescisória, com fundamento na posterior decisão de inconstitucionalidade, suscitando uma razão de afastamento da modulação efetuada pelo STF. Nesse caso, questiona-se: poderia o órgão jurisdicional ordinário julgar de maneira diversa, a fim de estabelecer que os efeitos deveriam, em relação a um determinado caso concreto, serem produzidos com eficácia *ex tunc* ou atingir determinadas situações concretas?

⁸⁶⁵ TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira...*, p. 213.

Tendo em vista que a modulação deve ocorrer quando houver “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” (art. 27, Lei nº 9.868/1999), parece, em um primeiro momento, que é extremamente improvável que haja um motivo apto a “diminuir” o grau de segurança jurídica que o STF confere a uma de suas decisões. A manipulação da eficácia da decisão de inconstitucionalidade, em regra, presta-se a preservar tal princípio.

De toda sorte, não se nega a possibilidade de que, *in concreto*, sejam constatados critérios que demonstrem que a segurança jurídica deva ceder em relação a outro princípio, especialmente quando não possuir um alto grau de expectativa de manutenção da base da confiança. Supondo, por exemplo, que o STF profira uma decisão de inconstitucionalidade em Ação Direta de Inconstitucionalidade, em que lhe confira efeitos *ex nunc*. Todavia, se uma decisão conflitante houver transitado em julgado na pendência do julgamento dessa demanda, haverá um fator no caso concreto que lhe conferirá um baixo grau de tendência a manutenção (vide item 5.4.6). Em razão disso, nada obsta que se suscite uma modulação *in concreto* para ampliar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Todavia, tendo em vista a modulação já realizada pelo STF, será improvável que o critério apontado sirva para conferir eficácia *ex tunc* à decisão de inconstitucionalidade.

Porém, mesmo nesse caso haverá a necessidade de se apreciar se os critérios suscitados no âmbito concreto já não foram apreciados anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal no proferimento de sua decisão manipuladora.

5.6. Ponderação *in concreto* nos casos em que houver formação gradual da coisa julgada.

Como destacado anteriormente, no item 5.4, o prazo para propositura de ação rescisória, no caso de formação de coisa julgada progressiva, cuida-se de tema controverso atualmente. A grande discussão gira em torno do art. 975, *caput*, CPC, na medida em que este estabelece que o prazo para ajuizamento desta demanda inicia-se a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

Esse cenário levaria à possibilidade de que, com o trânsito em julgado de um capítulo, este não fosse imediatamente rescindível, pois deveria se aguardar o transcurso do prazo para a apresentação de recursos contra a última decisão proferida no processo, referente aos demais capítulos. Trata-se de entendimento que, inclusive, é consubstanciado na Súmula 401, STJ, a qual foi relevante para a redação do art. 975, *caput*, na medida em que, sob a vigência do

CPC/1973, o art. 495 estabelecia que o prazo para propositura dessa ação seria de dois anos a contar do “trânsito em julgado da decisão.

Como já destacado no item 5.4, porém, parte da doutrina entende que o dispositivo em questão deve ser interpretado não de forma literal, mas sim no sentido de que o prazo para propositura de ação rescisória inicia-se com o trânsito em julgado de cada um dos capítulos autônomos, em atenção ao princípio da segurança jurídica e da sistemática da coisa julgada no Código de Processo Civil.⁸⁶⁶

De toda forma, considerando que há uma tendência do STJ no sentido de estabelecer um prazo único para a propositura de ação rescisória, cujo termo inicial ocorrerá com o trânsito em julgado da última decisão do processo, é preciso, em algum grau, conferir maior segurança jurídica a tais casos.

Uma ferramenta que pode ser utilizada para isso são os critérios acima elencados para modulação de efeitos *in concreto*. É bem verdade que não se tratará propriamente, em tais situações, de uma manipulação dos efeitos produzidos por uma determinada decisão, mas de uma ponderação de princípios, com a finalidade de se fazer preservar a segurança jurídica. Mas, de toda forma, não se vislumbram obstáculos na utilização desses critérios como um mecanismo para aplicação do princípio da proporcionalidade, pois ambos os juízos em muito se equiparam.

E a sistemática proposta parece ser amplamente aplicável aos casos de formação progressiva da coisa julgada, pois os interesses envolvidos em alguma medida se assemelham. Por exemplo, caso um capítulo transitado em julgado há muito tempo já tenha sido em grande parte satisfeito ou até mesmo integralmente cumprido no plano concreto e, posteriormente, a última decisão do processo transita em julgado, mas em um momento consideravelmente posterior ao trânsito em julgado da primeira, haverá um elemento que indicará para a manutenção da coisa julgada (*vide* item 5.4.3), na medida em que a base da confiança já terá se realizado amplamente no plano prático.

Uma limitação pautada na execução seria algo que impediria que a execução da decisão transitada em julgado fosse “provisória e condicionada”⁸⁶⁷, tal como ocorre no critério interpretativo do art. 525, §15 (*vide* item 4.3.2.1).

⁸⁶⁶ Nesse sentido: PEIXOTO, Ravi. Ação rescisória e capítulos de sentença..., p. 233-235; CASTELO, Fernando Alcântara. A coisa julgada parcial e o problema do termo inicial para a propositura da ação rescisória no CPC de 2015. vol. 227. *Revista de Processo*, 2018, p. 7.

⁸⁶⁷ VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão...*, p. 246.

O critério que parece ser mais relevante nesse tipo de caso, porém, é o decurso considerável do tempo (*vide* item 5.4.4), pois as situações mais extremas dizem respeito a capítulos da decisão que transitam em julgado em momentos temporalmente muito distantes.

De toda forma, parece razoável que os critérios anteriormente elencados sejam utilizados, também, para o afastamento da rescindibilidade de capítulos autônomos de uma decisão transitados em momento muito anterior ao último trânsito em julgado do processo.

5.7. Modulação de efeitos como um incremento à constitucionalidade dos arts. 525, §15, e 535, §8º, Código de Processo Civil.

No Capítulo 04, analisou-se uma possibilidade interpretativa dos arts. 525, §15, e 535, §8º, Código de Processo Civil. Sabe-se que a existência de um mecanismo de desconstituição da coisa julgada com base em posterior decisão de inconstitucionalidade vinculado à existência de pretensão executiva pode, mesmo que com maior grau de segurança jurídica, estar sujeito a críticas.

De todo modo, foi apresentada uma proposta interpretativa que tem por escopo garantir a segurança jurídica. Mas, ainda assim, é evidente que a doutrina coloca obstáculos a mecanismos processuais com tais características, muitas vezes com base em critérios consubstanciados em situações extremas

Como demonstrado anteriormente, por exemplo, Rui Medeiros enxerga no §79, nº 2, Lei do Tribunal Constitucional Alemão, que em muito se assemelha ao art. 525, §15, CPC, um “prêmio” ao executado que não cumpre voluntariamente o comando jurisdicional⁸⁶⁸, o que se colocaria como um argumento contrário ao dispositivo.

Também se argumenta que haveria considerável insegurança jurídica ao se permitir que a coisa julgada pudesse ser desconstituída “a qualquer tempo”, sem uma baliza temporal pré-determinada⁸⁶⁹, o que retiraria a confiabilidade do jurisdicionado.

De fato, há casos extremos nos quais outros princípios serão violados caso efetivamente venha a se desconstituir a coisa julgada com base em posterior decisão de inconstitucionalidade, mesmo que diante dos limites delineados no Capítulo 4. Mas isso não permite simplesmente concluir pela incompatibilidade dos arts. 525, §15, e 535, §8º, com a Constituição Federal.

⁸⁶⁸MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade...*, p. 571-572.

⁸⁶⁹FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC...*, p. 269

Admitir isso seria o mesmo que deixar de observar o dever de interpretar as normas jurídicas em conformidade com a Constituição⁸⁷⁰, e não simplesmente reputá-las inconstitucionais pelo fato de haver interpretações ou circunstâncias fáticas que apontem para uma incompatibilidade com a Carta Magna.

E, tendo em vista que a modulação de efeitos se coloca como uma possibilidade, não apenas pela interpretação da sistemática principiológica, mas, também, pelo próprio direito positivo (art. 525, §13), depreende-se haver um mecanismo processual apto a corrigir as situações extremas que apontariam para uma inconstitucionalidade da norma.

A possibilidade de modulação de efeitos, portanto, coloca-se como um incremento à constitucionalidade da proposta interpretativa apresentada no Capítulo 4. Admite-se que, por vezes, esta possa trazer problemas, mas, com a manipulação *in concreto* dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, é possível afastar situações fáticas que eventualmente estivessem em desacordo com a Constituição.

É bem verdade que a modulação de efeitos traz consigo alguma margem de subjetividade, o que impede uma previsão absoluta por parte do jurisdicionado a respeito de quando efetivamente esta será aplicada. Mas, ainda assim, havendo uma pré-determinação de critérios a serem aplicados e uma devida fundamentação das decisões judiciais, há, em última análise, um procedimento dotado de racionalidade.⁸⁷¹

E a ausência de uma perfeita identificação dos casos em que haverá modulação de efeitos não consiste em uma violação à segurança jurídica, uma vez que este princípio traz consigo uma exigência de que as discussões jurídicas sejam “argumentativamente controláveis”⁸⁷², e não absolutamente previsíveis. A existência de alguma margem de subjetividade, destarte, não configura, por si só, uma condição que leva a um cenário de insegurança jurídica.

Portanto, é possível dizer que a modulação de efeitos *in concreto* não consiste apenas em uma possibilidade a ser observada pelo julgador no caso concreto, mas, também, em um elemento que reforça a constitucionalidade da ação rescisória com fulcro em posterior decisão de inconstitucionalidade.

⁸⁷⁰ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis...*, p. 93.

⁸⁷¹ Tratando sobre a proporcionalidade, mas aplicando raciocínio que também se mostra pertinente para a modulação de efeitos: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito...*, p. 587. De modo semelhante, Talamini argumenta que, em um juízo de proporcionalidade que observe “parâmetros identificáveis”, haverá um processo que poderá ser tido como “controlável” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 568).

⁸⁷² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 275.

5.8. Conclusões parciais.

O presente capítulo buscou investigar, em um primeiro momento, como a modulação de efeitos realizada pelo STF interfere na ação rescisória dos arts. 525, §15 e 535, §8º, CPC. Em sequência, analisou-se a possibilidade de, no julgamento da ação rescisória, modular-se a eficácia da decisão do STF, em razão das peculiaridades do caso concreto. Para tanto, foram elencados e investigados critérios para uma eventual modulação de efeitos *in concreto*. Diante das ideias desenvolvidas, chegou-se às seguintes conclusões parciais:

1. A modulação de efeitos se coloca como uma técnica de manipulação da eficácia geral das decisões vinculantes provenientes do controle de constitucionalidade, as quais, via de regra, produzem efeitos *ex tunc* e *erga omnes*. Com a modulação, porém, preservam-se outros princípios de ordem constitucional, ressaltando determinados atos jurídicos praticados sob a égide da vigência da norma inconstitucional.
2. Pode-se modular os efeitos de todas as modalidades de controle de constitucionalidade, e não apenas das decisões que reconheçam a inconstitucionalidade de uma norma. Com isso, é possível modular a eficácia, também, das decisões que reconheçam a constitucionalidade de uma norma, bem como sua não-recepção na nova ordem constitucional.
3. Caso haja modulação de efeitos realizada pelo STF, de modo a preservar determinadas situações jurídicas, incluindo a decisão judicial transitada em julgado, a posterior decisão de inconstitucionalidade não se colocará como uma causa de rescindibilidade da estabilidade do provimento de mérito.
4. Quando houver modulação de efeitos *ex nunc* ou projetada a partir de um marco temporal posterior ao trânsito em julgado da decisão vinculante proferida em sede de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, não surgirá rescindibilidade da coisa julgada.
5. Caso a decisão de inconstitucionalidade produza efeitos retrospectivos, mas a partir de marco temporal que não coincida com a inserção da norma jurídica no ordenamento, a

rescindibilidade deverá ser apreciada de acordo com o momento em que a coisa julgada houver se formado. Caso esta tenha se operado em momento anterior ao que se estabeleceu para a retirada da eficácia da norma inconstitucional do ordenamento, não será possível desconstituí-la.

6. Caso sejam modulados os efeitos da decisão mediante o estabelecimento de diretrizes gerais a respeito de quais situações jurídicas deverão ser preservadas, deverá ser averiguado, *in concreto*, se o jurisdicionado está protegido pela decisão manipulativa.
7. A modulação de efeitos não precisa ser realizada, apenas, pelo Supremo Tribunal Federal, podendo os órgãos jurisdicionais ordinários utilizarem esse método de limitação temporal da eficácia da decisão de inconstitucionalidade quando houver princípios constitucionais que evidenciem tal necessidade diante das circunstâncias fáticas do caso concreto, na medida em que as colisões principiológicas não são solucionadas de forma absoluta pela Corte Constitucional.
8. Quando o executado litigar de maneira irresponsável no caso concreto, não observando o princípio da boa-fé, de maneira a impedir a satisfação do crédito exequendo, haverá um elemento fático que possibilitará a modulação de efeitos *in concreto*, de modo a tornar possível a manutenção da coisa julgada, a despeito da posterior decisão de inconstitucionalidade. Necessário se faz, porém, que a conduta violadora da boa-fé objetiva tenha, efetivamente, atrasado ou impedido a satisfação do crédito, e não apenas consistido em uma litigância negligente por parte do executado.
9. A prática de muitos atos executivos tendentes à satisfação do crédito exequendo também se coloca como um critério apto a preservar a coisa julgada, na medida em que haverá um alto grau de realização da norma jurídica concreta transitada em julgado e, conseqüentemente, da base da legítima confiança do jurisdicionado.
10. Quando grande parte do crédito previsto em determinada decisão de mérito transitada em julgado já houver sido executado, haverá, também, alto nível de realização da base da confiança, e, conseqüentemente, fator que se colocará de forma favorável à manutenção da coisa julgada.

11. Tendo em vista que a ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade tem um termo inicial móvel, é possível que, por vezes, o decurso de lapso temporal considerável se coloque como elemento apto a indicar para a manutenção da coisa julgada, em razão da prolongação exacerbada desta.
12. Caso a decisão transitada em julgado esteja fundamentada em uma decisão vinculante do STF e, posteriormente, a Corte Constitucional vem a alterar seu entendimento a respeito da matéria, haverá uma legítima expectativa de manutenção da decisão, uma vez que a base da confiança possui alta carga de vinculação. Dessa forma, este pode ser um critério utilizado para fins de manutenção da coisa julgada.
13. Embora decisões pautadas em precedentes persuasivos e na doutrina majoritária também tenham uma aparência de legitimidade, o que pode indicar para a sua manutenção, não há razões tão fortes quanto no que diz respeito às decisões que se fundamentam em provimentos jurisdicionais vinculantes do Supremo Tribunal Federal.
14. Se houver, quando do trânsito em julgado de determinada decisão, pendência de recurso extraordinário ou de ação de controle concentrado de constitucionalidade perante o STF, que versa sobre a mesma matéria que foi discutida no processo já encerrado, haverá uma baixa expectativa de manutenção da base da confiança, na medida em que a norma jurídica aplicada pode receber interpretação diversa pela Corte Constitucional. Dessa forma, tem-se um elemento que se coloca de maneira a indicar para a desconstituição da coisa julgada, caso seja proposta ação rescisória fundada no art. 525, §15, CPC.
15. Os critérios para modulação de efeitos *in concreto* devem, necessariamente, ser apreciados em conjunto, a fim de verificar o grau de confiança que o jurisdicionado efetivamente tem a respeito da manutenção da decisão judicial transitada em julgado.
16. Quando se analisa a modulação de efeitos *in concreto*, deve-se investigar se esta, de alguma forma, colide com as determinações da decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal e com a opção manipulativa eventualmente feita por este. Caso os critérios para modulação de efeitos alegados *in concreto* não tenham sido apreciados pelo STF, é possível que esses sejam analisados pelo órgão jurisdicional ordinário, de modo a permitir a modulação de efeitos. Se, por outro lado, esses efetivamente tenham sido apreciados e refutados ou interpretados de modo a permitir uma modulação menos

expressiva pelo STF, não poderão ser utilizados como parâmetro de modulação pelo julgador da ação rescisória.

17. Os critérios propostos para fins de modulação de efeitos *in concreto*, no caso da ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade, também podem ser utilizados, em alguma medida, para fins de preservação da coisa julgada formada em relação a apenas uma parte do mérito, geralmente intitulada coisa julgada parcial ou progressiva. Isso porque essa estabilidade corre graves riscos decorrentes da previsão do art. 975, CPC, a qual acaba por permitir que coisas julgadas há muito tempo já formadas venham a ser desconstituídas apenas depois do trânsito em julgado da última decisão do processo. Não se tratará propriamente de uma modulação de efeitos, mas de um procedimento análogo, consistente em uma ponderação de princípios, a fim de preservar a segurança jurídica.
18. Ao se colocar como uma ferramenta de solução de colisão de princípios, a modulação de efeitos *in concreto* acaba por consistir em um mecanismo para conferir um “incremento” à constitucionalidade dos arts. 525, §15 e 535, §8º, CPC, pois permite que nos casos extremos, em que a segurança jurídica e a boa-fé seriam violadas pela rescisão da coisa julgada, mantenha-se a estabilidade, em detrimento de sua desconstituição.

Conclusão.

O presente trabalho teve por escopo analisar a ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade, prevista nos arts. 525, §15, e 535, §8º, Código de Processo Civil. Buscou-se investigar sua legitimidade constitucional, bem como seus limites interpretativos, a fim de identificar qual possibilidade hermenêutica desse meio de impugnação mais se adequa ao princípio da segurança jurídica.

No Capítulo 01, concluiu-se que a coisa julgada consiste na estabilidade que recai sobre as decisões de mérito contra as quais não cabem mais recursos, tendo 03 (três) efeitos, quais sejam, a eficácia positiva, a negativa e a preclusiva. Em relação ao efeito preclusivo, que tem por característica impedir a propositura de demandas incompatíveis com a decisão transitada em julgado, concluiu-se que este não se opera de forma plena com o trânsito em julgado.

Em realidade, há uma série de meios de impugnação contra os provimentos acobertados pela *res judicata*, com prazos diferenciados. Dessa forma, é possível dizer que o ordenamento jurídico brasileiro criou mecanismos que fazem a eficácia preclusiva aumentar gradualmente, na medida em que, com o decurso do prazo para a apresentação de cada meio de impugnação, a carga desse efeito aumenta, tornando a decisão transitada em julgado mais estável.

Essa ideia em muito se coaduna com a noção de que a segurança jurídica não é um instituto que se opera por uma lógica *tudo-ou-nada*, mas, em realidade, comporta graus diversos de realização. O princípio em questão não traz uma garantia de que o jurisdicionado conte, de imediato, com uma situação jurídica absolutamente imutável, em decorrência do transcurso de determinados prazos. Exige-se, apenas, de acordo com as lições de Humberto Ávila que o ordenamento proporcione ao cidadão *cognoscibilidade*, *confiabilidade* e *calculabilidade* em relação às normas e situações jurídicas das quais as partes sejam titulares. Caso o ambiente normativo, portanto, observe essas facetas da segurança jurídica, não haverá que se falar em violação ao referido princípio.

A coisa julgada, destarte, em razão de sua íntima relação com a segurança jurídica, não consiste em um instituto que tem por escopo conferir às partes uma situação jurídica de imutabilidade absoluta. De toda sorte, não se pode esquecer que a *res judicata* também possui envergadura constitucional, razão pela qual não é possível relativizá-lo sem critérios e parâmetros pré-estabelecidos, tampouco sem um ambiente normativo argumentativamente controlado. Do contrário, estar-se-á violando a segurança jurídica.

No Capítulo 02, foi analisada a teoria da relativização atípica da “coisa julgada inconstitucional”, haja vista que esta, historicamente, influenciou uma série de dispositivos legais, incluindo aqueles que preveem, no CPC/2015, a ação rescisória que é objeto do presente trabalho.

Foi verificado que, a despeito de parte da doutrina sustentar que a coisa julgada e que até mesmo o processo não existiriam quando aplicada norma inconstitucional, em razão do não preenchimento da condição da ação possibilidade jurídica do pedido, constatou-se que, em realidade, a melhor técnica leva a conclusão diversa. Isso porque, para que o processo exista, basta que haja um procedimento voltado à introdução de normas jurídicas concretas no ordenamento. Inclusive, com a inserção de tais preceitos normativos e esgotados os meios recursais, forma-se a coisa julgada.

Da mesma forma, não é possível sustentar que, havendo efeitos juridicamente impossíveis, por serem incompatíveis com a Constituição, não se forma coisa julgada. Essa linha de raciocínio justifica-se pelo fato de que essa estabilidade recai sobre a norma jurídica concreta veiculada na decisão de mérito, e não sobre seus efeitos.

Por outro lado, a estabilidade das decisões de mérito não pode ser um instituto absolutamente inafastável e imune a certa margem de ponderação, de modo que os princípios concretamente considerados podem levar, por vezes, ao seu afastamento.

No Capítulo 03, foram identificadas, em um primeiro momento, as eficácias decorrentes das decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, para, posteriormente, investigar a possibilidade de que tais efeitos retroajam sobre decisões transitadas em julgado. Nesse momento, foi verificado que não haveria óbices constitucionais à possibilidade de se manejar ação rescisória com base em posterior decisão vinculante do STF.

A doutrina aponta uma série de argumentos para justificar a impossibilidade de que o legislador preveja uma hipótese de meio de impugnação com essas características. Todavia, verificou-se que, tal como toda hipótese de ação rescisória, aquela prevista nos arts. 525, §15 e 535, §8º, CPC, nada mais seria do que uma exceção à eficácia preclusiva da coisa julgada, o que não é obstado pela ordem constitucional, desde que haja parâmetros controláveis para tanto.

Concluiu-se, também, que a Súmula 343, STF, não se coloca como um óbice à hipótese de ação rescisória sob análise, pois esta tem o papel de funcionar como um vetor interpretativo do art. 966, V, CPC, na medida em que este dispositivo exige que a violação à norma jurídica

seja manifesta para que a ação rescisória seja julgada procedente; imposição semelhante, porém, não existe nos arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC.

Para além disso, chegou-se à conclusão de que a possibilidade de se desconstituir a coisa julgada, com base em posterior decisão vinculante do STF, acaba por privilegiar o princípio da isonomia, na medida em que não se confere um tratamento diferenciado a dois jurisdicionados pelo simples fato de as decisões proferidas em seus processos terem se dado em momentos diversos. Há, diante desse cenário, uma fundamentação principiológica para tal meio de impugnação.

Por outro lado, concluiu-se, de igual modo, que, embora não haja um óbice constitucional referente à possibilidade de se propor ação rescisória com fulcro em posterior decisão do STF, para que se observe o princípio da segurança jurídica, é essencial que haja a fixação de balizas e parâmetros que estejam dentro da esfera de *cognoscibilidade*, *confiabilidade* e *calculabilidade* do jurisdicionado.

Em sequência, no Capítulo 04, firmada a ideia de que, do ponto de vista constitucional, não há óbices para que o legislador crie uma hipótese de ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade, foram, finalmente, investigados os limites interpretativos dos arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC.

Realizando-se uma análise pormenorizada, concluiu-se que as diversas técnicas de controle de constitucionalidade terão repercussões diversas na possibilidade de rescisão da coisa julgada que tenha estabilizado decisão que aplica norma inconstitucional. Mas, em última análise, para ensejar a rescindibilidade, a decisão de inconstitucionalidade deve projetar seus efeitos, temporalmente, sobre a coisa julgada, o que por vezes acaba por ser obstado, seja pela natureza da técnica de julgamento utilizada pelo STF, seja pela utilização da modulação de efeitos.

Para além disso, identificou-se que, para que seja possível a rescisão de uma dada decisão transitada em julgado, em virtude da aplicação de norma inconstitucional, faz-se necessário observar se o afastamento desta, por si só, tem aptidão para ensejar a modificação do teor da decisão rescindenda. Caso haja outros fundamentos que mantenham a decisão rescindenda, a demanda rescisória deverá ser julgada improcedente, mantendo a coisa julgada incólume.

Adentrando propriamente no prazo para a apresentação do meio de impugnação em questão, concluiu-se que a interpretação de que o início de seu transcurso dar-se-ia com o

trânsito em julgado da decisão do STF violaria o princípio da segurança jurídica, especialmente no que diz respeito à *confiabilidade*, pois o jurisdicionado não teria parâmetros razoáveis para identificar a partir de quando a coisa julgada não seria mais impugnável.

Portanto, após análise das diversas interpretações que vêm sendo sugeridas pela doutrina a respeito dos limites temporais dos dispositivos em questão, aderiu-se à tese de Eduardo Talamini, no sentido de que a ação rescisória sob análise apenas seria cabível enquanto a decisão que se pretende rescindir ainda fosse passível de execução. Esse raciocínio se justifica, em um primeiro momento, por elementos do direito positivo, na medida em que a lei fala em “decisão exequenda” quando versa a respeito desse meio de desconstituição da coisa julgada, além de se tratar de uma ação rescisória inserida no contexto normativo da impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525, CPC). Os elementos do diploma processual, portanto, justificam essa conclusão.

Da mesma forma, a ideia de que as decisões que não foram executadas devem gozar de um grau de segurança menor do que aquelas que já foram totalmente concretizadas justificar-se-ia, na medida em que há um sacrifício menor no desfazimento daquelas decisões que ainda não produziram seus efeitos no campo material; a desconstituição das decisões já concretizadas, por outro lado, implicaria em um sacrifício excessivo para o jurisdicionado. Há, portanto, um elemento principiológico que também fundamenta a interpretação proposta por Talamini e aderida no presente trabalho.

Esse cenário permite que se conclua, em conformidade com a ideia de que a coisa julgada não representa uma certeza absoluta e que tampouco a segurança jurídica coloca-se em uma lógica *tudo-ou-nada*, que a ação rescisória, também, pode contar com momentos diversos de cabimento.

Há, com isso, um aumento gradual da estabilidade da coisa julgada, na medida em que, com o trânsito em julgado, há uma elevada camada de eficácia preclusiva; com o transcurso do prazo de 05 (cinco) anos para a propositura de ação rescisória com base em prova nova, surge uma nova camada; com o perecimento da pretensão executiva, o grau de eficácia preclusiva fica ainda maior, tornando a decisão ainda mais estável. A segurança jurídica, enquanto um princípio que comporta níveis diversos de realização, não constitui um óbice a essa forma de se enxergar a ação rescisória; em realidade, esta acaba por ser incrementada, de acordo com o aumento da própria eficácia preclusiva, o que corrobora a ideia de que a estabilidade não precisa se operar imediatamente de forma plena para que o jurisdicionado tenha a segurança jurídica de sua posição processual devidamente tutelada.

Por fim, no Capítulo 05, houve uma investigação a respeito da relação entre a ação rescisória sob análise e a possibilidade de modulação de efeitos da decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal. Nesse capítulo, concluiu-se, em um primeiro momento, que a manipulação dos efeitos de uma decisão pode acabar por ensejar o afastamento da ação rescisória fundada em posterior decisão de inconstitucionalidade, desde que, com o provimento modulador, a coisa julgada que se pretende rescindir tenha sido excluída do âmbito de incidência dos efeitos do pronunciamento de inconstitucionalidade.

Também foi desenvolvida uma investigação a respeito da possibilidade de que o órgão jurisdicional ordinário, no julgamento da ação rescisória, realize uma modulação de efeitos *in concreto*, determinando que a coisa julgada será resguardada, ainda que a decisão de inconstitucionalidade não tenha sido modulada ou não tenha a técnica manipulativa a ressalvado.

Ainda que haja vozes na doutrina que discordem dessa possibilidade, concluiu-se no presente trabalho que o tribunal, no julgamento da rescisória, tem o poder de fazer a modulação dos efeitos da decisão do STF, considerando, para tanto, os interesses concretamente envolvidos. Essa conclusão se justifica com base na noção de que a técnica da modulação de efeitos nada mais é do que uma ponderação de princípios, a qual se coloca sempre como uma possibilidade para os órgãos jurisdicionais.

Com isso, concluiu-se que princípios de envergadura constitucional, tais como a segurança jurídica, bem como sua dimensão subjetiva, consistente na proteção da confiança e a boa-fé, podem ser utilizados como parâmetros para preservar a coisa julgada, mediante apreciação do tribunal no julgamento da ação rescisória, a despeito de o caso concreto se enquadrar nas hipóteses dos arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC.

Foram traçados, também, critérios para a modulação de efeitos *in concreto*, sem, porém, pretensão de exaustão, na medida em que a ponderação de princípios sempre será dotada de certo grau de casuísmo.

De toda sorte, foram identificados os seguintes parâmetros gerais para a modulação de efeitos *in concreto*, extraídos das características da ação rescisória sob análise, quais sejam: i) a ligação da rescisória com a fase de execução; ii) a ausência de termo final pré-determinado para sua propositura; iii) a ligação entre os arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC, e os provimentos vinculantes do STF. Com base nesses parâmetros gerais, foram desenvolvidos diversos critérios específicos, conforme demonstrado ao longo do Capítulo 05, que, porém, não esgotam todas as

situações concretas que podem ensejar a modulação dos efeitos temporais da decisão *in concreto*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- ALVES, Gustavo Silva. Precedentes como fonte do direito no novo CPC: por uma visão argumentativa do discurso jurídico. vol. 267. *Revista de Processo*, 2017.
- ARIETA, Giovanni; DE SANTIS, Francesco; MONTESANO, Luigi. *Corso base di diritto processuale civile*. 2. ed. Padova: CEDAM, 2005.
- ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da Coisa Julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- ARRUDA ALVIM, Teresa. Modulação de efeitos na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. *E-book*.
- ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 10. ed. São Paulo: RT, 2019.
- ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- ARRUDA ALVIM, Teresa. Uma novidade perturbadora no CPC brasileiro de 2015: a modulação. vol. 312. *Revista de Processo*, 2022.
- AUFLERO, Mario Vitor M. Técnicas para julgamento de casos repetitivos no novo Código de Processo Civil. vol. 265. *Revista de Processo*, 2017.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Leis originalmente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente. n. 5. Curitiba: *Revista de direito administrativo & constitucional*, 2007.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Revista Forense comemorativa - 100 anos*, t. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 5. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2002. *E-book*.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória*. Temas de direito processual – Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1977.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil*. Temas de direito processual – Primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977.

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

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: *Revista Forense Dialética Processual*. v. 377. Rio de Janeiro, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Instituto Mackenzie, 1967.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BERMUDES, Sérgio. Coisa julgada ilegal e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BERTEA, Stefano. *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*. Soveria Mannelli: Robbertino, 2002.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O contrôlo jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. *Ação rescisória e precedentes*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

CABRAL, Antonio do Passo. Alguns mitos do processo (II): Liebman e a coisa julgada. In: DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. (Coord.). *Coisa julgada e outras*

estabilidades processuais. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. vol. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. vol. 221. *Revista de Processo*, 2013. p. 7-9

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2021.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. *Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

CALAMANDREI, Piero. *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*. In: Opere Giuridiche. vol. I. Napoli: Morano Editore, 1976.

CALAMANDREI, Piero. *La corte di cassazione come organo regolatore della interpretazione giudiziaria del diritto obiettivo (unificazione della giurisprudenza)*. In: Opere Giuridiche. vol. VI. Napoli: Morano Editore, 1976.

CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. In: Opere giuridiche. vol. 3. Roma: Roma TrE-Press, 2019.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Em torno das condições da ação: a possibilidade jurídica*. *Revista de direito processual civil*, 1960.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicado às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CAPONI, Remo. *La crisi del giudicato*. Cagliari: l XXX Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, 2015

CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milão: Giuffrè Editore, 1991.

CARNELUTTI, Francesco. Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza. *Rivista di diritto processuale civile*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1935.

CASTELO, Fernando Alcântara. A coisa julgada parcial e o problema do termo inicial para a propositura da ação rescisória no CPC de 2015. vol. 227. *Revista de Processo*, 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa juzgada y preclusión*. In: Ensayos de derecho procesal civil, t. III. Buenos Aires: EJE, 1949.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*. 2. ed. Napoli: Jovene.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A consolidação da “objetivação” no novo Código de Processo Civil. vol. 256. *Revista de Processo*, 2017.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Natureza e efeitos da decisão em recurso repetitivo: uma tentativa de sistematizar a observância à tese firmada na decisão paradigma. vol. 273. *Revista de Processo*, 2017.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho processal civil*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.

CRISAFI, Marina; TRUNFIO, Eugenia. *L'azione e il giudicato: presupposti, condizione ed effetti*. Milão: Giuffrè, 2015.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DANTAS, Ivo. Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência. In: DO NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DA SILVA, Daniel André Magalhães. *A inconstitucionalidade do tratamento dado à coisa julgada inconstitucional no CPC/2015*. Salvador: Juspodivm, 2018.

DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Coisa julgada relativa? vol. 6. São Paulo: *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, 2004.

DA SILVA, Ovídio Araujo Baptista. *Sentença e coisa julgada*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DA SILVA, Ricardo Alexandre. *A nova dimensão da coisa julgada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DE ARAÚJO, José Aurélio. *Cognição sumária, cognição exhaustiva e coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DE ASSIS, Araken. *Ação rescisória*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

DE ASSIS, Araken. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da Coisa Julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DE ASSIS, ARAKEN. *Manual de execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

DE ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. Improcedência de ação declaratória e sua exequibilidade diante do NCPC. In: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva. (Coord.). Improcedência. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. vol. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DE DOMENICO, Latterio. La revisione. In: BALDUCCI, Paola; MACRILLÒ, Armando (org.). *Rimedi rescissori del giudicato*. Milão: Giuffrè Francis Lefebvre, 2020. p. 196

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DE MORAIS, Carlos Blanco. As sentenças com efeitos aditivos. In.: MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009.

DE OLIVEIRA, Bruno Silveira. O sistema de pretensões repetitivas: entre a justiça formal e a razoável duração dos feitos (uma análise do prazo de suspensão de demandas e de recursos repetitivos no Código de Processo Civil). vol. 284. *Revista de Processo*, 2018.

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

DE OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

DE MACÊDO, Lucas Buril. Boa-fé no processo civil – Parte 1. vol. 330. *Revista de Processo*, 2022.

DE MACÊDO, Lucas Buril. Duas notas sobre o art. 52, X, da Constituição Federal e a sua pretensa mutação constitucional. vol. 215. *Revista de Processo*, 2013.

DE MACÊDO, Lucas Buril. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

DE MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

DE MACÊDO, Lucas Buril. Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao sistema de precedentes brasileiro. vol. 3. *Revista de Processo Comparado*, 2016.

DE SOUZA, Victor Roberto Côrrea. O princípio da proteção da confiança e o novo Código de Processo Civil brasileiro. vol. 247. *Revista de Processo*, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Algumas novidades sobre a disciplina normativa da coisa julgada no Código de Processo Civil brasileiro de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. (Coord.). Coisa julgada e outras estabilidades processuais. In: DIDIER JR., Fredie.(Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. vol. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. vol. 1. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. vol. 2. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. n. 8. Salvador: *Revista do CEPEJ*, 2020.

DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JR., Fredie. Sentença constitutiva e execução forçada. *Revista jurídica da seção judiciária de Pernambuco*, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 7. Ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. São Paulo: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 55/56, p. 25-70, 2001. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2055-56.pdf#page=25>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

DO NASCIMENTO, Carlos Valder. Coisa julgada inconstitucional. In: *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DO VALE, Luís Manoel Borges; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Modulação subjetiva: um caminho possível e ainda esquecido. vol. 337. *Revista de Processo*, 2023.

DOS SANTOS, Welder Queiroz. *Ação rescisória por violação a precedente*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais: reconstrução da relação entre recursos e ações autônomas de impugnação*. São Paulo: Juspodivm, 2022.

EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário: fundamentos, estrutura e regime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ESTELITA, Guilherme. *Direito de acção. Direito de demandar*. Rio de Janeiro: Tese de concurso para concorrer à livre docência da cadeira de Direito Judiciário Civil da Universidade do Rio de Janeiro, 1933.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. vol. 62. São Paulo: *Revista de Processo*, 1991.

FACHIN, Luiz Edson; FORTES, Luiz Henrique Krassuski. Repercussão geral do recurso extraordinário: dever de demonstração da transcendência e relevância da questão constitucional. vol. 7. *Revista de Processo Comparado*, 2018.

- FALZEA, Angelo. *Efficacia giuridica*. In: Enciclopedia del diritto. v. XIV. Milão: Giuffrè, 1965.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 5. ed. Padova: CEDAM, 1989.
- FERREIRA, Antonio Carlos. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial. vol. 18. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, 2019.
- FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidade, limites e parâmetros*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC: efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- FERNÁNDEZ, Isabel Tapia. *El objeto del proceso: alegaciones, sentencia, cosa juzgada*. Madrid: La Ley, 2000.
- FONSÊCA, Vitor. Os tratados de direitos humanos como fontes do direito processual civil. Vol. 6. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, 2011.
- FORNACIARI, Michele. La condanna come accertamento di un credito esigibile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2014.
- FRANCO, Marcelo Veiga. Algumas reflexões sobre o termo inicial do prazo decadencial de ajuizamento de ação rescisória no Código de Processo Civil de 2015. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; REZENDE, Ester Camila Norato; LANNA, Helena. *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.
- FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. Londres: Stevens & Sons Limited, 1949.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; DE OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015. vol. 2. 2. ed. São Paulo: Método, 2018. *E-book*.
- GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da Coisa Julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil: recursos e processos de competência originária dos tribunais. vol. 3. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRIBNAU, Hans; LUBBERS, Allard. The temporal effect of Dutch tax court decisions. In: POPELIER, Patricia; VERSTRAELEN, Sarah; VANHEULE, Dirk; VANLENBERGHE, Beatrix (org.) *The effects of judicial decision in time*. Cambridge: Intersentia, 2014.

GUEDES, Cintia Regina. *A estabilidade das decisões judiciais no direito processual civil brasileiro: uma proposta de estudo das estabilidades típicas e atípicas*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2022.

GUIMARÃES, Luiz Machado. *Coisa julgada, preclusão, efeito preclusivo*. In: Estudos de direito processual civil. Rio de Janeiro: Editora jurídica e universitária, 1969.

GOMES, Frederico Augusto; RUDINIKI NETO, Rogério. Estabilização da tutela de urgência: estabilidade da medida (coisa julgada?), prestações periódicas e a “alienação da coisa litigiosa”. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Salvador: Juspodivm, 2. ed, 2016.

GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità*. Torino: Giappichelli Editore, 2005.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. Diretivas para a rescisão da coisa julgada face a posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: arts. 525, §15 e 535, §8º, CPC. In: DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. (Coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. vol. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. Processo e linguagem: coisa julgada, segurança jurídica e pluralismo metodológico. vol. 241. São Paulo: *Revista de Processo*, 2015.

HOFFMANN JÚNIOR, Lírio. *A eficácia preclusiva da coisa julgada*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: LJM Mundo Jurídico, 2015.

JORGE, Flávio Cheim; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Função e técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial. vol. 295. *Revista de Processo*, 2019.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. Sobre a necessidade de uma proteção jurídica efetiva no reconhecimento de sentenças estrangeiras no Direito Processual Civil Internacional. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução: KRUG, Alexandre; BRANDÃO, Eduardo; GALVÃO, Maria Ermantina. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOCH, Harald; ZEUNER, Albrecht. *Effects of judgments (res judicata)*. In: International encyclopedia of comparative law: civil procedure, vol. XVI, chapter 9. Chief editor: Mauro Cappelletti. Tübingen/Dordrecht/Boston: Mohr Siebeck/Martinus Nijhoff, 2012.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamago 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Aporte de fatos ao processo e superação de estabilidades processuais a partir de fatos e provas novos*. São Paulo: Tese de Livre Docência. USP, 2022.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Instituições do direito comum no processo civil brasileiro. Tradução: Eduardo Henrik Aubert. vol. 293. *Revista de Processo*, 2019.

LIUZZI, Giuseppe Trisorio. *Centralità del giudicato al tramonto?* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, efeitos da sentença, "coisa julgada inconstitucional" e embargos à execução do art. 741, Par. Único. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da Coisa Julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. Manifestação do IBDP quanto ao cabimento de reclamação por desrespeito a decisão em recurso repetitivo”. vol. 300. *Revista de Processo*, 2020.

MALHEIRO, Emerson Penha; LOPES, Elisabete Marlucci. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade na sociedade da informação vol. 1.050. *Revista dos Tribunais*, 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. Abstrativização do controle concreto ou concretização do controle abstrato. vol. 329. São Paulo: *Revista de Processo*, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: art. 525, §§12, 13, 14 e 15 do CPC/2015*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. A repercussão geral no recurso extraordinário. vol. 9. n. 92. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. vol. 906. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Modulação dos efeitos temporais no STF*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Primeiras linhas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC/2015. In: DE MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. vol. 6. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. vol. 10. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, 2015.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei nº 11.232/2005. In: DO NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; FUCK, Luciano Felício. Novo CPC e o recurso extraordinário. vol. 261. *Revista de Processo*, 2016.

MINAMI, Marcos Youji; PEIXOTO, Ravi. *Da questão prejudicial incidental constitucional no STF e o novo regime de coisa julgada*. In: DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. (Coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. vol. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MOHRER, Michelle Ris. A modulação puramente prospectiva na alteração do precedente vinculante e da jurisprudência dominante como forma autêntica de preservar os princípios da isonomia e da proteção à confiança. vol. 323. *Revista de Processo*, 2022.

MONTERISI, Ricardo D. *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 1. ed. La Plata: Kubrería Editora Platense, 2009.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Sentença e coisa julgada: exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475)*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

MUZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. In: BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; DE OLIVEIRA, William Terra (coord.). *Coleção direito e ciências afins*. vol. 4. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NATOLI, Carmelo. Considerazioni sul criterio discreitivo tra giudicato implícito e giudicato sul deducibile. In: *Rivista trimestale di diritto processuale civile*. Milão: Giuffrè, 1979.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; DA FONSECA, João Francisco Naves. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. *e-book*.

NERY JR., Nelson. A polemica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e Estado de Direito. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da Coisa Julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. *E-book*.

NERY JR., Nelson, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*. São Paulo: Dissertação de concurso à cátedra de direito judiciário civil da Universidade de São Paulo, 1970.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada*. tradução: Antonio do Passo Cabral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

NOJIRI, Sérgio. Crítica à teoria da relativização da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da Coisa Julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questão prejudicial incidental: limites objetivos e subjetivos*. Londrina: Thoth, 2021.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR, Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro; DE ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril (coord.); DIDIER JR., Fredie (coord. geral): *Grandes temas do novo CPC – Precedentes*. vol. 3. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PEIXOTO, Ravi. Ação rescisória e capítulos de sentença: a análise de uma relação conturbada a partir do CPC/2015. In: DE MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. vol. 6. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

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

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Efeitos e estabilidade das decisões terminativas. vol. 302. São Paulo: *Revista de Processo*, 2020.

PISANI, Andrea Proto. Appunti sul giudicato civile e suoi limiti oggettivi. *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1990.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. t. 1. Campinas: Bookseller, 1998.

PUGLIESI, Giovanni. *Giudicato civile*. In: Enciclopedia del diritto, v. XVIII. Milão: Giuffrè, 1969.

PUPPIN, Ana Carolina Bouchabki. Ação rescisória com fundamento em inconstitucionalidade: pressupostos e limites para a desconstituição da coisa julgada (arts. 525, §15 e 535, §8º do CPC/2015). 2021-2023. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2023.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade no Brasil*. Porto Alegre: Impreta, 2001.

RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes [coord.]. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentários ao art. 525. In: CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (Org.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2016. *E-book*.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada: objeto do processo e questões prejudiciais*. Salvador: Juspodivm, 2020.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Rejeitar é reconhecer? (estudo sobre a ausência de eficácia executiva das sentenças de improcedência)*. Trabalho apresentado na disciplina "O direito e a vida dos direitos" (Doutorado em Direito Processual). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015.

TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada no tempo (os "limites temporais" da coisa julgada). n. 88. *Revista do Advogado*, 2006.

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

TALAMINI, Eduardo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). *Direito constitucional brasileiro: organização do Estado e dos poderes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto*. Tese de livre-docência. São Paulo: USP, 2008.

TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”). In: NERY JUNIOR, Nelson;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TALAMINI, Eduardo. Os pronunciamentos do STF sobre questões constitucionais e sua repercussão sobre a coisa julgada (impugnação ao cumprimento de sentença do título executivo inconstitucional e a regra sobre prazo de ação rescisória). In: DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. (Coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. vol. 12. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

TALAMINI, Eduardo. “Sentença que reconhece obrigação’ como título executivo (CPC, art. 475-N, I – acrescido pela Lei 11.232/2005)”. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Execução civil e cumprimento de sentença*. São Paulo: Método, 2006.

TESHEINER, José Maria Rosa. Relativização da coisa julgada. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*. Ribeirão Preto, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; DE FARIA, Juliana Cordeiro. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista dos Tribunais*, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. vol. 177. *Revista de Processo*, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O direito jurisprudencial e o Código de Processo Civil de 2015: modulação temporal dos efeitos de mudança na orientação da jurisprudência vinculativa. vol. 320. São Paulo: *Revista de Processo*, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da Coisa Julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

TOSCAN, Anissara. *Coisa julgada revisitada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

TOSCAN, Anissara. O paradoxo da “preclusão judicial” e o poder instrutório do juiz em perspectiva comparada. vol. 5. São Paulo: *Revista de Processo Comparado*, 2017.

VALLINES, Enrique. Op-Ed "No procedural limits for consumers challenging unfair contract terms? (C-869/19, C-600/19 and C-693/19 & C-831/19)". Disponível em: <https://eulawlive.com/op-ed-no-procedural-limits-for-consumers-challenging-unfair-contract-terms-c-869-19-c-600-19-and-c-693-19-c-831-19-by-enrique-vallines/>. Acesso em 14 de fevereiro de 2024.

VILLAS BOAS JÚNIOR, Ismael Fernando Poli. *A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como causa de rescisão*. 2018-2022. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Coisa julgada em matéria tributária*. vol. 1. Curitiba: Revista dos Tribunais – Pareceres – Wambier, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: execução*. 18. ed. 3. vol. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Relativização da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da Coisa Julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Relativização da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da Coisa Julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória*. São Paulo: Malheiros, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. Breves notas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC 2015. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Org.). *O Novo Código de Processo Civil - Questões Controvertidas*. vol. 1. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional*. Tese (Doutorado em Direito). Departamento de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

ZAVASCKI, Teori. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. vol. 109. *Revista de processo*, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ZAVASKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. vol. 125. *Revista de processo*, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. Executividade das sentenças de improcedência em ações declaratórias negativas. vo. 208. *Revista de processo*, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da Coisa Julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

ZIFF, Robert. For one litigant's sole relief: unforeseeable preclusion and the second restatement. *Cornell Law Review*, n. 77, 1992.