Coisa julgada e controle incidental de constitucionalidade
Res judicata and incidental control of constitutionality

*José dos Santos Carvalho Filho**

Resumo: o artigo faz considerações a respeito do controle de constitucionalidade e do instituto da coisa julgada, apresentando os efeitos decorrentes do controle incidental de constitucionalidade sobre o instituto da coisa julgada.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade – coisa julgada – inconstitucionalidade incidental – resolução suspensiva do Senado – relação continuada

Abstract: this article raises questions about the control of constitutionality and the institute of *res judicata*, showing the effects of incidental control of constitutionality on the institution of *res judicata*.

Key-words: control of constitutionality – *res judicata* – incidental unconstitutionality – suspension resolution of Senate – ongoing relationship

* Mestre em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor do curso de pós-graduação da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor da Universidade Candido Mendes (Ucam, pós-graduação). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (Idaerj). Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado). Consultor jurídico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

1. Introdução

A natureza do presente estudo não comporta análise mais aprofundada dos inúmeros aspectos que cercam o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, tema que, nos dias de hoje, permeia praticamente todo cotejo entre a Constituição e os atos infraconstitucionais.

Da mesma forma, o presente trabalho não está destinado ao exame mais minucioso do instituto processual da coisa julgada, cujos complexos meandros e conhecidas controvérsias se espraiam na teoria geral do processo.

O alvo das presentes considerações consiste na reflexão que nos parece necessário fazer acerca dos efeitos irradiados pelo controle incidental de constitucionalidade sobre o instituto da coisa julgada, buscando-se apontar algumas dúvidas e complexidades que se situam no entorno do tema.

A despeito desse aspecto, parece adequado fazer uma breve recapitulação tanto do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, quanto do instituto da coisa julgada, de modo que, nos passos seguintes, se possa alcançar o real alvo destas anotações.

2. Controle da constitucionalidade das leis

O controle da constitucionalidade das leis tem como fundamento o princípio da supremacia da Constituição dentro do sistema da hierarquia das leis. A premissa de Kelsen, portanto, era clara: não pode haver conflito entre uma norma superior e uma inferior; àquela cabe determinar a criação desta, e esta, por sua vez, encontra na primeira o fundamento de sua validade. Se uma norma é considerada válida, tem-se que admitir que está em harmonia com a norma que lhe é superior.[1]

Por outro lado, é de se ter em mente a classificação das constituições em rígidas e flexíveis, como concebeu Bryce para substituir a distinção entre constituições escritas e não escritas, de difícil demarcação. Nas constituições rígidas, distinguem-se o poder constituinte e os poderes constituídos, com destaque para o fato de que qualquer modificação constitucional reclama procedimento especial, diverso do adotado para a elaboração das leis em geral. Por tal motivo, vale a afirmação de Ronaldo Poletti, para quem a questão da revisão constitucional "só existe nas constituições rígidas, pois nas flexíveis não há qualquer processo especial para a sua transformação".[2]

---

[1] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1962. v. II, p. 34.

[2] POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 13.

É a rigidez da Constituição que traduz a sua supremacia relativamente aos demais atos, permitindo que se lhe possa atribuir a marca de paradigma e de fundamento e, consequentemente, ensejando o confronto entre a norma constitucional e as demais normas jurídicas. Estas, para serem consideradas legítimas, devem guardar compatibilidade com a Constituição; se assim não for, serão elas inconstitucionais. A equação básica, portanto, é de evidente singeleza.

Sem embargo das várias classificações sugeridas pelos doutrinadores em geral para enquadramento do controle de constitucionalidade, duas delas merecem destaque para este trabalho: a primeira leva em conta o número de órgãos incumbidos do controle, hipótese em que encontramos o controle concentrado e o controle difuso; a segunda considera o modo de manifestação dos órgãos, surgindo nesse caso o controle principal e o controle incidental.

O controle concentrado é aquele em que a fiscalização da constitucionalidade é objeto de monopólio de um ou de poucos órgãos, ao passo que o controle difuso é suscetível de ser exercido por todos os órgãos do sistema. Ambos são previstos no direito pátrio, levando alguns autores a uma terceira categoria: a de controle misto. O STF e os tribunais estaduais concentram o controle em determinadas situações; em outra vertente, todos os órgãos judiciais podem fiscalizar a constitucionalidade, caso em que se apresenta o controle difuso.[3]

Controle principal é aquele exercido por meio de ação direta, em que o pedido consiste na declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. Trata-se de controle de natureza abstrata, uma vez que resulta do confronto *in abstracto* entre a lei ou ato e a Constituição. Já o controle incidental (*incidenter tantum*) é exercido por via de arguição preliminar, ou seja, a discussão constitucional qualifica-se como questão prejudicial integrante da causa de pedir e pode ser suscitada em qualquer ação. O objetivo dessa forma de controle é afastar do caso concreto deduzido na ação a incidência da norma apontada como inconstitucional.[4]

Alguns autores aludem a essa forma de controle incidental como sendo executada por via de exceção. Outros estudiosos não endossam tal caracterização. E lhes assiste razão. A exceção é instrumento pertinente à defesa, sendo suscitada normalmente dentro da contestação. Em alguns casos, é oferecida em separado, mas sempre condiz com a apresentação da defesa. A arguição incidental de inconstitucionalidade, todavia, conquanto em regra seja suscitada pelo réu na contestação, pode sê-lo também pelo autor em sua petição inicial, como premissa e

[3] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 75.
[4] MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 145.

questão prejudicial do pedido que formula. Nesse caso, a procedência do pedido pressupõe que, na análise da prejudicial, o julgador declare *incidenter tantum* a inconstitucionalidade da lei impugnada na inicial.

Somente à guisa de clareza, deve realçar-se que o controle da constitucionalidade das leis reflete uma forma especial de controle judicial, porquanto atinge atos normativos gerais e abstratos. Não se confunde, pois, com o controle administrativo, exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos da administração em geral. O controle judicial é específico – reitere-se – porque, seja principal ou incidental, nele é impugnado ato normativo, mais comumente a lei, o que não sucede no controle da atividade administrativa – fato que já consignamos em outra oportunidade.[5]

3. Coisa julgada

Como é sabido, enquanto está sujeita a recurso e, portanto, passível de reforma, a sentença, como regra, não produz seus efeitos regulares. Tal situação ainda não enseja foros de definitividade à solução judicial adotada para a *res in iudicium deducta*. Todavia, haverá determinado momento em que não mais caberão recursos ou estes deixarão de ser oferecidos pela parte. Em outras palavras, a decisão não mais poderá ser objeto de reexame. Quer dizer: a "sentença, como ato processual, adquiriu imutabilidade", conforme realça clássica doutrina, decorrendo daí a coisa julgada.[6]

Obviamente, o instituto da coisa julgada oferece inúmeras complexidades em razão dos expressivos efeitos que provoca. Mas a verdade é que, mesmo sendo possível eventual defecção, cuida-se de instituto jurídico de inegável relevância na disciplina social e integra o conteúdo do princípio da segurança jurídica, próprio do estado democrático de direito, sendo, inclusive, consagrado no art. 5º, XXXVI, da vigente Constituição. Sendo assim, é válida a advertência de que o instituto não é instrumento de justiça das decisões, mas sim garantia da segurança jurídica pelo caráter de definitividade que lhes empresta.[7]

A doutrina distingue a coisa julgada formal da coisa julgada material. A primeira traduz a imutabilidade do julgado dentro do processo, formando verdadeira preclusão endoprocessual.[8] A coisa julgada material, por sua vez, implica

---

[5] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1108.
[6] SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. IV, p. 458.
[7] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 2, p. 408.
[8] DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 375.

a inviabilidade de rediscutir a matéria, quer no processo do qual emanou, quer em qualquer outro processo. Consequentemente, acarreta a solução definitiva não do processo, mas sim da própria relação jurídica conflituosa de direito material. Poder-se-ia falar aqui em preclusão extraprocessual. De qualquer modo, parece acertada a clássica afirmação de Liebman, lembrada por vários especialistas, de que a coisa julgada formal é o primeiro degrau da coisa julgada material.

4. Inconstitucionalidade incidental e coisa julgada

A arguição incidental de inconstitucionalidade, suscitada no controle difuso, faz parte da causa de pedir, um dos elementos da ação. A *causa petendi* retrata os fatos e os fundamentos jurídicos oferecidos pelo autor, capazes de, a seu juízo, dar embasamento à pretensão que deduz na ação. Ninguém pode invocar a tutela jurisdicional sem apontar o que mobiliza tal providência. Não é o dispositivo jurídico que constitui a causa de pedir, mas o fato jurídico que ampara a pretensão. Como o direito se origina de um fato (*ex facto oritur ius*), distingue a doutrina o fato em si gerador do pedido (causa remota) do fato que reside na repercussão daquele na esfera jurídica (causa próxima).[9]

Segundo o sistema adotado pelo vigente *Código de Processo Civil*, a causa de pedir, em linha de princípio, não faz coisa julgada. Diz a lei processual que não fazem coisa julgada "os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença" (art. 469, I, CPC), nem tampouco "a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo" (art. 469, III, CPC). Desse modo, a decisão judicial sobre a questão da constitucionalidade não é revestida pela autoridade da coisa julgada material, possibilitando seja ela rediscutida em outro processo e até mesmo decidida de modo contrário.[10]

É bem verdade que o sistema processual admite que a decisão sobre a questão prejudicial faça coisa julgada: para tanto, deve a parte requerê-lo, ser competente o juiz em razão da matéria e constituir a prejudicial pressuposto necessário para o julgamento da lide (art. 470, CPC). Atua-se aqui por meio de ação declaratória incidental, como reconhece a doutrina especializada.[11] Esse instrumento, porém, não se aplica à questão incidental de inconstitucionalidade. Com efeito, essa matéria jamais pode ser convertida em questão principal. Se o fosse, vulnerado estaria

[9] THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I, p. 64.
[10] MORAES, op. cit., p. 167, com apoio na lição de Ada Pellegrini Grinover.
[11] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 448.

o controle principal de constitucionalidade, pelo qual o confronto entre a lei e a Constituição é privativo de tribunais. Além disso, haveria usurpação da competência destes, inclusive a do STF, pelo julgador de primeiro grau de jurisdição.

Infere-se, pois, que a resolução sobre a questão incidental de constitucionalidade em qualquer tipo de ação tem eficácia apenas relativa, não só no mesmo processo, como em processo diverso. No mesmo processo, porque o órgão julgador de revisão pode desfazer o julgamento dessa questão, contradizendo o entendimento do órgão originário. Em outro processo, porque neste o julgador também pode ter visão diversa sobre a mesma questão, julgando-a em sentido contrário à decisão proferida pelo primeiro órgão julgador.

5. A decisão do STF sobre a inconstitucionalidade incidental

Diferentemente do que sucede com o controle principal e concentrado, que proclama a solução judicial numa só instância, o controle incidental permite que a discussão sobre a questão constitucional se estenda a todas as instâncias, alcançando, inclusive, a mais alta delas: a do STF. Justifica-se o fato porque essa discussão constitui questão prejudicial no que concerne à matéria de fundo posta na ação, de modo que, por ser acessória, percorre o mesmo *iter* processual pelo qual transita a ação.

Levada a controvérsia ao STF, a Corte, conhecendo o recurso extraordinário, terá que fatalmente decidir sobre a questão constitucional *incidenter tantum* antes de apreciar a questão de fundo objeto da ação. De qualquer modo, o que for decidido na ação tem seus efeitos limitados às partes que figuram no processo: essa é a regra geral relativa aos limites subjetivos do *decisum*. A lei processual é peremptória em afirmar que "a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas" (art. 458, CPC). Não se pode, por isso, atribuir à coisa julgada que aí se forma "autoridade que vá além dos limites da lide posta", como anota reconhecida doutrina.[12]

O controle incidental de constitucionalidade exercido pelo STF poderá chegar apenas a dois tipos de conclusão: ou a Corte entende ser constitucional a lei ou o ato normativo objeto da discussão prejudicial na ação, ou, contrariamente, decide no sentido de sua inconstitucionalidade. No caso de julgamento de constitucionalidade, nenhum efeito relevante sobrevém dessa apreciação; a lei, cuja presunção de constitucionalidade já militava em seu favor, tem consolidada a presunção.

---

[12] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 700.

Entretanto, o mesmo não se passa no caso de a apreciação do STF conduzir à inconstitucionalidade da lei. Nessa hipótese, é forçoso reconhecer que somente em tese se pode afirmar que a decisão se limita à causa na qual foi proferida. É que a lei contém um conjunto de normas de aplicabilidade geral, numa clara indicação de que, além dos limites da lide, a inconstitucionalidade recebe um influxo voltado para a incidência *erga omnes*. Quer dizer: a decisão *inter partes* sofre certa pressão para expandir-se na direção de sua eficácia *erga omnes.* Afinal, o que é inconstitucional para as partes no processo há de sê-lo para todos os destinatários da lei.

6. Senado e eficácia erga omnes da questão constitucional

A pressão exercida pela decisão incidental de inconstitucionalidade para a expansão de seus efeitos fora dos limites do processo ensejou a criação de instrumento próprio para esse fim: a manifestação do Senado sobre a decisão do STF.

Segundo dispõe o art. 52, X, da vigente Constituição, compete privativamente ao Senado "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal". O mandamento deixa consignado que o STF, no controle incidental, profere decisão dotada de eficácia unicamente nos limites da lide. Sendo assim, a extroversão dos efeitos da decisão se materializa pelo ato do Senado que proclama a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional. Com esse ato, passa a decisão a ter eficácia *erga omnes*.[13]

Vários são os aspectos controvertidos a respeito da intervenção do Senado no processo de controle incidental de constitucionalidade. Para o presente estudo, porém, torna-se dispensável o exame de todas as divergências. Quanto à natureza da resolução que suspende a execução da lei, é praticamente uníssono o entendimento de que se cuida de ato político, oriundo de órgão eminentemente político, cuja função se limita ao exaurimento do processo de dar eficácia geral à decisão incidental proferida por órgão do Judiciário, no caso o STF.

Não obstante, não há uniformidade no que concerne à postura do Senado diante da comunicação que o STF lhe faz sobre a decisão incidental de inconstitucionalidade da lei. Para alguns estudiosos, a atuação do Senado é vinculada, ou seja, não lhe cabe senão expedir a resolução suspensiva.[14] Para outros, a atuação é relativa-

---

[13] Na Rcl nº 4.335/AC, o ministro Gilmar Mendes (1.2.2007), à guisa de evolução interpretativa, proferiu voto no sentido de que a própria decisão do STF tem eficácia *erga omnes*, cabendo ao Senado dar apenas publicidade ao ato. Com a devida vênia, desconsideramos tal posição por absolutamente incompatível com a Constituição e, por conseguinte, endossamos os votos proferidos em sentido contrário.

[14] É a clássica posição de Lucio Bittencourt, em sua obra *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 145.

mente vinculada, vale dizer, a obrigatoriedade de suspender a execução depende da observância de todos os requisitos formais no procedimento.[15] Uma terceira posição advoga o entendimento de que a decisão suspensiva do Senado é inteiramente discricionária, inferindo-se daí que há facultatividade na adoção da medida.[16]

É pertinente, ainda, relembrar a questão da eficácia temporal da resolução suspensiva do Senado. Para alguns autores, a resolução tem eficácia *ex nunc*, vale dizer, opera efeitos futuros, a partir de sua vigência.[17] Na opinião de outros estudiosos, a suspensão opera efeitos *ex tunc*, alcançando atos anteriores praticados sob a égide da lei cuja eficácia ficou suspensa pela resolução.[18] O primeiro entendimento funda-se na estabilidade jurídica que deve revestir os atos anteriores à suspensão. O segundo, contudo, invoca a uniformidade jurídica como fundamento, na medida em que, se o STF reconheceu a inconstitucionalidade da lei em determinado caso concreto, deve ela alcançar todos os outros, evitando-se efeitos diversos para situações jurídicas idênticas.[19]

Sem embargo da divergência que cerca semelhante discussão, parece-nos que, de fato, constituiria iniquidade dar tratamento diferente a hipóteses jurídicas com o mesmo contorno. Provoca justificável indignação para o indivíduo o fato de ser proferida, em favor de outrem, decisão antagônica à que foi proferida em seu próprio processo. Estaria evidente o sentimento de injustiça para aquele que não se beneficiou da declaração de inconstitucionalidade e do ato de suspensão de eficácia da lei.

Entretanto, é preciso interpretar *cum grano salis* a eficácia *ex tunc* da resolução suspensiva do Senado. Se, de um lado, não parece apropriado admitir que os efeitos sejam unicamente os que venham a ser produzidos de modo prospectivo, relegando-se os fatos anteriores advindos da mesma lei, é de considerar-se, por outro, a existência de certas barreiras de contenção, que impedem seja simplesmente desconstituída situação jurídica anterior. Uma dessas barreiras é justamente a coisa julgada, como será visto adiante.

7. Coisa julgada anterior à resolução suspensiva

É imperioso reconhecer que, antes de ser declarada incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei e de ser expedida pelo Senado a resolução para suspen-

---

[15] Entre outros, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. I, p. 316.
[16] É a posição, dentre outros, de RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis*: vício e sanção. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 125.
[17] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 153.
[18] É a opinião, entre outros, de Clèmerson Merlin Clève, op. cit., p. 122.
[19] O STF acabou perfilhando esse entendimento: ver MS nº 17.976, rel. ministro Moacyr Amaral Santos, 1969.

der-lhe a execução, muitas situações podem ter ocorrido sob o império da mesma lei. Partindo-se da premissa de que o controle difuso opera com retroatividade, vale a pena colacionar algumas situações em que se tenha formado coisa julgada em processos diversos, para examinar até onde seriam aplicáveis os efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*.

Primeiramente se verá a hipótese em que o STF tiver considerado constitucional, incidentemente, a lei impugnada. Nessa hipótese, a apreciação terá indicado que a Corte rejeitou a arguição de inconstitucionalidade suscitada na ação.

A decisão de não acolhimento da inconstitucionalidade em nada vai interferir nos casos em que se tiver formado a coisa julgada naquelas ações nas quais o órgão jurisdicional se tenha posicionado no mesmo sentido. Aqui a decisão incidental proferida pelo STF vai ao encontro da apreciação feita pelos demais órgãos julgadores a respeito da questão prejudicial de constitucionalidade. Significa que o *meritum causae* de todas as ações foi decidido com fundamento em causa de pedir apreciada de forma unívoca: a constitucionalidade da lei hostilizada na arguição prejudicial.

Nas ações em que o julgamento da questão prejudicial tenha considerado a lei inconstitucional, em sentido diverso, portanto, do julgado pelo STF, poderá haver, ou não, repercussão do *decisum* nas referidas ações.

Caso a decisão anterior, coberta pela coisa julgada, ainda esteja apta ao desfazimento por meio de ação rescisória, poderá a decisão incidental do STF influir no resultado desta última ação. A ação rescisória tem o condão de desconstituir a sentença transitada em julgado e ensejar o rejulgamento da matéria nela julgada.[20] O fundamento da ação será a violação literal de disposição de lei (art. 485, V, CPC), a qual decorrerá do fato de que, ao apreciar a questão prejudicial, o julgador da ação anterior terá concluído no sentido da inconstitucionalidade da lei, quando esta seria, na verdade, constitucional. O termo "lei", no texto do citado dispositivo, deve ser interpretado em sentido amplo, em ordem a alcançar qualquer tipo de lei, decreto legislativo, lei delegada e até a própria Constituição.[21] Indispensável, porém, é que ainda não tenha transcorrido o prazo de dois anos para a propositura da ação rescisória, prazo esse de natureza decadencial e contado a partir do trânsito em julgado da sentença rescindível (art. 495, CPC). Como se pode observar, a decisão incidental do STF pode afetar a coisa julgada anterior, permitindo a sua desconstituição por meio da ação rescisória.

Em outra vertente, pode ocorrer que a decisão sobre a questão prejudicial pelo STF seja proferida além do prazo de dois anos a partir da formação da coisa jul-

---

[20] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. V, p. 95. O autor sustenta, inclusive, que o ideal é que se interprete que o fundamento não seja a violação de lei, mas sim a violação do direito em tese.

[21] MOREIRA, op. cit., p. 115.

gada no processo anterior. Ultrapassado esse prazo, extingue-se não apenas o direito à ação rescisória, "mas o próprio direito substancial à rescisão", como averba reconhecida doutrina.[22] Em semelhante hipótese, a decisão anterior não mais será passível de desconstituição e imutável será a coisa julgada que dela se originou. Fatalmente haverá duas decisões de mérito antinômicas: uma, anterior, que se fundou na inconstitucionalidade da lei, e outra, posterior, que adotou como premissa a constitucionalidade. Sem dúvida, haverá prejuízo para a parte na primeira ação, mas esse é o corolário natural do instituto da coisa julgada, marcado pelo princípio da estabilidade das relações jurídicas e das decisões judiciais.

Merece exame a segunda hipótese de decisão incidental proferida pelo STF: aquela em que a Corte julga a lei inconstitucional. Nesse caso, o STF acolhe e julga procedente a arguição de inconstitucionalidade suscitada pelo réu na contestação ou pelo autor na petição inicial. Diferentemente do que ocorre com a hipótese anterior, em que a decisão do STF exaure o processo de controle, a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* é apenas uma fase do procedimento, sendo este ultimado pela manifestação do Senado Federal – que, se for positiva, ensejará a edição da resolução com vistas a suspender a execução da lei.

Sendo a decisão proferida em tal sentido, não haverá interferência nas ações anteriores em que, suscitada idêntica arguição, tenha o órgão jurisdicional julgado da mesma forma, ou seja, acolhendo o pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade da lei. É o caso, por exemplo, em que a ação tenha sido julgada por tribunal de segundo grau de jurisdição, com decisão incidental de inconstitucionalidade de lei, na forma do art. 97 da CF, tendo-se formado coisa julgada nessa mesma instância. Se, em outra ação, o STF vier a julgar no mesmo sentido a questão prejudicial, a decisão confirmará o entendimento já adotado pelo Tribunal, não havendo qualquer ingerência na decisão anterior, até mesmo porque nela a pretensão do interessado, formulada com base na questão prejudicial, mereceu acolhimento com eficácia *ex tunc* e independentemente da resolução suspensiva do Senado.

Vejamos agora a hipótese contrária: na ação anterior foi rejeitada a arguição de inconstitucionalidade e, posteriormente, em outra ação, o STF veio a acolhê-la. O efeito, nesse caso, será o mesmo que o já mencionado para a hipótese inversa: tudo dependerá da situação da sentença anterior. Se já estiver transitada em julgado, a decisão do STF em nada afetará a sentença anterior. Mas, se ainda estiver em curso o prazo bienal para a ação rescisória, poderá esta ser ajuizada com a mesma arguição de inconstitucionalidade, agora invocando o interessado a pre-

[22] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. III, p. 25.

judicial suscitada e acolhida pela Corte Suprema. É possível (mas não inafastável) que, sendo invocada a decisão incidental do STF, tenha a ação rescisória resultado diverso do que teve a ação cuja sentença se pretende rescindir.

Não custa enfatizar que tais efeitos independem da resolução suspensiva do Senado, que alvitra, como já visto, suspender a execução da lei com efeitos *erga omnes*. A ação rescisória a que se aludiu é movida sempre em caráter *inter partes*, alterando-se apenas o elemento de convencimento que resulta do entendimento do STF, diverso do que adotou o órgão julgador, relativamente ao incidente de constitucionalidade da lei. Portanto, julgada procedente a rescisória, a eficácia do *decisum* será limitada às partes no processo.

8. Coisa julgada nas relações continuativas

A questão sobre a coisa julgada formada por sentença que decide relações continuativas desafia comentário especial, dadas as divergências que gravitam em torno do tema.

Relações continuativas, ou de trato sucessivo, são aquelas que se protraem no tempo e que, por isso, podem sofrer o influxo de novas circunstâncias de fato ou de direito, não existentes preteritamente. Como o futuro tem alto grau de imprevisibilidade, tais relações não podem ter o padrão de estabilização próprio das relações de exaurimento imediato.

Denominam-se "sentenças determinativas" aquelas que decidem relações continuativas litigiosas. São exemplos clássicos entre os doutrinadores a ação de alimentos e a ação de revisão de aluguel. De fato, é possível que uma ação de alimentos seja decidida com a condenação do réu ao pagamento de pensão e, ulteriormente, surgir modificação em seu estado de fato, como, por exemplo, a rescisão de seu contrato de trabalho. Não havendo mais fonte de renda, fica impossibilitado de cumprir a determinação judicial.

A discrepância entre os processualistas reside em saber se sentenças que decidem sobre tais relações são aptas, ou não, a alcançar a autoridade da coisa julgada. Quanto à coisa julgada formal, há praticamente uniformidade quanto à sua formação: em certo momento a ação não mais ensejará a interposição de recursos e, se assim ocorrer, haverá preclusão endoprocessual e, em consequência, formar-se-á a coisa julgada formal.

O problema situa-se na formação da coisa julgada material. Alguns autores advogam a inviabilidade de semelhante efeito.[23] De outro lado, domina o entendimen-

[23] É a posição de GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2, p. 247.

to oposto, vale dizer, aquele segundo o qual tais sentenças são idôneas a revestir-se da autoridade da coisa julgada material, ainda que sujeitas a certo grau de mutabilidade ante a superveniência de condições diversas das anteriormente existentes.[24]

Divergem, ainda, os autores quanto ao fundamento da coisa julgada material formada por sentenças determinativas. Para uns, o fundamento está no fato de que só há identidade entre as ações quando idênticas são as partes, a causa de pedir e o pedido (art. 301, §2º, CPC); se a segunda ação é, por exemplo, de revisão de alimentos, diversa é a *causa petendi*. Assim, haveria nova ação. [25] De acordo com outro entendimento, que se nos afigura de inegável juridicidade, a justificativa está em que tais decisões contêm implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, que só deve permanecer enquanto perdurarem as condições sob o império das quais foram proferidas. "Desaparecida a situação jurídica abrangida pela sentença, a própria sentença tem que desaparecer também", e isso porque nesses casos a "sentença, baseando-se numa situação atual, tem sua eficácia projetada sobre o futuro", como averba reconhecida doutrina.[26]

A despeito de todas essas divergências, é imperioso reconhecer que situações sujeitas no futuro à influência do tempo não podem submeter-se a uma solução imutável que ignore a possibilidade de alteração das condições dentro das quais foi ela adotada. Em outras palavras, os efeitos de sentença que decide sobre relação continuativa somente são intangíveis *si et in quantum* perdurarem idênticas as condições da época de sua prolação. Alteradas, contudo, as circunstâncias de fato e de direito, a sentença há de adaptar-se a elas, sob pena de tornar-se inidônea a solver o conflito de interesses instaurado pelas partes.

O *Código de Processo Civil* reconhece a peculiaridade das relações de trato sucessivo. Dispõe o art. 471, I, desse diploma, que a nenhum juiz caberá decidir novamente as questões já decididas, referentes à mesma lide, salvo "se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença".

Veja-se que o cerne do dispositivo é a vedação de serem novamente apreciadas as questões relativas à mesma lide. Essa é a regra geral. Entretanto, por exceção, pode haver reapreciação de tais questões em outra lide quando a decisão incidir sobre relações continuativas. Como a sentença que as decide contém elemento de verdadeiro *jus variandi*, "modificada a situação sobre a qual foi proferida, pode ser 'proposta' nova ação, tendo em vista a relação continuativa".[27]

---

[24] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. I, p. 510.
[25] É a explicação de Alexandre Freitas Câmara, idem, p. 512.
[26] THEODORO JUNIOR, op. cit., p. 542.
[27] É a exata observação de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, op. cit., p. 704.

9. Controle incidental e relações continuativas

Justamente porque as decisões que enfrentam relações continuativas incluem, em sua essência, a cláusula *rebus sic stantibus* e, por isso, revestem-se de certo grau de flexibilidade no que tange à eventual alteração das circunstâncias de fato e de direito incidentes ao tempo de sua prolação, vale a pena analisar seus efeitos no caso de controle incidental de constitucionalidade.

A hipótese é aquela em que, depois de sentença que decide relação continuativa, com apreciação incidental na qual tenha sido considerada constitucional determinada lei, sobrevenha, em processo diverso, nova decisão, na qual o STF tenha julgado inconstitucional a mesma lei.

Para melhor examinar a hipótese, é de partir-se da seguinte e inafastável premissa: a declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade em ação posterior àquela em que se decidiu pela constitucionalidade constitui circunstância de direito capaz de ensejar modificação na solução alvitrada para a relação continuativa. Na verdade, a nova apreciação da questão prejudicial de inconstitucionalidade espelha fato superveniente idôneo a oferecer novo contorno ao *decisum* anterior. O que se precisa analisar é a forma pela qual se processará a modificação da sentença precedente e quando será possível fazê-lo.

Suponha-se que sentença tenha decretado a revisão de aluguel, com base em determinado índice, rejeitando a arguição de inconstitucionalidade suscitada pelo réu, que pleiteava índice menor – sentença que acabou confirmada pelo tribunal competente, tendo transitado em julgado. Em outra ação, na qual foi suscitada a mesma questão prejudicial, o STF veio a julgar, incidentalmente, inconstitucional a lei, determinando a aplicação de índice menor para a revisão. Quer dizer: nesta última ação, foi acolhida a arguição de inconstitucionalidade oferecida pelo réu na ação anterior. Posteriormente, o Senado expede a resolução para o fim de suspender a execução da lei, com eficácia *erga omnes. Quid iuris* em relação à determinação contida na primeira decisão?

Primeiramente, urge considerar que se mostra irrelevante o fato de a sentença anterior ter ou não transitado em julgado. A razão é simples: tratando-se, como se viu, de relação de trato sucessivo e sobrevindo alteração de circunstâncias de fato ou de direito, lícito é ao interessado postular a revisão da decisão anterior. É, como visto, o que ressai do disposto no art. 471, I, do CPC.

Entretanto, a hipótese se apresenta com algumas particularidades.

A primeira delas reside em saber qual o efeito causado pela decisão incidental de inconstitucionalidade sobre a ação anterior e a determinação contida na sentença nela proferida, já com eficácia de coisa julgada. Na verdade, a nova decisão em si, tal como sucedeu nas hipóteses precedentes, em nada afeta a coisa julgada

anterior. Significa dizer que, no exemplo mencionado, o réu continuará a pagar o aluguel calculado com o índice maior. A decisão do STF no sentido da inconstitucionalidade da lei não retrata, por si só, circunstância de fato ou de direito que permita a "revisão" da sentença anterior.

No entanto, com a resolução do Senado para suspender a execução da lei, surge importante consequência para a hipótese que figuramos: o ato passa a configurar circunstância de direito por meio da qual é cabível a alteração do comando contido na sentença anterior. Tal circunstância superveniente – registre-se – é idônea a alterar a solução alvitrada para a relação continuativa. É que enquanto a decisão incidental de inconstitucionalidade do STF produz efeitos unicamente *inter partes*, o ato suspensivo do Senado tem eficácia *erga omnes*.

Desse modo, é válido afirmar que a eficácia temporal da sentença anterior, que decidiu relação de trato sucessivo, tem seu termo final ao momento em que passa a vigorar a resolução do Senado depois de sua publicação, ordenando, com efeitos gerais e *ex nunc*, a suspensão da execução da lei. Esta, por via de consequência, tem cessada a sua obrigatoriedade, admitindo que todos que estavam sob seu comando se excluam do respectivo círculo de incidência. Resulta, pois, que a parte prejudicada pela decisão incidental anterior no sentido da constitucionalidade da lei, embora não possa *motu próprio* deixar de cumprir o *decisum*, por força da *res iudicata*, está apta a propor nova ação, com idêntico pedido (aplicação do índice menor), postulando a revisão do julgado anterior, hipótese em que não se lhe pode opor a exceção da coisa julgada, como prescreve o estatuto processual. Legítimo é, ainda, que cumule o pedido revisional com o de restituição dos valores pagos a maior em razão da diversidade dos índices revisionais.

Nessa nova ação, caso procedente o pedido, a sentença terá eficácia *ex tunc*, alcançando o momento de vigência da resolução do Senado. Ainda que seja proposta algum tempo depois da resolução, a decisão, se o autor o requerer, alcançará aquele termo inicial. Se o autor não o requerer, a sentença retroagirá apenas até o momento em que a ação foi proposta: o juiz, como sabido, não pode julgar *ultra* ou *extra petitum*, devendo limitar-se à natureza ou à extensão do pedido do autor.[28] Por conseguinte, somente em ação autônoma poderá postular o pagamento de restituição de valores pagos a maior indevidamente no período entre a resolução e a propositura da ação.

Todavia, é preciso examinar como ficam os efeitos anteriores à resolução para aquele que foi prejudicado pela primeira decisão, na qual a lei foi julgada incidentalmente constitucional. Em relação a tais efeitos, aplica-se o que já se disse anteriormente: deverá o interessado recorrer à ação rescisória para desconstituir os

[28] Arts. 128 e 460, CPC.

efeitos produzidos pela sentença e fixar, para a revisão locatícia, o mesmo índice adotado na decisão do STF.

No que concerne ao efeito pecuniário, qual seja, o direito de obter a repetição dos valores pagos a maior em função do que fora decidido anteriormente, não nos parece possam ser reivindicados na ação rescisória. A cumulação de pedidos limita-se ao de rescisão do julgado anterior com o de novo julgamento, como assinala o art. 488, I, do CPC.[29] Assim, a pretensão de restituição deve ser formulada em ação autônoma.

Notam-se, pois, especificidades relacionadas ao controle incidental de constitucionalidade e a coisa julgada de decisões sobre relações jurídicas continuativas.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir controvérsia que envolvia relações continuativas de natureza tributária e controle incidental de constitucionalidade. O interessado, em 1988, impetrou mandado de segurança para o fim de continuar contribuindo para o PIS em conformidade com a lei instituidora, a Lei Complementar 7/1970, e não segundo os diplomas alteradores, os Decretos-Leis nºs 2.445/1988 e 2.449/1988, cuja inconstitucionalidade foi suscitada *incidenter tantum.* A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido, mas o TRF reformou a decisão, considerando constitucionais os referidos diplomas, e o trânsito em julgado perpetrou-se em 1991.

Ocorre que, ulteriormente, veio o STF, apreciando questão prejudicial, a julgar inconstitucionais os citados decretos-leis, e dessa decisão adveio a Resolução nº 49/1995 do Senado Federal, que suspendeu a execução dos diplomas. Em 1998, o mesmo impetrante ajuizou ação declaratória na qual formulava pedido substancialmente idêntico ao do anterior mandado de segurança, qual seja, o de recolher o PIS segundo as regras da LC 7/1970, aditando, ainda, a pretensão de compensar os valores recolhidos a maior em virtude dos decretos-leis.

O Tribunal *a quo* extinguiu o processo sem resolução do mérito, fundando-se em que a questão já estava coberta pela coisa julgada. O STJ, entretanto, julgou no sentido de que a decisão que havia declarado a constitucionalidade dos referidos diplomas conferiu legitimidade à exação fiscal operada conforme suas regras, fazendo juízo sobre situação jurídica de caráter permanente e com eficácia para o futuro. Ao fazê-lo, a decisão passou a ter eficácia temporal submetida à cláusula *rebus sic stantibus*, só devendo subsistir enquanto se mantivessem íntegras as condições de fato e de direito existentes ao momento em que a decisão foi proferida.

A decisão superveniente do STF, julgando, *incidenter tantum*, inconstitucionais os referidos decretos-leis, não teve o condão de indicar, por si só, modificação no

[29] Registre-se, porém, que pode não haver a cumulação de pedidos, quando, por exemplo, para o autor for bastante o pedido rescisório (MOREIRA, op. cit., p. 148).

estado de direito de modo a retirar a eficácia da sentença anterior transitada em julgado em sentido contrário. Tal modificação se consubstancia a partir do advento da resolução do Senado Federal que suspende a execução dos diplomas legais, ao tempo em que confere foros de universalidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, ao julgado do STF que declarou a inconstitucionalidade.

Note-se, contudo, que a decisão do STJ, corretamente, considerou que a resolução do Senado não produziria automaticamente a anulação ou a modificação dos efeitos já produzidos por sentenças anteriores em sentido diverso, mas, a partir dela, passa a prevalecer a decisão de inconstitucionalidade firmada pelo STF. Significa que, a partir da mesma resolução, devem ficar sob o manto da decisão do STF as relações jurídicas futuras e os desdobramentos futuros de relações jurídicas anteriores de trato continuado.

O STJ, assim, reconheceu a eficácia da decisão anterior à resolução do Senado, que havia considerado constitucionais os citados decretos-leis, mas, com a modificação do estado de direito decorrente da publicação dessa resolução, julgou cessada a eficácia temporal daquela decisão.

A consequência decorrente de tais paradigmas reside no respeito à coisa julgada em relação à decisão anterior, cuja eficácia se estendeu até o momento em que foi publicada a resolução do Senado. Entretanto, tal reconhecimento não impede a reapreciação da matéria no que se refere ao período posterior à resolução, fato que fundamentou o STJ a reformar a decisão do Tribunal *a quo*, que decretara a extinção do processo sem resolução do mérito pela ocorrência da coisa julgada, determinando o retorno dos autos para decisão de mérito, como o Tribunal entendesse de direito.

Não obstante, os efeitos da coisa julgada decorrentes da decisão anterior, sem embargo de sua imunidade diante da resolução do Senado, tornam-se suscetíveis de impugnação pela via da ação rescisória, desde que presentes os pressupostos processuais que lhe rendem ensejo.[30]

10. Conclusão

O escopo do presente trabalho foi o de analisar, embora de forma não exaustiva, alguns aspectos que interligam o instituto da coisa julgada e o controle incidental de constitucionalidade das leis.

Semelhantes aspectos decorrem, por um lado, da singularidade do controle *incidenter tantum*, exercido no curso de ações dotadas de pretensões fundadas em

[30] Ver STJ, REsp 1.103.584-DF, 1ª turma, rel. ministro Luiz Fux, em 18-5-2010.

legislação infraconstitucional, mas suscetível de propiciar manifestação estatal no sentido de suspensão da execução da lei, como é o caso da resolução do Senado Federal. Em outras palavras, a relação jurídica *inter partes* estende-se para além dos lindes processuais, produzindo efeitos *erga omnes*, com evidente aumento de sua densidade.

Por outro lado, o instituto da coisa julgada não mais é considerado estanque e imutável dentro da teoria geral do processo, mas, ao contrário, sofre o influxo de várias circunstâncias posteriores que mitigam o caráter definitivo da *auctoritas* extraprocessual proveniente dos julgados irrecorríveis.

Foi nessa interligação, com abrangência, inclusive, da abordagem das relações continuativas, que teve foco o presente estudo, de algum modo permitindo novas reflexões e debates sobre o tema por parte dos estudiosos.

Referências

BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. I; 15. ed., 2009. v. III.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 2.

DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. I.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1962. v. II.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. V.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis*: vício e sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. IV.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I.