

Se estimado
Colega Rodolfo,
com sincera
gratidão pela estí-
mo e apoio no
Proj. WMS.

Coordenadores
Flávio Luiz Yarshell
José Roberto dos Santos Bedaque
Heitor Vitor Mendonça Sica

Estudos de
DIREITO PROCESSUAL CIVIL
em homenagem ao
Professor José Rogério Cruz e Tucci

2018

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Coisa julgada, controle concentrado de constitucionalidade e relações jurídicas de trato continuado

José Roberto dos Santos Bedaque¹

SUMÁRIO: 1. O problema - 2. Noções Gerais: Sentença e Coisa Julgada - 3. Natureza da Atividade Jurisdicional - 4. Natureza da Atividade Jurisdicional em Controle Concentrado - 5. Coisa Julgada e Improcedência da Demanda - 6. Improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade - 6.1. O Entendimento de Luís Roberto Barroso - 6.2. O Entendimento de Gilmar Mendes - 6.3. Síntese das Ideias de Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes - 7. Improcedência da ADI e Coisa Julgada Preexistente - 8. Relações de Trato Continuado: Permanentes e Sucessivas (CPC/74, art. 471, I e CPC/16, Art. 505, I) - 9. Alteração Fática ou Jurídica Posterior à Declaração Negativa e as Relações Continuadas - 10. Eficácia da decisão com conteúdo constitutivo e coisa julgada - 11. Respostas às indagações iniciais

1. O PROBLEMA

Questão interessante, e complexa, decorrente de decisão recente da Suprema Corte, merece reflexão, em especial dos constitucionalistas e processualistas. Para tanto, apresentam-se algumas observações a respeito, acompanhadas de conclusões ora submetidas à consideração dos leitores.

Após o trânsito em julgado de sentença declaratória negativa, por força da qual reconheceu-se a inexistência de determinada relação jurí-

1. Professor Titular de Direito Processual Civil, USP (2008). Livre-docente, Doutor e Mestre em Processo Civil, USP. Desembargador aposentado do TJSP. Advogado. Integrou a Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do Código do Processo Civil e de rever o substitutivo da Câmara dos Deputados.

dico-tributária, porque inconstitucional a lei em que previsto o respectivo tributo, o Supremo Tribunal Federal rejeitou pretensão formulada em ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto era exatamente o dispositivo em questão. Não afirmou, porém, de modo expresso, estar ele em conformidade com a Constituição.

À luz desse quadro, especialmente em razão do resultado do controle direto de constitucionalidade da lei, inicia-se nova controvérsia, versando a exigibilidade do débito, cuja inexistência fora definitivamente reconhecida, verificando-se o fenômeno da coisa julgada.

A questão chegou à Corte Suprema, por força de recurso extraordinário, então afetado para instauração do incidente de repercussão geral.

Temos, pois, a seguinte situação:

Ao ver do suposto credor, decisão declaratória, transitada em julgado, reconhecendo a inexistência de relação jurídico-tributária, por inconstitucional o fundamento jurídico da cobrança, perde automaticamente a eficácia em razão da posterior improcedência do pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade, versando a referida legislação.

Admitiu-se a Repercussão Geral (Tema nº 881) nos seguintes termos: limites da coisa julgada em matéria tributária, notadamente diante de julgamento, em controle concentrado pelo STF, que declara a constitucionalidade de tributo anteriormente considerado inconstitucional, na via do controle incidental, por decisão transitada em julgado.

Fixados os aspectos essenciais da controvérsia, inclusive com relação ao enunciado do Tema 881, pois pertinente à situação sob exame, podem ser identificadas as seguintes indagações, cujas respostas serão apresentadas à luz dos argumentos desenvolvidos:

- 1) A improcedência do pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade implica alguma alteração no direito vigente?
- 2) Embora rejeitada neste estudo, admitida a hipótese de alteração no estado de direito decorrente de tal julgamento, é necessária expressa menção nesse sentido?
- 3) Aceita ainda essa hipótese, os efeitos da respectiva decisão seriam automáticos, atingindo imediatamente os contribuintes beneficiados por decisão transitada em julgado, por força da qual a relação jurídico-tributária e o respectivo crédito foram declarados inexistentes?

- 4) Caso a resposta à indagação anterior seja negativa, qual seria instrumento processual hábil para o pretense credor obter novo pronunciamento judicial, apto ao restabelecimento da relação declarada inexistente?
- 5) Se procedente esse pedido formulado, a partir de quando tal decisão produziria efeitos concretos? E quais os fatos geradores que por ela poderiam ser alcançados?

2. NOÇÕES GERAIS: SENTENÇA E COISA JULGADA

Após conhecer da matéria fática deduzida pelas partes no processo, o juiz verifica se há relação entre ela e determinadas regras do ordenamento. Em outras palavras, identifica possível subsunção dos fatos às normas legais. Esse fenômeno também pode ser visto por outro ângulo. Pelo mesmo processo lógico, conclui-se sobre a incidência, ou não, das regras aos fatos.²

Pois bem. Reconhecida a subsunção, o juiz faz incidir os efeitos jurídicos previstos pela norma aplicada. Se os fatos não se subsumirem ao ordenamento jurídico material, a pretensão será rejeitada e, consequentemente, os efeitos pretendidos pelo autor não se verificarão. A sentença é, portanto, o resultado do juízo de valor feito pelo julgador sobre fatos e regras jurídicas.³

Atendida a pretensão inicial, a eficácia prática dessa decisão varia em função da natureza da tutela jurisdicional pleiteada: certeza (tutela meramente declaratória), sujeição à via executiva (tutela condenatória) ou criação de nova situação jurídica (tutela constitutiva).

Em todas as hipóteses, a sentença apresenta conteúdo declaratório: declara-se simplesmente a existência ou inexistência de direito ou de relação jurídica (excepcionalmente, da falsidade ou autenticidade documental), declara-se o direito e impõe-se a sanção executiva ou declara-se o direito potestativo a determinada alteração jurídica.

Tais considerações teóricas são importantes para compreensão de certa qualidade adquirida pela decisão judicial, após o decurso do prazo

2. TEORI ALBINO ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 97-99.

3. Não obstante consciente das diferenças, os termos *regras, normas e leis* são utilizados indistintamente.

fixado pelo legislador para impugná-la: a coisa julgada. Trata-se de atributo da decisão de mérito, por força do qual ela e seus efeitos tornam-se indiscutíveis. Além disso, considerada a controvérsia em questão, interessa-nos a determinação precisa dos limites dessa imutabilidade.

Para não tornar ainda mais cansativa a leitura deste texto, limito-me a explicação bastante simplificada. Ao condenar o réu ao pagamento de determinada importância em dinheiro, o juiz, além de afirmar o inadimplemento e impor a sanção executiva, reconhece a existência da relação jurídica de direito material com fundamento em que o autor postulou a tutela condenatória. Essa declaração incidental, todavia, salvo a hipótese do art. 503, § 1º, do novo Código de Processo Civil, não é apta ao trânsito em julgado (CPC, art. 504). A coisa julgada fica limitada à existência do débito, não atingido os motivos dessa conclusão.

Em princípio, portanto, os fundamentos adotados pelo juiz para justificar a decisão não são alcançados pela imutabilidade inerente à coisa julgada, cujo limite objetivo é o dispositivo da sentença. Trata-se de opção técnica do legislador processual, que excluiu do âmbito da coisa julgada a fundamentação da sentença, com a ressalva acima apontada.

A coisa julgada está limitada, assim, à resposta dada ao pedido no dispositivo da sentença. Se declaratória, por exemplo, a imutabilidade restringe-se ao reconhecimento da existência ou não de um direito ou relação jurídica. As razões pelas quais se chegou a tal conclusão, em princípio, podem ser reexaminados em outra demanda, desde que o objetivo não seja alterar o que ficara decidido com trânsito em julgado. A essa vedação denomina-se eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC/74, art. 474; CPC/16, art. 508).

A resposta às indagações formuladas na consulta depende desses conceitos processuais e da aplicação deles à tutela declaratória. Necessário fixar, pois, com precisão, os limites da coisa julgada nas decisões em que se reconhece a existência ou inexistência de direito ou de relação jurídica. Feito isso, tentar-se-á demonstrar em que medida tais noções contribuem para a fixação da tese na repercussão geral em questão.

Antes, todavia, imperioso destacar a natureza constitucional do instituto aqui examinado, pois inserido no Título I, reservado aos direitos e garantias fundamentais, e no Capítulo I, no qual estão regulados os direitos individuais e coletivos (art. 5º). Os destinatários da garantia consistente na imutabilidade das decisões judiciais de mérito não são apenas as partes do processo em que proferida a decisão ou terceiros

sujeitos a ela. Como bem pondera Barbosa Moreira, “a garantia não é apenas individual, senão também coletiva. Protege-se igualmente a coletividade. Segundo já se registrou (*supra*, nº 4), esta igualmente tem interesse na regularidade do funcionamento da máquina judiciária (*rectius*: do aparelho estatal *in genere*). Tal regularidade engloba, entre outros itens, a estabilidade das decisões nos precisos termos da legislação processual.”⁴

3. NATUREZA DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Ainda a título de considerações gerais, parece-me relevante estabelecer o exato papel desempenhado pela decisão judicial, no que se refere à formação do ordenamento jurídico.

No exercício de sua função, o julgador, para verificar a possibilidade de subsunção dos fatos à norma, fixa aquele que, a seu ver, constitui o correto significado do texto legal. Outro juiz, todavia, pode concluir de forma diversa. Exatamente em razão da possibilidade de entendimentos diferentes em relação ao conteúdo da regra, soluções distintas podem ser aplicadas a fatos análogos.

A propósito da natureza do resultado produzido pela decisão judicial, teci algumas considerações em outra oportunidade⁵, cujas ideias principais resumo a seguir. Pretendi demonstrar, em síntese, a preexistência do direito em relação à sentença judicial.

Não obstante algumas críticas, o fenômeno da subsunção, se corretamente entendido, explica a natureza da atividade jurisdicional. Presupõe, evidentemente, a “*compreensão e juízos de valor, atividades realizadas pelo juiz e incidentes sobre o conteúdo da norma. O contraditório efetivo tem o condão de assegurar as partes o poder de influir nessa atividade cognitiva. Mais do que isso não me parece possível, ao menos à luz do regime democrático e das normas constitucionais*”.

Parece-me, pois, absolutamente correta a afirmação segundo a qual a atividade jurisdicional tem natureza declaratória em relação ao direito preexistente, desde que se entenda o significado dessa assertiva: “*Para declarar o direito, o juiz confere à lei o sentido que, a seu ver, é condizente com o interesse social. Ao interpretá-la, ele extrai a vontade da lei. Esse*

4. *Cfr. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*, In: Temas de Direito Processual, Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 247-248.

5. *Instrumentalidade do processo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?* In: Garantismo processual. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 22-25.

processo, evidentemente, sofre influência dos valores considerados pelo juiz na determinação do conteúdo da norma. Exatamente em razão da axiologia, não há como estabelecer um significado único para o dispositivo legal. Isso não quer dizer, todavia, que o direito não exista antes da interpretação feita pelo julgador. A subsunção de determinada situação da vida a uma norma jurídica é suficiente ao nascimento do direito. É possível que os integrantes dessa situação divirjam sobre qual o interesse efetivamente tutelado pela norma. Verificada a controvérsia sobre a efetiva subsunção do fato ao direito objetivo, competirá ao juiz, mediante interpretação do respectivo enunciado normativo, declarar a quem pertence o direito subjetivo. Mediante a hermenêutica, declara-se o direito preexistente.⁶

(...)

Nessa medida, o juiz está limitado ao comando legal. Não tem liberdade para julgar segundo sua visão particular do fenômeno, nem à luz do senso comum ou do costume. Não é dele a função de formar a legislação, como ocorria, em certa medida, com o pretor romano. Não age, pois, como formulador do direito. Ao atuá-lo, todavia, o juiz desenvolve árduo trabalho de interpretação, visando a investigar e descobrir essa vontade e fixar o pensamento da lei. Sua conclusão é exteriorizada na sentença e esta constitui a atividade criadora. Entenda-se essa criação, porém, como fenômeno limitado pelo texto da norma abstrata. Ele não tem o poder de corrigi-la ou decidir contra ela. Como bem observa Chiovenda: 'Os juízes rigorosamente fiéis à lei conferem aos cidadãos maior garantia e confiança do que os farejadores de novidades em geral subjetivas e arbitrárias'.

Daí por que considero legítimo, ainda hoje, falar-se em atuação da vontade concreta da lei, desde que essa expressão seja compreendida como limitação ao poder de criar o texto legal, atividade inerente a outra função estatal. Simples. Basta entender que eventual função criadora do juiz resume-se à possibilidade de extrair o significado do texto legal. Mas essa liberdade encontra limites nas próprias palavras que compõem a regra. Não pode o julgador, por exemplo, reconhecer a plena capacidade civil de alguém com 17 anos de idade. Seu poder de interpretação está diretamente relacionado aos termos utilizados pelo legislador. O menor de 18 anos é relativamente incapaz de praticar atos da vida civil, ainda que laudos

6. Nessa medida, concorda-se integralmente com HUMBERTO ÁVILA, para quem normas "são os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos" (Cfr. *Teoria dos princípios*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30). O juiz não cria o texto normativo, que preexiste à interpretação. Ele extrai do texto o respectivo significado. Daí a possibilidade de serem conferidos vários sentidos ao dispositivo legal.

médicos atestem o contrário. Mas o prazo de 15 dias para a interposição do recurso pode ser desconsiderado se, ao ver do juiz, houver justa causa, expressão sem conteúdo juridicamente definido".⁷

A compreensão da vontade da lei depende de análises morfológica e sintática, cujo resultado é influenciado decisivamente pela axiologia. Ao fazê-lo, o juiz confere à norma o significado a seu ver correto. Sua conclusão pode não coincidir, e frequentemente não coincide, com a de outro juiz. Isso ocorre exatamente porque cada um levou em consideração sua escala de valores para determinar o sentido do texto legal, ou seja, a norma jurídica. Em outras palavras, o processo de declaração do direito acrescenta sim algo de novo, pois antes da interpretação nada existia. Ao declarar o que a lei pretende dizer, o juiz vale-se do processo interpretativo e cria fenômeno até então inexistente: o sentido da lei. A sentença judicial limita-se a, mediante declaração do significado do texto legal, reconhecer o direito já existente. Essa descoberta, evidentemente, depende de interpretação.⁸

À luz dessas ideias, ratifico meu entendimento a respeito da natureza declaratória da atividade jurisdicional, o que implica reconhecer a anterioridade do ordenamento jurídico material. Ao atuar, o juiz "descobre" o significado de fenômeno preexistente – a lei – introduzido no sistema por força de atividade desenvolvida por função do Estado à qual a Constituição conferiu esse poder – o Legislativo.

Assim, o juiz não cria direito; limita-se a declará-lo, mediante ponderação, revelando o conteúdo da regra criada por outro ente estatal. Admitir o fenômeno da subsunção não implica reconhecer a automática incidência da lei ao fato. Para tanto, necessária a prévia atividade de in-

7. V. BEDAQUE, *Poderes instrutórios*, p. 158 e ss. A propósito da função do juiz na descoberta do significado da norma, CARLOS AYRES BRITTO pondera: "Concluo, citando opinião atribuída a Michelangelo: 'As estátuas não se fazem. Elas já estão feitas no mármore bruto. Eu apenas removo os excessos.' Pois assim é que deve ser o atuar do juiz: apenas desvelar (de retirar os véus) a inteira compostura das normas jurídicas. Desvelar argumentativamente normas já abrigadas no objeto de sua interpretação. (grifei). Mas fazê-lo com todo empenho, paciência, imparcialidade, independência, sentimento, pensamento e consciência, pois a norma só se dá por inteiro a quem por inteiro se dá a ela." (*Poder Judiciário: ativismo versus proatividade*. In: O Estado de São Paulo, 24.5.2015, p. A2.).

8. Em texto recente, José Eduardo Faria esclarece com precisão o fenômeno: "A vida do Direito não é um diálogo norteado pela ideia da resposta certa. Juízes não trabalham com fórmulas matemáticas nem com a demonstração do verdadeiro, mas com a busca da melhor solução possível em dadas circunstâncias." (*Literalidade do direito e abuso de autoridade*, in O Estado de São Paulo, 15.12.2017, p. A2)

terpretação, por meio da qual o juiz extrai aquilo que, a seu ver, representa a vontade do legislador, declarando-a.

Estabelecida essa conclusão, passa-se ao exame da sua adequação às decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade. Ao realizá-lo, estaria o Supremo Tribunal Federal investido do poder de criar direitos, inovando o ordenamento? Seria o julgamento proferido em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de constitucionalidade fonte do direito?

4. NATUREZA DA ATIVIDADE JURISDICIONAL EM CONTROLE CONCENTRADO

Interessa-nos, nesta oportunidade, o exame apenas do controle repressivo e jurisdicional da constitucionalidade da lei, não obstante tanto o Legislativo quanto o Executivo também tenham competência para realizá-lo preventiva e repressivamente (artigos 58, 66 § 1º, 49 inciso V e 62 da Constituição Federal).⁹

A questão dos autos versa aspectos do controle jurisdicional repressivo, difuso/incidental e concentrado/direto. Neste item, abordar-se-á especificamente questão relacionada à natureza da decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade.

A ação judicial objetivando a declaração de inconstitucionalidade em tese independe de lesão a direito subjetivo e visa a assegurar a supremacia da Constituição. Afirmada a inconstitucionalidade, a decisão tem eficácia *erga omnes*, ao contrário da proferida em controle por via de exceção, cuja declaração é *incidenter tantum* e só vale para o caso concreto.

A Emenda Constitucional nº 3, de 18.3.1993, alterou os arts. 102 e 103 da CF, que passaram a prever também a ação direta de constitucionalidade, destinada à declaração da conformidade de lei ou de ato normativo federal com a Constituição.

Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, a Corte Suprema reconhece sua nulidade e ineficácia. Não obstante a natureza declaratória da decisão, o que explica a eficácia *ex tunc* a ela conferida (lei nº 9.868/99, art. 27), a partir de então não há mais como aplicá-la a fa-

9. Cfr. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 45-53; ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Curso de direito constitucional*, p. 265-359; ALEXANDRE DE MORAES, que também aponta a possibilidade de controle preventivo pelo Poder Judiciário, se provocado por parlamentar; *Curso de direito constitucional*, p. 699-798 e Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais, pp. 224 e ss.

tos futuros. Em relação ao passado, até mesmo a coisa julgada pode ser eventualmente atingida, respeitado os limites do art. 525, § 14 do Código de Processo Civil (CPC/74, art. 475-L, § 10).

A declaração de inconstitucionalidade oriunda de controle concentrado produz, portanto, nova realidade jurídica. Dado o caráter vinculante e *erga omnes* da decisão, os fatos ocorridos após a decisão não podem mais ser regidos pela lei, cuja eficácia cessou. Tanto é que eventual condenação fundada em lei cuja inconstitucionalidade fora declarada pelo Supremo Tribunal Federal é inexigível (CPC, art. 525, §§ 12 e 14). Então, excepcionalmente aqui, a atividade jurisdicional inova o ordenamento jurídico. O resultado da atividade jurisdicional possui natureza verdadeiramente criativa do direito.

O mesmo não ocorre, todavia, com a declaração de constitucionalidade da norma. Nesse caso, verifica-se mera confirmação da sua validade perante a Constituição. Os fatos futuros continuarão, portanto, a ser regulados tal como ocorria antes, ou seja, pela mesma regra, pois nada mudou no sistema.

Se assim é, eventual decisão proferida com fundamento em norma posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado ou difuso, embora transitada em julgado, pode eventualmente ser atacada mediante rescisória, com fundamento em violação da lei (CPC/74, art. 475-L, § 10; CPC/16, art. 525, § 15). Ultrapassado o prazo legal, todavia, em homenagem à segurança jurídica protegida pela coisa julgada, nada mais pode ser feito. A decisão torna-se definitivamente imutável, por força da coisa soberanamente julgada.

Nada existe na legislação, porém, em relação ao reconhecimento incidental de inconstitucionalidade e posterior declaração, em controle direto, da constitucionalidade da mesma norma. Em princípio, portanto, se transitada em julgado a decisão anterior, inadmissível o reexame da questão.

Essa distinção leva em conta, certamente, as consequências inerentes a cada uma dessas formas de controle direto ou concentrado. Declarada inconstitucional a lei, admite-se a rescisão de sentença nela fundada, em face da nova realidade jurídica. Apesar de inconstitucional, a regra foi aplicada. Enquanto não esgotado o prazo decadencial, a decisão pode ser rescindida.¹⁰ Mesmo tal solução é objeto de crítica pela doutri-

10. Obrigação reconhecida em decisão judicial com conteúdo condenatório, fundada em lei considerada inconstitucional em controle concentrado, torna-se inexigível (CPC, art. 525, § 12).

na, pois cria instabilidade no sistema. Isso porque o prazo para a rescisória, em caso de coisa julgada anterior à decisão da Suprema Corte, inicia-se a partir da imutabilidade desta última, o que pode levar anos.

Já a declaração de constitucionalidade apenas confirma o que antes existia. Não implica inovação no ordenamento jurídico. Eventual decisão transitada em julgado, mesmo se fundada na inconstitucionalidade dessa mesma lei, não será atingida. Opta-se aqui pela segurança jurídica, mesmo porque o resultado da função jurisdicional nada criou. Limitou-se a confirmar a presunção quanto à constitucionalidade da lei.

Retornarei a esse aspecto da questão nos itens 6 e 8.

5. COISA JULGADA E IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA

Em regra, a rejeição ao pedido formulado pelo autor significa, simplesmente, a inexistência do direito por ele postulado. Julgado improcedente pedido de anulação de ato jurídico, a respectiva sentença não declara sua validade. Nada obsta, portanto, seja a mesma relação jurídica desconstituída por outro motivo. Também por esse fundamento, pedido declaratório de existência ou inexistência do direito ou da relação jurídica julgado improcedente não autoriza, ao menos em princípio, extrair da sentença dispositivo em sentido contrário.

Assim, julgada improcedente pretensão declaratória negativa, visando ao reconhecimento da inexistência de certa relação de direito material, pode o autor retornar ao Poder Judiciário e formular idêntico pedido, desde que com novo fundamento.¹¹ A sentença anterior limitou-se a afirmar que, pelo motivo deduzido na inicial, a relação não é inexistente. Não declarou, portanto, sua existência.¹²

Em razão de aspectos inerentes à própria relação jurídica de direito material, ou por vontade do legislador, algumas decisões judiciais de improcedência podem beneficiar diretamente o réu, proporcionando-lhe algum bem da vida, além daquele representado pela inviolabilidade

11. *Cfr.* CÂNDIDO DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 210.

12. Segundo JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, a rejeição do pedido significa tão somente recusa à tutela jurisdicional pretendida pelo autor. A declaração de improcedência contém apenas o juízo segundo o qual deve ser recusada a manifestação de vontade pretendida pelo autor; nada se concede ao réu, mesmo porque ele nada pleiteou: "a sentença de improcedência não produz efeito nenhum, ou seja, não produz nenhuma alteração no plano das relações jurídicas entre as partes, ou entre elas e terceiros, limitando-se a uma recusa à produção do efeito pretendido" (*Coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p., 6 e 16).

de sua esfera jurídica. Trata-se das denominadas demandas dúplices 1) pela própria natureza – casos, raros, em que a outorga da tutela ao réu independe de pedido – 2) ou por opção legislativa – por força da qual o réu pode formular pedido reconvençional na própria contestação, independentemente de reconvenção autônoma.¹³

As demandas dúplices por força de lei têm como característica, portanto, a desnecessidade da reconvenção, mas não dispensam a dedução da pretensão pelo réu na própria peça de defesa, que deve ser examinada pelo juiz:

"A diferença entre as ações dúplices e aquelas em que se admite o pedido contraposto está em que naquelas sequer um pedido precisa ser feito pelo réu, fosse em contestação, fosse onde fosse, para que o juiz possa dar-lhe a tutela jurisdicional plena."¹⁴

Assim, não se tratando de demanda dúplice propriamente dita, ou seja, aquela em que a improcedência do pedido, em razão da natureza da situação de direito material, favorece automaticamente o réu, a pretensão contraposta deve ser necessariamente deduzida e examinada pelo juiz (CPC, art. 343).

Como exemplo desta última modalidade, pode ser mencionada exatamente a ação direta de inconstitucionalidade. Ela não tem natureza dúplice, mas, rejeitada a pretensão inicial, a lei permite seja proclamada a constitucionalidade da norma, mediante decisão expressa, proferida em resposta a pedido reconvençional formulado pelo réu (lei nº 9.868/99, art. 24).

Em síntese, as decisões proferidas em controle concentrado são dúplices por determinação legal. Nessa medida, necessária a dedução de pedido contraposto pelo réu, razão por que o legislador exige decisão explícita a respeito.

6. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Sustentou-se que somente a declaração de inconstitucionalidade, realizada em controle concentrado, inova o ordenamento, pois, em razão desse resultado, determinada regra legal perde a eficácia. Daí a

13. *Cfr.* ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 495-497. V. tb. CÂNDIDO DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, 6ª ed. São Paulo, Malheiros, p. 525. O novo Código de Processo Civil admite, como regra geral, a dedução de pedido contraposto (ou reconvenção) na própria contestação (art. 343).

14. *Cfr.* CÂNDIDO DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, ob. e p. cit.

possibilidade, ainda que excepcional, de a decisão atingir a coisa julgada anteriormente constituída. Tal não se dá, todavia, com a declaração de constitucionalidade.

À luz desse raciocínio, passemos à situação inversa, ou seja, decisão judicial, fundada em inconstitucionalidade de lei, afirma a inexistência de relação jurídica entre as partes do processo. Verificado o trânsito em julgado, sobrevém conclusão contrária do Supremo Tribunal Federal, emitida em ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

Essa situação exige alguns esclarecimentos.

O primeiro deles diz respeito a eventual imutabilidade da declaração implícita de constitucionalidade da norma, em decisão de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade.

Outro aspecto a ser destacado reside no efeito da decisão de improcedência em que não seja expressamente reconhecida a constitucionalidade da norma.

6.1. O entendimento de Luís Roberto Barroso

Após discorrer sobre noções básicas e fundamentais a respeito da coisa julgada, com destaque para a limitação objetiva da imutabilidade ao dispositivo da decisão, bem como para as eficácias preclusiva e vinculativa, o ilustre Ministro e consagrado constitucionalista aborda a natureza declaratória da decisão proferida em controle concentrado, oportunidade em que desenvolve aspecto relevante para o tema versado na situação ora discutida. Sobre a eficácia do julgamento de improcedência da ADI, afirma: *"E a decisão que julga o pedido improcedente contém em si a afirmação judicial de que o autor da ação não foi capaz de elidir a presunção de constitucionalidade da norma, que permanecerá no sistema jurídico, válida e eficaz"*.

Desse trecho parece lícito extrair conclusão segundo a qual a decisão limita-se a confirmar presunção já existente, qual seja, da constitucionalidade da norma. Não há, pois, qualquer inovação no sistema jurídico.

Embora reconhecido pelo autor o caráter dúplice do controle concentrado, por força do que a improcedência da pretensão deduzida na ação direta implica declaração de constitucionalidade da norma, a eficácia prática desse resultado, a seu ver, não coincide com o acolhimento do pedido: *"A declaração de inconstitucionalidade opera efeito sobre a própria lei ou ato normativo, que já não mais poderá ser validamente aplicada. Mas no*

*caso de improcedência do pedido, nada ocorre com a lei em si. As situações, portanto, são diversas e comportam tratamento diverso. Parece totalmente inapropriado que se impeça o Supremo Tribunal Federal de reapreciar a constitucionalidade ou não de uma lei anteriormente considerada válida, à vista de novos argumentos, de novos fatos, de mudanças formais ou informais no sentido da Constituição ou de transformações na realidade que modifiquem o impacto ou a percepção da lei. Portanto, o melhor entendimento na matéria é o de que podem os legitimados do art. 103 propor ação tendo por objeto a mesma lei e pode a Corte reapreciar a matéria. O que equivale dizer que, no caso de improcedência do pedido, a decisão proferida não se reveste da autoridade da coisa julgada material."*¹⁵

Em síntese, quanto à improcedência do pedido deduzido em ação direta de inconstitucionalidade, duas conclusões do Ministro Luís Roberto Barroso são inexoráveis, até mesmo porque expressamente afirmadas: a) a declaração de constitucionalidade da lei daí resultante não implica qualquer alteração do ato impugnado; nada se passará com ele *"que continuará existente, válido e eficaz"* (grifei); b) a improcedência da pretensão deduzida na ação direta de inconstitucionalidade, ainda que implique declaração inversa, não é apta ao trânsito em julgado.

Doutrinadores italianos, portugueses e brasileiros negam a possibilidade de a sentença de improcedência, em ação direta, implicar o reconhecimento da constitucionalidade do texto legal impugnado.¹⁶

A meu ver, tal conclusão aplica-se, inclusive, à procedência do pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade, como já afirmado acima. De qualquer modo, interessa-nos apenas a situação de improcedência da pretensão ao reconhecimento da inconstitucionalidade da lei. Nesse caso, a afirmação do Ministro Luís Roberto Barroso é expressa.

6.2. O entendimento de Gilmar Mendes

Com relação à inconstitucionalidade da lei, o Supremo Tribunal Federal pode limitar-se a rejeitar o pedido, sem afirmar expressamente a constitucionalidade. Veja-se:

"Improcedência das alegações de inconstitucionalidade formal e material do restante da mesma lei, que foram rebatidas, à exaustão, pelo Supremo

15. LUÍS ROBERTO BARROSO. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 199-200.

16. LUÍS ROBERTO BARROSO. *Ob. cit.*, p. 199-201. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 339-340.

Tribunal, nos julgamentos dos RREE 146.733 e 150.764, ambos recebidos pela alínea b do permissivo constitucional, que devolve ao STF o conhecimento de toda a questão da constitucionalidade da lei. (ADI 15/DF; Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, DJ 31/8/07)"

Se assim é, a controvérsia a ser dirimida no incidente objeto do Tema 881 deveria ter origem em declaração de constitucionalidade da norma. Mas essa declaração, salvo engano, inexistente. Não houve, na decisão proferida em controle concentrado, expresso reconhecimento da constitucionalidade da lei impugnada. O dispositivo da decisão é omissivo a respeito e não houve oposição de embargos de declaração visando a adequá-la ao disposto no art. 24 da lei nº 9.868/99.

Invoca-se, nesse ponto, entendimento doutrinário do Ministro Gilmar Mendes, segundo o qual, para a produção do efeito dúplice da ADI, o Supremo deve, além de declarar a improcedência do pedido, "afirmar explicitamente a constitucionalidade da norma objugada, por decisão de maioria qualificada, seis votos, presentes pelo menos oito integrantes da Corte" (grifei).¹⁷

Essa conclusão vai ao encontro da posição sustentada neste estudo, sobre a necessidade de eventual pedido contraposto ser deduzido e expressamente examinado na decisão (v. item 5).

Aceita a premissa estabelecida pelo Ministro Gilmar Mendes, aliás, inadmissível a fixação da tese proposta no Tema 881-RG, pois não reconhecida expressamente a constitucionalidade da norma aplicada ao caso concreto.

Em conformidade com o disposto no art. 24¹⁸ da lei 9.868/99, a constitucionalidade da lei, com consequência da improcedência do pedido formulado em ação direta, deve ser proclamada. Se tal reconhecimento não constar do dispositivo do acórdão, não se verifica a duplicidade ou ambivalência referida no art. 24.

Não é por outra razão que, ao declarar a constitucionalidade da lei, em controle concentrado, o Supremo deve fazê-lo da maneira expressa na parte dispositiva da decisão.¹⁹ Oportunos, mais uma vez, os ensinamentos de Gilmar Mendes:

17. GILMAR MENDES. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1228.

18. "Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória".

19. *Cfr.* LUÍS ROBERTO BARROSO, ob. cit., p. 239.

"Manteve-se a tradição do nosso direito constitucional, sufragada pelo STF, no sentido de não se limitar a declarar a improcedência da ação. Deve-se afirmar explicitamente a constitucionalidade da norma objugada, por decisão de maioria qualificada, seis votos, presentes pelo menos oito integrantes da Corte. Tem-se mais uma característica típica de nosso sistema, que não limita o Tribunal, nessa modalidade de controle abstrato, a focar a fundamentação lançada pelo autor."²⁰

Como prevalece, em controle concentrado, o entendimento segundo o qual a causa de pedir é aberta, ou seja, pode o Tribunal valer-se de fundamentos diversos daqueles apresentados na inicial, se não afirmada expressamente, no julgamento de improcedência da ADI, a constitucionalidade da norma, não se pode concluir tenha sido essa a intenção dos julgadores. A mera improcedência significa, tão somente, a rejeição dos argumentos do autor, não a afirmação da constitucionalidade.

Tal entendimento, aliás, vai ao encontro de outra regra explícita do sistema, qual seja, o limite objetivo da coisa julgada: só são abrangidas as "questões decididas" (CPC/74, art. 468), expressão cujo significado ficou mais claro no novo Código, pois acrescentado o advérbio "expressamente" (art. 503).

Diante desse quadro, identificada a existência de controvérsia relevante sobre conteúdo da decisão proferida nos autos da ação direta, não parece razoável sacrificar-se a segurança jurídica resultante da coisa julgada anterior. Eventual alteração do direito, como consequência do controle direto, viabilizaria novo processo,²¹ até mesmo para verificação dessa suposta influência, por muitos negada. Se há dúvida quanto à existência dessa nova situação jurídica, resultante de decisão não passível de trânsito em julgado, conforme respeitabilíssimo entendimento de integrantes desta Corte, com maior razão é de se exigir seja a controvérsia dirimida no âmbito jurisdicional, antes de qualquer ato das partes contrário à coisa julgada anteriormente constituída.

Assim, deve prevalecer, ao menos enquanto não obtida decisão judicial em sentido contrário, a conclusão quanto à inexistência de relação jurídica tributária entre as partes, tal como reconhecido em decisão anterior, transitada em julgado.

Aliás, inexistente a declaração de constitucionalidade da lei, proveniente de controle concentrado realizado pelo Supremo Tribunal Fede-

20. *Cfr.* ob. cit., p. 1304.

21. *Cfr.* CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. II, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 439.

ral, não só subsiste a coisa julgada fundada na sua inconstitucionalidade, como nada obsta novos controles difusos com idêntico entendimento.

6.3. Síntese das ideias de Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes

À luz dessas premissas, conclui-se: o reconhecimento da constitucionalidade da norma, em controle concentrado deve ser expresso, não implica alteração no sistema jurídico e não é apto ao trânsito em julgado. É o que se extrai das lições dos dois ilustres constitucionalistas citados, ambos integrantes da Suprema Corte.²²

Desconsiderar a coisa julgada, cuja decisão reconheceu a inexistência de relação jurídica entre as partes, com fundamento em julgamento posterior, oriundo de controle concentrado, cujo dispositivo não declara a constitucionalidade das normas legais impugnadas, parece inadmissível. Além do mais, o reconhecimento da constitucionalidade não produz novel realidade jurídica, nem tem o condão de transitar em julgado.

Afirmar a contrária ignora completamente o valor segurança jurídica, razão de ser da coisa julgada. Qualquer comportamento contrário à decisão transitada em julgado deverá ser precedido de controle jurisdicional, pela via adequada. E, admitidas as premissas adotadas neste estudo, a resposta, inexoravelmente, seria pela intangibilidade da coisa julgada.

Preocupado em assegurar esse valor e o mecanismo jurídico destinado a protegê-lo (coisa julgada), o legislador processual, expressamente, admite a rescisória contra decisão fundada em norma considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (CPC/16, art. 525, § 15).

Não seria razoável, portanto, desconsiderar-se automaticamente a imutabilidade da decisão transitada em julgado, contra expresso texto legal (CPC/74, art. 471, I e CPC/16, art. 505, I).

22. Por essa razão, em decisão recente (MS 30621 MC/DF, 13.3.2013), Ministro Luiz Fux, vedou enfaticamente o exercício da autotutela estatal e determinou a observância da coisa julgada constituída em favor do funcionário, enquanto não demonstrada a alteração fática ou jurídica invocada pela administração: "*De fato, a garantia constitucional da coisa julgada (CRFB, art. 5º, XXXVI) representaria muito pouco se sua eficácia fosse dependente de interpretação da Administração Pública, sobretudo nos casos em que o Estado tem interesse claro e imediato em afastar a condenação que lhe foi imposta. Soa absurdo imaginar que, uma vez condenada pelo Poder Judiciário, a Administração Pública poderia invocar supostas modificações supervenientes no contexto fático-jurídico e, manu propria, desconsiderar o comando emanado de sentença transitada em julgado. E pior: ao cidadão inicialmente beneficiado pela decisão judicial restaria apenas enfrentar novo processo, cujo único propósito seria o de manter o status quo*".

7. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E COISA JULGADA PREEXISTENTE

Controle de constitucionalidade realizado em abstrato representa função excepcional da atividade jurisdicional, reservada ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais Estaduais. Por essa via, busca-se "juízo de certeza apenas sobre a validade ou não de uma norma juridicamente considerada."²³ Não se trata, pois, de declarar a certeza em concreto, sobre a existência ou inexistência de direito ou relação jurídica. O objeto da declaração é a própria lei, cuja validade ou não é afirmada.

Eventual controle difuso realizado anteriormente, por qualquer órgão jurisdicional, com fundamento no qual foi proferida decisão transitada em julgado, não é atingido pelo resultado do controle direto, ainda que com ele logicamente incompatível, ressalvada a hipótese legal já examinada (item 4).

Em Repercussão Geral, no julgamento do RE nº 730.462, a Suprema Corte firmou tese nesse sentido, pondo termo a controvérsia doutrinária e jurisprudencial:

"A decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (art. 495)."

Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.

Essa orientação consolida entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal em inúmeras oportunidades, com apoio incondicional da doutrina.²⁴ Vale destacar aqui voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, tendo em vista as relevantíssimas considerações sobre a coisa jul-

23. TEORI ZAVASCKI, ob. cit., p. 99.

24. Com muita propriedade, BARBOSA MOREIRA aponta a distinção entre a norma abstrata, fundamento da decisão transitada em julgado, e a norma concreta, resultante da aplicação daquela: "A partir do trânsito em julgado, a norma concreta contida na sentença adquire, por assim dizer, vida própria e não é atingida pelas vicissitudes capazes de atingir a norma abstrata: nem é outra a razão pela qual, ainda que surta efeitos *ex tunc*, a declaração da inconstitucionalidade da lei não afeta a *auctoritas rei iudicante* da sentença que a tenha aplicado." (*Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material*. In: Temas de direito processual, Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 253).

gada e sua importância para o sistema constitucional, especialmente no que se refere à segurança jurídica, valor muito mais abrangente do que o mero interesse da parte tutelado no processo. Suas observações revelam a necessidade de se preservar a imutabilidade da decisão judicial transitada em julgado, tendo em vista o interesse público e indisponível da sociedade, cuja proteção constitui a razão de ser desse instituto jurídico, mesmo se examinado à luz de processos individuais. Nessa linha, vencido o prazo para a ação rescisória, a coisa soberanamente julgada torna-se absolutamente inatacável.²⁵

Tais enunciados são informados por premissas, cujo conhecimento é essencial à compreensão do lúcido pensamento do Ministro Celso de Mello, além de permitir a identificação de manifesto equívoco na afirmação quanto à natureza individual do interesse na manutenção da coisa julgada formada em processo subjetivo. Muito além da proteção ao direito da parte, tutelar a imutabilidade da decisão atende ao valor constitucional representado pela segurança jurídica. A especial tutela constitucional ao instituto da coisa julgada visa, pois, à proteção de valores como certeza, estabilidade e segurança nos relacionamentos jurídicos.

Eis a razão de ser do instituto, a seu ver: *“preocupação em garantir a segurança nas relações jurídicas e em preservar a paz no convívio social.”*

A imutabilidade da decisão judicial, segundo o legislador constitucional, resiste até mesmo à nova legislação, que não pode atingir os efeitos da respectiva decisão.

Após tecer extensas considerações sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada, regra consagrada na legislação e destinada a assegurar, de modo absoluto, a indiscutibilidade do dispositivo da decisão transitada em julgado – impedindo a dedução de alegações já examinadas e até mesmo daquelas não apresentadas oportunamente – reitera o Ministro, invocando respeitável doutrina, a relevância do instituto em função do valor protegido.²⁶

25. “Insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apoie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia “ex tunc”, como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte.”

26. “A necessária observância da autoridade da coisa julgada representa expressivo consectário da ordem constitucional, que consagra, dentre os vários princípios que dela resultam, aquele

A segurança a que se refere Celso de Mello não está limitada, evidentemente, à esfera jurídica das partes ou de terceiros sujeitos à coisa julgada.²⁷

Assim, rejeitado pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade (ADI), subsiste a eficácia da decisão transitada em julgado anteriormente, muito embora fundada na referida norma.

8. RELAÇÕES DE TRATO CONTINUADO: PERMANENTES E SUCESSIVAS²⁸ (CPC/74, ART. 471, I E CPC/16, ART. 505, I)

Como ponderado por quem já se ocupou do tema, não há qualquer especificidade na imutabilidade decorrente da coisa julgada e as denominadas relações jurídicas continuadas ou, como prefere o legislador, de trato continuado. Trata-se de situações dinâmicas, que perduram no tempo. Assim, definida a existência do vínculo jurídico entre as partes – ou a inexistência desse mesmo nex – por sentença judicial transitada em julgado, os acontecimentos continuam se verificando. Enquanto houver repetição do quadro fático, e inalterado o ordenamento jurídico, subsiste a imutabilidade do que fora determinado na decisão judicial. Eventual modificação em qualquer desses elementos possibilita, em tese, a revisão da norma concreta. O fenômeno não guarda qualquer especificidade, visto que a alteração decorre de nova causa de pedir. Trata-se, pois, de outra demanda, cujo acolhimento não compromete a segurança proporcionada pela coisa julgada anterior, formada à luz de outra situação fática ou jurídica.²⁹

concernente à segurança jurídica (grifei). É por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já fez consignar advertência que põe em destaque a essencialidade do postulado da segurança jurídica e a consequente imprescindibilidade”.

27. Como bem observa BARBOSA MOREIRA, o “interesse na preservação da *res iudicata* ultrapassa o círculo das pessoas diretamente envolvidas. A estabilidade das decisões é condição essencial para que possam os jurisdicionados confiar na seriedade e na eficiência do funcionamento da máquina judicial. Todos precisam saber que, se um dia houverem de recorrer a ela, seu pronunciamento terá mais do que fugidio perfil das nuvens. Sem essa confiança, crescerá fatalmente nos que se julguem lesados a tentação de reagir por seus próprios meios, à margem dos canais oficiais. Escusado sublinhar o dano que isso causará à estabilidade social” (*Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. In: *Temas de direito processual*, nona série. São Paulo, Saraiva: 2007, p. 245-246).

28. Cfr. TEORI ALBINO ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, ob. cit., p. 100.

29. Cfr. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 209-210. EDUARDO TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 89 e ss.

Ao sustentar a imutabilidade dos efeitos da decisão transitada em julgado, também abordei a questão³⁰:

"A imutabilidade não é só do provimento judicial, mas também de seus efeitos. Claro que tal cristalização perdura enquanto a situação da vida regrada pelo provimento jurisdicional permanecer com as mesmas características.

*A sentença de mérito formula a regra concreta e a relação de direito material apresentada ao juiz passa a ser regida por essa norma. Limita-se o pronunciamento judicial a declarar direito já existente, a definir os contornos e as circunstâncias de relações jurídicas nascidas do encontro do fato com a norma.*³¹

Nada impede, porém, que acontecimentos posteriores influam naquela situação, alterando-a. A decisão judicial, obviamente, não pode impedi-los. São fatos novos incidentes sobre a situação da vida, modificando-a. Mas, enquanto permanecerem as mesmas circunstâncias, a imutabilidade perdura, visto configurar qualidade dos efeitos materiais da sentença. Representa garantia para a parte beneficiada pela decisão. Em consequência, ela própria pode abrir mão da situação de vantagem assegurada pela tutela jurisdicional.

Na verdade, a divergência doutrinária é aparente e está ligada a aspectos terminológicos. Negar a imutabilidade dos efeitos substanciais do ato judicial significa tão-somente enfatizar o caráter político da coisa julgada. Dizer que apenas o conteúdo jurídico da sentença torna-se indiscutível implica chamar atenção para a função da coisa julgada no sistema, independentemente de como as partes irão dispor sobre os efeitos substanciais do ato judicial. O que importa, pois, é a imutabilidade da decisão em si, não de seus efeitos. Por outro lado, ressaltar a imunização desses efeitos confere maior relevância ao aspecto da garantia como resultado da coisa julgada no plano material.

*Verifica-se claramente esse fenômeno nas demandas alimentícias, cujas sentenças, ao contrário do que se afirma, são passíveis de trânsito em julgado. Apenas a natureza continuativa dessa relação jurídica torna-a muito mais permeável a alterações. Mas, enquanto tal não ocorrer, a imutabilidade existe. A sentença torna-se imutável, e a relação jurídica nela retratada e regulada, também. Não há como prevenir, todavia, acontecimentos futuros que venham a modificar as características daquela relação, e, portanto, permitir seja-lhe imprimido novo tratamento jurídico. Assim, a imunização da situação substancial será tanto menor quanto mais dinâmica ela se apresentar. As relações alimentícias possuem essa característica especial de intensa mobilidade*³²

30. *Direito e processo*, p. 131-134.

31. *Cfr. CÂNDIDO DINAMARCO, Fundamentos*, p. 12-37. *CORRADO VOCINO, Considerazioni sul Giudicato*, p. 97.

32. Caracterizam-se, segundo se diz, pela longa duração e por um particular dinamismo: "A obrigação de alimentos, sobre alongar-se, normalmente, por muitos anos, sofre, também, com notável freqüência, o influxo de alterações constantes nas suas bases fáticas, naturalmente resul-

Em tais hipóteses, como a situação fática pode modificar-se, a nova sentença irá reger relação diversa, não a anterior. A causa de pedir da ação é outra e o provimento jurisdicional irá incidir sobre situação da vida substancialmente diferente. Não há a menor possibilidade, portanto, de conflito prático de decisões, fundamento político da coisa julgada.

*Nessa medida, as sentenças chamadas dispositivas, que dizem respeito a relações mutáveis, também são aptas a transitar em julgado, como qualquer outro provimento de mérito. E permanecem inalteráveis enquanto não variarem as circunstâncias que as determinaram.*³³

*Coisa julgada nada mais é, pois, do que a imutabilidade da sentença de mérito e de seus efeitos.*³⁴

Segundo esse raciocínio, pois, declarada inexistente determinada relação jurídica de trato continuado e transitada em julgado a decisão, a eficácia do julgamento atingirá os fatos futuros, desde que idênticos, cuja verificação não dará origem a relação jurídica, salvo se alterada a legislação pertinente.

No entender do Ministro Teori Zavascki, ao declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de lei em controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal produz "relevante modificação do estado de direito", com eficácia vinculante e *erga omnes*. Não são aptas, todavia, a desconstituir automaticamente efeitos passados, mas **influem** em relação aos futuros.³⁵ Não obstante a parcial e respeitosa divergência em relação aos termos genéricos da afirmação, permito-me extrair dela uma primeira consequência.

Tal entendimento pressupõe declaração expressa, em controle concentrado, da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade.

tantes do próprio dinamismo da vida de relação, afetando o fundamental binômio necessidade-possibilidade, que rege não apenas a medida da prestação, mas também sua subsistência e ocasionalmente até mesmo o sentido em que flui a relação de débito e crédito" (*cf. ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, "A coisa julgada"*, p. 20).

33. LIEBMAN conclui, com precisão: "O que há de diverso nestes casos não é a rigidez menor da coisa julgada, mas a natureza da relação jurídica, que continua a viver no tempo com conteúdo ou medida determinados por elementos essencialmente variáveis, de maneira que os fatos que sobrevenham podem influir nela, não só no sentido de extingui-la, fazendo, por isso, extinguir o valor da sentença, mas também no sentido de exigir mudança na determinação dela, feita anteriormente" (*Eficácia e autoridade da sentença*, p. 26).

34. *Cfr. PROTO PISANI, "Appunti sul giudicato e sui suoi limiti oggettivi"*, p. 386.

35. *Cfr. ob. cit.*, p. 117. EDUARDO TALAMINI, invocando essa lição, aborda apenas a hipótese de reconhecimento posterior, em controle direto, da inconstitucionalidade da norma aplicada anteriormente. Nada diz a respeito de possível constitucionalidade extraída de ADI julgada improcedente (*Coisa julgada*, p. 95 e 436/437).

As denominadas relações jurídicas sucessivas³⁶ são aquelas cujo fato gerador é reiterado de maneira uniforme e instantânea. Exemplo típico são as relações tributárias, por força das quais o contribuinte deve pagar determinado imposto periodicamente, isto é, a cada repetição de idêntico fato gerador.

A coisa julgada, tratando-se de tais relações jurídicas, não apresenta qualquer peculiaridade quanto aos limites objetivos. O dispositivo da decisão torna-se imutável e assim permanecerá enquanto inalterada a situação fático-jurídica (CPC/74, art. 471, I e CPC/16, art. 505, I).

Em razão dessa regra, portanto, declarada incidentalmente a inexistência de relação tributária, porque inconstitucional a hipótese legal, a imutabilidade dessa decisão atinge a própria exigibilidade do tributo, ainda que o fato apontado como gerador seja posterior. Negada a natureza jurídica da relação, os fatos posteriores não são aptos a gerar o respectivo vínculo.

Assim, transitada em julgado a declaração de inexigibilidade de débito relativo a ICMS, porque inconstitucional a lei que o instituiu, os efeitos dessa decisão alcançam os fatos passados e futuros, com a única ressalva prevista no inciso I, qual seja, alteração fática ou jurídica.

Ao declarar, em controle concentrado, a inconstitucionalidade da lei, existe essa alteração no ordenamento jurídico, pois a regra perde imediatamente sua eficácia.

Nesses casos, há verdadeira inovação legal, razão pela qual as relações de trato continuado são atingidas. Os fatos da vida, verificados após a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, não podem mais ser regidos pela regra adotada na decisão transitada em julgado e cuja eficácia foi cassada.

Esse resultado constitui exceção no sistema constitucional, pois ao Judiciário, em regra, não é conferido o poder de efetivamente criar o direito. Ao retirar a eficácia de determinada lei, o Supremo impõe sejam as relações jurídicas, daí por diante, regidas por outras regras. A atuação jurisdicional aqui constitui fonte imediata do direito.

Natural, pois, que as relações de trato continuado, mesmo havendo decisão transitada em julgado, sejam alcançadas por essa modificação,

36. Denominadas pelo Código de Processo Civil, juntamente com as permanentes, relações de trato sucessivo (art. 505, I).

desde que respeitados os efeitos produzidos antes e acobertados pela coisa julgada.

Como já visto (item 4), respeitado o entendimento diverso do saudoso amigo Teori Zavascki, a declaração de constitucionalidade, não opera esse efeito, visto que o resultado da atividade jurisdicional limita-se a confirmar a presunção anteriormente existente, qual seja, a conformidade da regra com a ordem constitucional em vigor. Cria-se tão somente a certeza jurídica. Nada impede, todavia, como bem observa Luís Roberto Barroso, seja a questão jurídica reexaminada pelo Supremo Tribunal Federal.

Se assim é, a decisão, proferida em controle concentrado, por força da qual uma norma é declarada constitucional, não pode tornar ineficaz julgamento imutável, fundado em premissa diversa. Nesse caso, não há alteração do estado de direito. O Supremo simplesmente declara algo preexistente, função substancialmente igual a exercida por todos os integrantes do Poder Judiciário. Como afirmado no item 3, o resultado da atividade jurisdicional não cria direito, apenas declara. Ao interpretá-lo, o juiz deve limitar-se ao poder a ele conferido pela Constituição, ou seja, o de revelar o significado da norma. Complemento agora a ideia com a única exceção, representada pela procedência do pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade.

Em consequência do exposto, eventual declaração de constitucionalidade, principalmente se resultante da improcedência de ação direta, não atinge a coisa julgada anterior, inclusive quanto aos efeitos futuros da respectiva decisão.

O problema não está na constitucionalidade ou não da lei, mas da declaração de inexistência da relação jurídica entre ela e o Estado. Na decisão, não se reconhece a inexigibilidade do tributo apenas em relação a determinado período ou exercício, mas a inexistência da relação apta a justificá-lo.

No controle difuso, a inconstitucionalidade da norma constitui fundamento da declaração de inexistência da relação jurídica. Se, em controle concentrado, essa mesma regra for declarada constitucional, a imutabilidade da decisão anterior está coberta pela eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC/74, art. 474; CPC/16, art. 508), independentemente do novo entendimento sobre a constitucionalidade da regra legal.

A distinção entre limites objetivos da coisa julgada e eficácia preclusiva da coisa julgada revela-se de suma importância para a compreensão

dos temas aqui abordados e para a formulação da tese por esta Corte. Trata-se de fenômenos diferentes, embora ambos refiram-se ao mesmo instituto – coisa julgada.

A imutabilidade da decisão judicial alcança apenas o dispositivo, não os fundamentos (limite objetivo da coisa julgada): declaro o autor filho do réu; declaro inexistente a relação jurídica entre autor e réu; o réu é devedor inadimplente e fica condenado a pagar; anulo o ato jurídico. Os motivos pelos quais se chegou a tais conclusões, não são alcançados pela coisa julgada, ressalvada a hipótese de relação prejudicial, se verificados os requisitos do art. 503, § 1º. Assim, por exemplo, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, fundada na existência de determinada obrigação e no inadimplemento do réu, é perfeitamente possível discutir-se a nulidade do respectivo negócio para outros fins, jamais com o objetivo de tornar inexistente o dever de pagar (eficácia preclusiva). É o que se extrai dos artigos 504 do CPC/16, dispositivo análogo ao 469, do Código anterior.

Em outras palavras, a eficácia preclusiva tem por objetivo assegurar o resultado pretendido pelo legislador ao impedir a alteração do dispositivo do pronunciamento judicial e, em consequência, manter efetiva a proteção à segurança jurídica. Já afirmei em outra oportunidade³⁷ que:

"A coisa julgada visa a impedir conflitos práticos de julgados, pois estabiliza os efeitos da sentença. Faz com que a regra concreta revelada na sentença fique imune a novos julgados e novas normas. Daí dizer-se que o instituto tem finalidade eminentemente prática, destinando-se a conferir estabilidade à tutela jurisdicional."³⁸

O sistema processual pretende evitar novos litígios a respeito da mesma situação da vida. Nessa medida, natural que o grau de imunização e seus limites sejam determinados pelas circunstâncias da relação jurídica substancial."³⁹

37. *Direito e processo*, p. 140.

38. *Cfr. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, Coisa julgada e declaração*, p. 83.

39. A esse respeito, pelas habituais clareza e precisão técnica, merece ser transcrita a lição de BARBOSA MOREIRA, para quem limites objetivos da coisa julgada e eficácia preclusiva são inconfundíveis, mas complementares: "De um lado, mesmo as questões efetivamente resolvidas, como pressupostos (fáticos e jurídicos) da decisão sobre o pedido, ficam fora do âmbito da *res iudicata*, e por isso podem ser livremente suscitadas e apreciadas em processo ulterior sobre lide diversa. De outro lado, até as questões não resolvidas subtraem-se a nova apreciação em processo ulterior sobre a mesma lide (ou, adite-se, sobre lide subordinada). O que se protege com a autoridade da coisa julgada material (= o que se torna imutável) é só o resultado final do pleito; mas este fica protegido (= considera-se imutável) sejam quais forem as questões que alguém pretenda suscitar para atacá-lo, ainda que delas se pudesse ter valido,

O Superior Tribunal de Justiça, em incidente de recurso repetitivo versando exatamente a controvérsia aqui abordada (1ª Seção. REsp nº 1.118.893-MG, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.3.11, DJe 6.4.11), não obstante já rejeitada a inconstitucionalidade da norma em controle concentrado, firmou o seguinte entendimento:

"Outrossim, o fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade à própria existência do controle difuso de constitucionalidade, fragilizando, sobretudo, a res judicata, com imensurável repercussão negativa no seio social."

De qualquer modo, mesmo que se aceite a tese segundo a qual a declaração de constitucionalidade cria situação jurídica nova, da qual respeitosamente discordo, inadmissível a incidência automática desse novo regime. Retorno à construção do saudoso Ministro e jurista Teori Zavascki, para quem há **influência** do julgamento proferido em controle direto nos efeitos futuros da relação continuativa. Sua posição, aparentemente, não conflita com a exigência legal expressa, pois essa **influência**, consequência para mim inexistente na declaração de constitucionalidade, dependeria da revisão do estatuído na decisão transitada em julgado (CPC/74, art. 471, I e CPC/16, art. 505, I).

Assim, mesmo se admitida a eficácia da declaração de constitucionalidade, em controle concentrado, sobre fatos supervenientes, essa eventual **influência** não é automática. Deve ser reconhecida judicialmente.

Ressalte-se, todavia, como já anotado, a existência, no próprio Supremo Tribunal Federal, de opiniões coincidentes com o entendimento aqui sustentado: a improcedência da demanda direta de inconstitucionalidade, além de não impedir seja a questão jurídica novamente discutida (Barroso), só implica reconhecimento da constitucionalidade da norma se esta for expressamente declarada (Gilmar Mendes). Nessa medida, nem mesmo eventual **influência** haveria no caso concreto.

Só isso seria suficiente para tornar indispensável a tutela jurisdicional desconstitutiva, sem a qual subsiste a imutabilidade da decisão transitada em julgado, por força da qual declarou-se a inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes.

no primeiro feito, como arma (de ataque ou de defesa), entretanto lá não utilizada" (*Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material*, Temas de direito processual, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 240-241).

Em conclusão, como a declaração de constitucionalidade nada acrescenta ao sistema legal, idênticos fatos futuros devem ser regidos pela regra concreta, resultante do trânsito em julgado da decisão anterior. Eventual pretensão contrária deve ser trazida ao Poder Judiciário, para exame da respectiva admissibilidade, mormente em razão das circunstâncias do caso concreto.

9. ALTERAÇÃO FÁTICA OU JURÍDICA POSTERIOR À DECISÃO DECLARATÓRIA NEGATIVA E AS RELAÇÕES CONTINUADAS

Conforme já exposto (item 4), as decisões proferidas em controle direto de constitucionalidade, em princípio, não atingem a coisa julgada formada anteriormente. Assim, reconhecida a inconstitucionalidade de determinada lei após o trânsito em julgado de sentença fundada nesse dispositivo legal, permanece inalterada a eficácia executiva do ato decisório (v. arts. 525, §§ 12 e 14 e 535 §§ 5º e 8º).

Na vigência do Código de Processo Civil anterior, o artigo 741, parágrafo único, acrescentado pela MP 2180-35/2001, confirmada pela lei nº 11.232, de 2005, que acrescentou regra análoga no art. 475-L, § 1º, considerava inexigível título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Dentre as críticas dirigidas a esse dispositivo pela doutrina, destaca-se sua abrangência, pois a redação não limitava a consequência ao controle concentrado, bem como a inexistência de previsão quanto aos meios processuais aptos a alcançar esse resultado. Seria possível sustentar, portanto, o caráter rescindente da defesa apresentada pelo executado, sem qualquer outra formalidade, ainda que já ultrapassado o prazo da rescisória. Haveria, no entender de muitos, ofensa a regras constitucionais e processuais sobre coisa julgada.⁴⁰

O art. 525 do novo Código de Processo Civil contém regra semelhante, mas a redação eliminou omissões do antigo diploma processual. Duas nos interessam. A primeira, assegura a incolumidade da coisa julgada constituída antes do controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, transitada em julgado a decisão, posterior reconhecimento da inconstitucionalidade do respectivo fundamento legal não a alcança, salvo se admissível rescisória, cujo prazo

40. Cfr. HEITOR VITOR MENDONÇA SICA, *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., art. 525, nº 7.1.

para propositura tem como termo inicial o trânsito em julgado do acórdão proferido no controle concentrado ou difuso (art. 525, §§ 14 e 15).

Por força dessas normas, então, só é possível a alteração de decisão transitada em julgado, cujo fundamento seja norma posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, mediante ação rescisória, observado o prazo decadencial.

A solução não pode ser diversa para as relações continuadas, diante de eventual alteração fática ou jurídica superveniente ao trânsito em julgado.

Esclareça-se, desde logo: verificada tal modificação, a via processual adequada ao reconhecimento da nova realidade não é a rescisória, pois a finalidade da demanda é a alteração do que fora estabelecido na decisão anterior, quanto aos respectivos efeitos futuros, tendo em vista a natureza da relação jurídica objeto de julgamento. Não se discute nenhuma das hipóteses legais em que se autoriza a rescisão da sentença.

De qualquer modo, se admissível, premissa aqui rejeitada, eventual "influência" (Teori Zavascki) de alteração jurídica, decorrente de controle concentrado realizado posteriormente ao trânsito em julgado de decisão na qual foi reconhecida a inexistência de determinada relação de direito material, terá de ser admitida pelo Poder Judiciário, pela via adequada. Impossível a incidência automática do novo regime, especialmente se duvidosa a modificação, tal como na situação ora examinada, o que será abordado nos itens subsequentes.

10. RESCISÃO DA COISA JULGADA ANTERIOR AO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

À luz dos fundamentos até agora expostos, amparados especialmente nos ensinamentos de Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, duas conclusões parecem-me óbvias: a) a constitucionalidade de determinada lei deve ser declarada expressamente, não bastando a rejeição do pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade; b) eventual declaração de constitucionalidade da lei, resultante da improcedência de ação direta de inconstitucionalidade, além de não implicar qualquer alteração no ordenamento jurídico, não é apta ao trânsito em julgado.

Há, todavia, quem discorde dessas afirmações. A Fazenda Pública, por exemplo, que entende declarados constitucionais os referidos dispositivos legais. Estaria ela, por isso, autorizada a aplicá-los unilateralmen-

te, desconsiderando a coisa julgada anterior sem prévia manifestação do Poder Judiciário?

A resposta é não.

Considerada a relevância da controvérsia jurídica aqui exposta, impossível desconsiderá-la, sujeitando o contribuinte à autotutela do estado, sem dar-lhe oportunidade ao prévio contraditório, a ser exercido em conformidade com o devido processo legal. Invocam-se novamente as palavras do eminente processualista, Ministro Luiz Fux: *"o instrumento jurídico para, em caso de relação jurídica continuativa, afastar o pronunciamento judicial transitado em julgado é a ação de modificação, e não a mera decisão administrativa"* (grifei).

Assim, mesmo se admitida a ampla influência do controle de constitucionalidade na coisa julgada anterior, sempre haverá necessidade de nova atuação jurisdicional para revisão do que fora anteriormente estabelecido. Trata-se de exigência legal, aplicável a todas as hipóteses em que houver alteração fática ou jurídica ocorrida posteriormente ao trânsito em julgado, capaz de influir na relação continuada (CPC/74, art. 471, I e CPC/16, art. 505, I).

Daí extrai-se uma consequência inexorável. Dúvida não pode haver sobre a necessidade de tutela jurisdicional desconstitutiva, visando a reconhecer a existência da relação jurídica antes considerada inexistente. Trata-se de texto expresso de lei: eventual modificação no estado de fato ou de direito torna possível a revisão do que fora deliberado e cuja imutabilidade ainda subsiste. A nova situação fática ou jurídica, portanto, se confirmada no plano jurisdicional, torna admissível a tutela constitutiva, cuja concessão dependerá da efetiva demonstração de sua ocorrência. Necessária, ainda, a relação de adequação entre o novo estado e a situação concreta anteriormente decidida. Apenas se confirmada a subsunção, será possível a incidência. Essa conclusão, por explícita exigência na lei, depende do devido processo legal.

Não há como admitir a ação unilateral de uma das partes envolvidas, em manifesta oposição à decisão transitada em julgado, sem sequer ser ouvida a outra, a quem deve ser assegurado o direito constitucional de se manifestar e apresentar argumentos contrários à pretensa alteração (contraditório e ampla defesa).

Seria impensável, por exemplo, a redução arbitrária do valor de pensão alimentícia, fixada em decisão transitada em julgado, sob o fundamento da modificação do poder aquisitivo do alimentante. Ele somen-

te poderá adotar tal providência após decisão judicial definitiva, ou seja, irrecorrível.

A exigência legal tem razão de ser. Necessária a demonstração, pelo alimentante, da nova situação econômica, apta a proporcionar alteração do valor devido a título de pensão.

A decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux, já mencionada neste estudo, reconheceu peremptoriamente a impossibilidade de a administração desconsiderar a coisa julgada, sob o fundamento de alteração fática ou jurídica posterior:

"A relação jurídico-funcional existente entre o servidor público e a Administração reveste-se de natureza continuativa, de sorte que a coisa julgada incidente sobre ela admite revisão após o prazo decadencial da ação rescisória, desde que pela via exclusiva da ação de modificação prevista no art. 471, inciso I, do Código de Processo Civil brasileiro, restando inadmissível a autotutela da Administração contra decisões trânsitas emanadas do Poder Judiciário." (grifei)

Admissível, ainda, seja renovada a discussão mediante controle difuso. Em conformidade com expresso dispositivo legal, a decisão transitada em julgado deve ser desconstituída mediante demanda cognitiva, a ser proposta por quem tiver interesse e legitimidade para pleitear a respectiva tutela jurisdicional (CPC, art. 505, I).⁴¹

Eis o motivo pelo qual entende-se imprescindível, se inexistente decisão declaratória de constitucionalidade da lei, proferida em controle concentrado, a desconstituição da coisa julgada anterior. A questão, portanto, tem de voltar ao Poder Judiciário, quer mediante ação declaratória de constitucionalidade, quer pela via da demanda desconstitutiva.

Se a opção for pela segunda alternativa, exercerá o autor suposto direito potestativo a determinada alteração jurídica. Nesse caso, não há como admitir a eficácia imediata de eventual julgamento de procedência. Decisão mutável não pode prevalecer sobre outra imutável. Além do

41. Na decisão acima referida, concluiu o Ministro Luiz Fux pela necessidade de respeito à coisa julgada, em homenagem ao princípio da segurança: *"Na essência, a proteção à coisa julgada material é uma decorrência do princípio da segurança jurídica (CRFB, art. 5º, caput), na medida em que se destina à pacificação dos conflitos sociais, escopo último da jurisdição. É através da proteção do que já decidido em definitivo pelo Judiciário que se promove a confiança recíproca entre os atores da sociedade, que podem pautar suas condutas à luz dos efeitos já oficialmente proclamados dos atos por eles praticados, e com isso planejando o futuro a ser trilhado. Tanto o vencedor quanto o vencido, sob certo ângulo, beneficiam-se da indiscutibilidade inerente à coisa julgada, pois mesmo o segundo passa a saber, com precisão, a exata medida em que sua esfera jurídica restou subordinada ao interesse do adversário."*

mais, ao contrário do que se verifica com as sentenças condenatórias, passíveis de execução provisória, tal não se dá com as declaratórias e constitutivas, cujos efeitos são, em regra, irreversíveis, inexistindo no sistema mecanismos análogos àqueles destinados a permitir a provisoriedade dos efeitos de certas decisões condenatórias.⁴²

11. RESPOSTAS ÀS INDAGAÇÕES INICIAIS

- 1) A decisão que julga improcedente o pedido de inconstitucionalidade não acarreta alteração no estado de direito, porque a declaração de constitucionalidade da lei limita-se a afirmar o que anteriormente existia. A atividade jurisdicional não cria direito novo. (v. itens 4, 6 e 8).
- 2) Eventual conclusão diversa, rejeitada neste estudo, dependeria de expresso reconhecimento, na decisão de improcedência do pedido declaratório negativo, da constitucionalidade da respectiva lei.
- 3) De qualquer modo, a controvérsia a respeito torna imprescindível o reconhecimento judicial de eventual alteração. Diante das circunstâncias aqui expostas, inadmissível a eficácia automática da decisão proferida em controle concentrado. Nem mesmo o reconhecimento incidental da constitucionalidade, realizado no julgamento de recurso extraordinário, porque não dotado de eficácia vinculante, autoriza a autotutela pretendida pela Fazenda Pública (v. item 10).

42. Nesse ponto, vale transcrever integralmente a lição precisa de Cândido Rangel Dinamarco: "O momento em que entra em vigor uma sentença constitutiva, com a oferta de efetiva tutela jurisdicional ao autor, é o do trânsito em julgado. Não há uma execução provisória de sentenças constitutivas, pela simples razão de que sentenças dessa ordem não comportam efetivação pela via da execução forçada (cumprimento de sentença) nem são títulos executivos segundo a lei processual (só as condenatórias - art. 475-N, inc. I): quando liberados seus efeitos, a sentença constitutiva opera por si mesma, desde logo e automaticamente, a modificação jurídica determinada pelo juiz. Mas as razões pelas quais o legislador toma os cuidados com a execução provisória (de sentença condenatória), dizem respeito à própria organização da ordem processual como um todo e projetam-se sobre a questão do momento em que se torna eficaz a sentença constitutiva. Tanto quanto os incisos do art. 475-O do Código de Processo Civil (atual art. 520) buscam evitar a irreversível consumação de situações novas enquanto ainda pender recurso e portanto o teor da sentença condenatória comportar alteração pelo Poder Judiciário, também no tocante aos efeitos da sentença constitutiva análogos cuidados são indispensáveis; é imperioso evitar a consumação de situações irreversíveis, sendo esse um raciocínio analógico de indiscutível legitimidade. As razões são as mesmas e plenamente equiparáveis as situações consideradas. A solução há de ser necessariamente a mesma lá e cá, porque ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio. (Instituições de direito processual civil, vol. III, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 261-263).

- 4) Rejeitado pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade, sem declaração expressa da constitucionalidade da lei, necessário, antes de mais nada, obter-se, em controle concentrado, esse reconhecimento, ante a preexistente declaração incidental em sentido contrário (CF, art. 102, § 2º). Como alternativa, a parte legítima poderia propor demanda cognitiva, com pedido desconstitutivo, visando à modificação da coisa julgada (CPC, art. 505, I), com fundamento na suposta nova situação jurídica advinda do controle concentrado (v. item 10).

A rescisória, evidentemente, não constitui meio processual adequado à discussão da controvérsia aqui examinada. Não se pretende discutir possível vício formal ou substancial da decisão transitada em julgado, mas a existência de alteração do estado de direito apta a influir nos efeitos de relação continuada, cuja inexistência foi reconhecida nessa mesma decisão.

4. O termo inicial da eficácia de eventual sentença constitutiva é o trânsito em julgado. Nessa medida, seriam alcançados apenas os fatos geradores verificados posteriormente ao trânsito em julgado da decisão desconstitutiva (v. item 10).

BIBLIOGRAFIA

1. ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
2. BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Coisa julgada e declaração*, Tem as de direito processual, São Paulo, Saraiva, 1977. *Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material*, Temas de direito processual, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.
3. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva.
4. AYRES BRITTO, Carlos. *Poder Judiciário: ativismo versus proatividade*. In: O Estado de São Paulo, 24.5.2015
5. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo... Instrumentalidade do processo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?* In: *Garantismo processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. *Poderes instrutórios do juiz*, São Paulo, RT, 7ª ed.
6. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004
7. BUENO, Cássio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. II, 4ª ed. São Paulo: Saraiva
8. CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

9. DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, São Paulo: Malheiros, 6ª ed.
10. Fabrício, Adroaldo Furtado, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
11. FARIA, José Eduardo, Literalidade do direito e abuso de autoridade, *in* O Estado de São Paulo, 15.12.2017.
12. Mendes, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011
13. MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*, São Paulo, Atlas, 2005
. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*, São Paulo, Atlas, 2000.
14. SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed.
15. SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 5ª ed.
16. TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.
17. TAVARES, André Ramos, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 5ª ed.
Zavascki, Teori Albino, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CAPÍTULO 25

A sumarização do processo de conhecimento e a ação monitória

Leonardo Greco¹

Em todos os períodos da História do Processo Civil, encontram-se procedimentos voltados a obter com particular celeridade e simplicidade de formas o provimento final que propicie o acesso ao seu resultado pelo titular do direito nele reconhecido.

Muitos deles eram justificados pela excepcional relevância da relação jurídica de direito material controvertida, como nos interditos possessórios e nas ações de alimentos. Com o incremento das relações econômicas consignadas em prova escrita, a partir do final da Idade Média, também créditos pecuniários comuns e outros direitos passaram a dispor de procedimentos acelerados para facilitar a sua cobrança.

Com esta segunda característica, o Brasil herdou de Portugal a ação de assinatura de dez dias, que sobreviveu até alguns códigos estaduais, desaparecendo no Código de Processo Civil de 1939. Enquanto isso, os sistemas processuais da Europa Continental adotaram com êxito procedimentos sumários e procedimentos monitórios, reduzindo, no primeiro caso, as etapas e os prazos dos procedimentos cognitivos e, no segundo caso, conferindo ao credor o direito de obter *inaudita parte* uma ordem judicial de pagamento do seu crédito, transferindo para o devedor o ônus de subsequente instauração do contraditório sobre a sua existência, o seu montante ou a sua exigibilidade.

O Código de 1939 não previu procedimentos sumários, nem procedimentos monitórios no processo de conhecimento, mas consagrou

1. Professor Titular aposentado de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.