

DA QUESTÃO PREJUDICIAL INCIDENTAL CONSTITUCIONAL NO STF E O NOVO REGIME DE COISA JULGADA¹

THE CONSTITUTIONAL PREJUDICIAL QUESTION IN THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT AND THE NEW OBJECTIVE LIMITS OF THE RES JUDICATA

M.Y.Minami

Doutorando (UFBA). Mestre (UFBA)

Especialista (UNISUL)

Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP)

Professor de Processo Civil (FAP-CE)

Professor de Pós-Graduação em Processo Civil (URCA-CE e FAP-CE)

Técnico Judiciário (TRE-CE)

Ravi Peixoto

Doutorando em direito processual pela UERJ. Mestre em Direito pela

UFPE. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo

(ANNEP), do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO), da

Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO) e do Instituto

Brasileiro de Direito Processual (IBDP)

Procurador do Município de João Pessoa

Advogado

RESUMO: O advento de um novo Código de Processo Civil provoca discussões sobre as mais diversas questões. Uma delas diz respeito à mudança dos limites objetivos da coisa julgada, agora estendida para as questões prejudiciais incidentais em alguns casos. Este estudo pretende discorrer sobre um problema que pode vir a surgir: o cabimento da coisa julgada na questão prejudicial constitucional nos casos em que o processo seja de competência do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-Chave: Novo Código de Processo Civil. Coisa julgada. Questões prejudiciais. Questão constitucional.

1 - Publicado originalmente na Revista de Processo, n. 261. Esta versão conta com ligeiras modificações.

ABSTRACT: The existence of a new Civil Procedure Code causes discussions about a lot of questions. One of them is relative to the changing of the objective limits of the claim preclusion, witch is now able to cover the prejudicial questions in some cases. This article intends to explore one problem that may rise with the new objective limits of the claim preclusion: the possibility of the res judicata in the constitutional prejudicial question when the process is in the competence of the brazilian Supreme Tribunal Court.

Keywords: New Civil Procedure Code. Claim Preclusion. Prejudicial Question. Constitutional question.

INTRODUÇÃO

Sem entrar no mérito sobre se o Código de Processo Civil de 2015 tem aptidão para melhorar a qualidade da prestação jurisdicional aos cidadãos, o fato é que alguns institutos processuais devem ser revistos. Um deles, certamente, é a coisa julgada. Ao tratar do tema, a Lei 13.105/2015 ampliou, em alguns casos, a ocorrência da coisa julgada material às questões prejudiciais incidentais. Dentre as possíveis dúvidas oriundas dessa mudança, uma delas diz respeito à compatibilidade desse regime às decisões proferidas pelo STF acerca das questões constitucionais prejudiciais. E antecipamos: o objetivo deste escrito é demonstrar a inaplicabilidade do §1º do art. 503 do CPC/15 aos julgados da Corte Maior.

Para isso, analisaremos em pequenos tópicos a teoria da decisão, a cognição, a própria coisa julgada, as possibilidades de conhecimento do STF acerca da questão constitucional e a diferenciação entre eficácia do precedente e a coisa julgada. Não abordaremos esses temas de forma exauriente e apenas traremos informações que de algum modo se relacionem às conclusões almejadas. O novo Código alterou alguns institutos consagrados e aos poucos vamos descobrindo quais as repercussões para o sistema dessas alterações. Nas páginas que seguem algumas perguntas serão respondidas para preparar uma conclusão adequada para o objeto deste artigo.

1. DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO

Em uma decisão, o magistrado realiza dois discursos² e, normalmente, eles se encontram na fundamentação da decisão.

2 - MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedentes: dois discursos a partir da decisão judicial. AMARAL, Guilherme Rizzo; MITIDIERO, Daniel. (coords). *Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 91; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: RT, 2015, v. II, p. 412.

Um deles é direcionado precipuamente às partes do conflito. É um discurso que traz as bases argumentativas para a solução do caso concreto. Explica como se partiu dos enunciados normativos, abstratos e prévios, para se chegar à solução, particularizada e posterior, constante no dispositivo da decisão.

Após realizar uma detida análise do caso, das questões de fato e dos enunciados aplicados a ele, o magistrado muitas vezes delinea, delimita, lapida a aplicação da lei para um caso mais particular da vida. Elabora-se então o que alguns chamam de *regra geral do caso concreto*³. Um exemplo sempre ajuda.

O Código Civil anuncia, no art. 186, que aquele que violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Por sua vez, o art. 927 explicita que quem causar dano fica obrigado a repará-lo. Dito isso, vejamos o julgado abaixo, recentemente extraído de um caso concreto ocorrido no Ceará:

A 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE) condenou a Horizonte Comércio Transporte e Turismo a pagar R\$ 100 mil para comerciante que ficou impossibilitado de exercer a profissão, após acidente em ônibus da empresa. A decisão, proferida nessa segunda-feira (10/08), teve como relator o desembargador Washington Luís Bezerra de Araújo.⁴

O Código Civil, como vimos, previu o dano, mas não teceu minúcias de sua ocorrência. Então o judiciário se depara com uma demanda de alguém que sofre acidente de ônibus e fica impossibilitado de trabalhar. Partindo dos preceitos mais gerais e lapidando sua aplicação ao caso, o magistrado pode então elaborar a seguinte *regra geral do caso concreto*: “Comerciante de cerca de 60 anos que fica impossibilitado de exercer a profissão por causa de um acidente tem direito a danos materiais e danos morais pagos pelo causador do acidente”.

Percebe-se que o enunciado elaborado pelo juiz não é tão genérico como a lei e ajuda a compreender como o dispositivo da decisão, citado acima, fora elaborado. Porém, frisamos, o órgão decisor precisa justificar analiticamente como chegou a essa conclusão permitindo às partes o controle dessa fundamentação. Defeitos como contradição, ausência de base legal, incoerências etc. poderão ser percebidos. O recurso, necessariamente, deve

3 - DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. II, p. 452.

4 - BRASIL. *Tribunal de Justiça do Ceará*. Notícias. 11 ago. 2015. Disponível em:

< http://www.tjce.jus.br/noticias/noticia-detalle.asp?nr_sqtex=36627>, Acesso em: 26 ago. 2015.

apontar de maneira analítica, eventual *error in procedendo* ou *in iudicando* da decisão.

E essa *regra geral do caso concreto* possui ainda uma importante função e que nos remete ao segundo tipo de discurso trazido na fundamentação de uma decisão: *o discurso para a ordem jurídica*. É que, ao criar a regra jurídica geral para o caso, aquela decisão pode servir de paradigma para resolver casos semelhantes futuros. Além disso, pelo discurso realizado na fundamentação, os cidadãos, *titulares do poder* fiscalizam como o *seu* poder está sendo exercido pelo Judiciário.

Mas o aspecto da fundamentação importante para nossas conclusões é de um viés mais técnico. Isso porque é na fundamentação o lugar da decisão para a análise das *questões incidentais*. Essas questões são alvo de cognição, mas não farão parte do dispositivo da decisão. No dispositivo são analisadas apenas as questões ditas *principais*. A doutrina explica que na fundamentação ocorre análise *incidenter tantum*, enquanto no dispositivo ocorre análise *principaliter*. A repercussão prática dessa diferença é grande.

As questões postas para análise incidental não são, tradicionalmente, aptas à coisa julgada. Por sua vez, as questões analisadas *principaliter* são aptas à indiscutibilidade e imutabilidade. Quem escolhe a forma de análise de uma questão são as partes. Se alguém, por exemplo, alega que determinada pessoa é seu pai e ingressa com pedido de alimentos – e apenas sobre isso realiza pedido – fará com que apenas a questão dos alimentos receba análise *principaliter*. A relação de filiação poderá até ser analisada pelo magistrado, mas ele o fará na fundamentação, e terá essa questão como incidental. Isso acarreta na possibilidade de essa mesma questão vir a ser alvo de outro processo, agora como questão principal, sendo admitido pelo ordenamento jurídico que, nesse outro caso, haja uma conclusão conflitante com a primeira vez em que a mesma questão foi submetida ao Poder Judiciário.

Do mesmo modo, se alguém pede reconhecimento de um direito a um crédito oriundo de um determinado contrato, tendo-o como válido, terá uma decisão cujo dispositivo apenas tratará do crédito – se há ou não direito a ele. A discussão da validade do contrato, se ocorrer, constará na fundamentação da decisão.

Nesse sentido, Didier Jr. explica que há algumas questões submetidas ao magistrado como fundamento para a solução de outras e há questões a que se roga que sobre elas ocorra decisão judicial. “Em relação a todas haverá cognição; em relação às últimas, haverá também julgamento. Todas compõem o objeto de conhecimento do órgão julgador, mas somente as últimas compõem o objeto de julgamento (*thema decidendum*)”.⁵

5 - DIDIER, Civil. “Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro.” In: Procedure Review, v.6, n.1: 81-94, jan-apr., 2015, p. 82-83.

A fundamentação, então: a) possibilita o controle da decisão pelas partes permitindo a verificação da coerência e racionalidade do pensamento do juiz bem como a ausência de contradições; b) permite o controle da decisão pelo *titular do poder*; c) é a parte principal da decisão de onde se extrai a *norma geral do caso concreto*: o precedente e d) é a parte da decisão em que são analisadas as questões incidentais.

Antes de passar ao próximo ponto, apenas um alerta: tradicionalmente, nenhuma parte da fundamentação se submete à coisa julgada. Isso, contudo, foi transformado a partir da Lei 13.105/2015 conforme veremos.

2. DO DISPOSITIVO

No dispositivo de uma decisão o magistrado resolve o problema a ele posto.⁶ “Nele se contém a decisão da causa”.⁷ A partir dessa premissa, três são as conclusões importantes para o momento.

Na solução trazida pelo dispositivo, a cognição do magistrado incidirá sobre as *questões principais*, aquelas postas como pedido pelas partes – análise *principaliter*. Se se pede alimentos, sua concessão ou negativa ocorrerá aqui. A resposta ao caso é o que alguns chamam de *regra individual que regula o caso* e que deriva justamente da *regra geral do caso* encontrada *principalmente* na fundamentação⁸. Por fim, *tradicionalmente*, a parte da decisão apta à coisa julgada material é o dispositivo: se a decisão não mais se sujeitar a recurso, tornar-se-á imutável e indiscutível. As mudanças nesse regime veremos a seguir.

3. DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS

3.1. Ponto e Questão – superando o conceito de “ponto”

As questões são as dúvidas postas pelas partes e também argumentos que o próprio juiz pode trazer ao processo.⁹⁻¹⁰ A solução dessas questões ocorre mediante atividade intelectual do magistrado batizada pelo jargão jurídico de

6 - Não se ignora aqui a principal função do processo: efetivar a tutela do direito na vida do jurisdicionado. Por vezes, a sentença apenas certifica o direito e necessitará de uma efetivação. É o cumprimento de sentença. Contudo, para os fins deste escrito, basta que fiquemos com a afirmação acima.

7 - THEODORO JÚNIOR. *Curso de direito processual*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. I, p. 1048. 8 - DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil... cit.*, p. 452.

9 - CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: EJEA, s/a, v. I, p. 36. No mesmo sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. “*Questões preliminares e questões prejudiciais*”. *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 74-75; FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1988, p. 57.

10 - É sempre bom alertar que, na vigência do CPC, qualquer questão de fato ou de direito trazida de ofício pelo juiz deve ser precedida de oportunidade do prévio contraditório às partes (art. 10, CPC/2015).

cognição. Nas lições de Watanabe, “A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento judicium, do julgamento do objeto litigioso do processo”.¹¹

A *controvérsia* não é aspecto essencial do conceito de *questão*, mas uma qualidade eventual, que decorre da oposição da parte contrária a quem lhe seja favorável. Nesse sentido, Barbosa Moreira conceitua questão como sendo “ponto duvidoso, de fato ou de direito” que será analisado pelo juiz¹². Percebe-se que não há menção, no texto, da necessidade de controvérsia para a identificação de uma questão. Na verdade, eis o que parece ser o aspecto principal: *a dúvida não surge da controvérsia, mas da necessidade de haver pronunciamento judicial sobre o tema e todos os pontos fáticos e jurídicos essenciais ao processo devem ser analisados pelo magistrado*.

Dizemos tudo isso, pois parte da doutrina batiza a questão sobre a qual não houve controvérsia de *ponto*. *Ponto* seria uma *questão* caracterizada pela *incontrovérsia*.

Ocorre que entendemos desnecessário, ou, pelo menos, pouco útil, essa distinção que se faz entre “ponto”, tradicionalmente entendido como “fundamento de uma afirmação referente ao mérito ou ao processo” e “questão” como sendo “o ponto de fato ou de direito controvertido”.¹³ Enquanto o primeiro instituto, a saber, “ponto”, pode ser ignorado, as “questões” podem ser mais bem definidas como: *temas que devem ser decididos pelo juiz, sejam eles controvertidos ou não*. O fato de uma questão não se tornar controvertida não lhe retira a natureza de questão, apenas a torna incontroversa, mas continua sendo necessária a análise do magistrado.

Há, inclusive, diversos casos em que *incontrovérsia* de uma questão de fato não implica em sua admissão. Afinal, se a parte alega um fato absurdo e a parte adversa não o controverte, o juiz não está obrigado a acatar tal alegação e, de qualquer forma, ainda será necessária a sua solução pelo magistrado. Havendo revelia, mesmo com a incidência dos seus efeitos materiais, o juiz ainda precisará afirmar que se considera determinado fato provado pela incidência de uma presunção de veracidade. Se a parte requer o pagamento de alimentos e insere, como questão prejudicial, a paternidade, independentemente da controvérsia haverá uma *questão prejudicial*.

11 - WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987, p. 41.

12 - MOREIRA, José Carlos Barbosa. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo. *Temas de direito processual* – 2ª série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 243.

13 - CÂMARA, Alexandre Freitas. Limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. PEIXOTO, Ravi; MACÊDO, Lucas Buril de; FREIRE, Alexandre (coord). *Doutrina selecionada – Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 570; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. I, p. 432.

Pelo exposto, não parece correto afirmar que “os pontos prejudiciais, por não serem controvertidos, não são objeto de resolução judicial”.¹⁴ Ainda que o suposto pai não controverta a questão, deve haver decisão do magistrado. Afinal, se a parte tivesse optado por *cumular* ambos os pedidos, por óbvio, ninguém diria que, ausente a controvérsia, não haveria resolução judicial e, por conseguinte não haveria coisa julgada – o *caput* do art. 503 aponta que a coisa julgada apenas atinge a *questão prejudicial expressamente decidida*. Portanto, questão prejudicial de mérito, é toda afirmação inserida pelas partes ou pelo juiz da qual depende a resolução da questão principal e que deve ser, por ele, decidida.

3.2. Das Questões Prejudiciais

A cognição, então, incide sobre as questões postas ao magistrado. Essas questões possuem diversos planos de análise pela doutrina: questões de fato e de direito, questões subordinadas e subordinantes, questões principais e incidentes, questões preliminares e prejudiciais.

Não é necessário agora analisar todos. Para nossos objetivos, basta que se saiba o que são as *questões principais* e *questões incidentes* – já explicamos isso – e o que se entende por *questões prejudiciais* – o que faremos a seguir.

Há questões que para serem resolvidas dependem logicamente de outras. Uma será subordinante, a outra subordinada. As questões subordinantes são ditas questões prévias. Elas se dividem em *preliminares* e *prejudiciais*.

Não se distinguem *preliminares* de *prejudiciais* pelo conteúdo de cada uma delas.¹⁵ É preciso analisar em conjunto a questão subordinante e a questão subordinada e como essa subordinação se apresenta no caso concreto para só então determinar se estamos diante de uma preliminar ou de uma prejudicial.

As questões preliminares são aquelas questões prévias que podem *impedir* a análise da questão subordinada, mas sem nada dizer acerca de seu conteúdo ou sentido. Elas impedem o exame da questão subordinada, criando uma barreira para sua análise. A dependência que a solução da questão subordinante exerce sobre a subordinada “[...] traduz-se no fato de que aquela condiciona a *existência* desta, mas não o seu eventual *conteúdo*”¹⁶.

Como exemplo, temos a competência. Se o juiz se afirma incompetente, não pode avançar para decidir acerca do pedido. Nada disse sobre seu conteúdo, pois a questão preliminar impediu seu exame.

14 - CÂMARA, Alexandre Freitas. Limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil... cit., p. 570.

15 - Em sentido contrário, distinguindo-as pela sua natureza, defendendo que as questões preliminares versam sobre direito processual e as prejudiciais sobre o mérito: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 803.

16 - MOREIRA, José Carlos Barbosa. “*Questões preliminares e questões prejudiciais*”. In: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 82.

Por outro lado, a questão prejudicial é aquela que influi diretamente no conteúdo da questão subordinada. Da solução da questão subordinante, depende o conteúdo ou o sentido que se quer dar à questão subordinada.¹⁷ Consoante Barbosa Moreira, a decisão da questão prejudicial é antecipação do juízo sobre a outra questão. “Resolvida a prejudicial, resolvida está, virtualmente, a outra, bastando que o juiz tire as consequências lógicas de rigor.”¹⁸

Como exemplo, podemos citar uma ação requerendo a entrega de uma coisa em que o réu alega que o contrato que determinava essa entrega é nulo. Caso o juiz decida que o contrato é mesmo defeituoso, essa questão prejudicial prévia invade sobremaneira a decisão sobre a entrega da coisa. O juiz deve decidir sobre a entrega, mas já vai totalmente condicionado pelo que decidiu na questão prévia.

4. DA COISA JULGADA

A coisa julgada é, para usar expressão da lei, “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” – art. 502, CPC/2015. Ao falar de autoridade, como bem lembra Cabral, o legislador quis fugir da discussão sobre se a coisa julgada é ou não eficácia.¹⁹ Não sendo o momento para esse debate, o fato é que a lei traz os dois aspectos principais da coisa julgada: a *imutabilidade* e a *indiscutibilidade*. A primeira proíbe sua alteração posterior, seja pelas partes, seja por outros órgãos do próprio judiciário ou pelos outros poderes (funções) do Estado²⁰. A indiscutibilidade trata da impossibilidade de rediscussão da matéria.²¹

Normalmente, a coisa julgada (indiscutibilidade e imutabilidade) recai sobre a decisão de mérito. Topograficamente, essa *decisão de mérito* consta no dispositivo. Assim, tradicionalmente, a parte da decisão que não apenas resolve o caso, mas torna-se indiscutível e imutável é o dispositivo. Eis o limite objetivo *tradicional* da coisa julgada. Contudo, o Código de Processo Civil de 2015 inovou na matéria permitindo a extensão da coisa julgada para além do dispositivo em algumas situações.

17 - MOREIRA, op. cit. p. 85.

18 - MOREIRA, op. cit. p. 86.

19 - CABRAL, Antonio do Passo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*/ Tereza Arruda Alvim Wambier... [et al.], coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1281.

20 - CABRAL, op. cit., p. 1282.

21 - CABRAL, op. cit., p. 1281.

5. COISA JULGADA DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS INCIDENTAIS

Conforme o §1º do art. 503 do CPC/2015, as questões prejudiciais, mesmo decididas *incidenter tantum*, ou seja, na fundamentação da decisão, são aptas à coisa julgada, que ocorrerá independentemente de pedido de qualquer das partes. É um novo paradigma para nosso direito. Eis o preceito:

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

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

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

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

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

§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

O objetivo da alteração legislativa seria o de coibir a contradição lógica tornada possível pelo sistema anterior, impedindo que uma determinada questão, originariamente discutida em um processo como prejudicial, possa ser rediscutida e decidida diferentemente em ações futuras.²² Pela sistemática do CPC/1973, não ajuizada a ação declaratória incidental, seria possível imaginar a seguinte situação: em uma primeira ação, o juiz considera válido um contrato em uma demanda que questiona a inadimplência de juros. Em outra ação, acerca do mesmo contrato em que a parte venha requerer a compensação pelo inadimplemento dos termos do acordo, poderia considerá-lo inválido. Assim, a alteração dos limites objetivos teria por finalidade impedir a existência de decisões conflitantes sobre uma mesma situação concreta.

A ocorrência dessa coisa julgada para além dos limites tradicionais – coisa julgada especial – não prescinde de alguns pressupostos. Eles estão

22 - WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, abr.-2014, p. 81. Para um breve panorama dos posicionamentos doutrinários favoráveis e contrários à inovação, cf.: DELLORE, Luiz. Da coisa julgada no novo Código de Processo Civil (L. 13.105/2015): conceito e limites objetivos. PEIXOTO, Ravi; MACÊDO, Lucas Buril de; FREIRE, Alexandre (coord). *Doutrina selecionada – Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 664-672. Em sentido crítico à opção legal: PRATES, Marília Zanella Prates. *A coisa julgada no direito comparado*: Brasil e Estados Unidos. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 205-208.

previstos nos §§ 1º e 2º do mesmo art. 503. São em número de cinco e são cumulativos:

a) A questão prejudicial resolvida *incidenter tantum* a ser albergada pela coisa julgada deve ser imprescindível para a solução da questão principal. Ela não deve ser apenas relevante a ela, mas necessária.²³ Assim: a paternidade como prejudicial para alimentos; a validade de um contrato como prejudicial à sua cobrança; relação de emprego como prejudicial de uma cobrança de verbas trabalhistas.

b) Deve ter havido decisão expressa sobre tal questão. Não há coisa julgada de questão prejudicial incidente implícita.

c) Deve ter ocorrido contraditório prévio e efetivo. Como uma forma de valorizar o contraditório, a legislação veda, de forma expressa, o regime especial da coisa julgada no caso de revelia. A revelia, nessa hipótese, deve ser entendida como o mero ato-fato de não contestar, sendo irrelevante que sejam agregados outros efeitos jurídicos, como a presunção de veracidade (art. 343, CPC).²⁴

d) O órgão judicante deve ter competência em razão da matéria e da pessoa (art. 503, §1º, III) para resolver a questão prejudicial caso ela viesse em análise *principaliter*.²⁵ Assim, por exemplo, a prejudicial de paternidade, em um pedido de alimentos perante o Judiciário Estadual, mesmo analisada *incidenter tantum*, pode ser apta à coisa julgada, pois aquele juízo é competente para ambas as questões. Por outro lado, a prejudicial incidental de parentesco em um pedido de benefício previdenciário perante a Justiça Federal não fará coisa julgada vez que não possui a Justiça Federal competência para causas de família.

e) Por fim, o procedimento não pode conter qualquer restrição probatória, pois haveria um impedimento ao aprofundamento da cognição sobre a questão prejudicial incidental. Não se deve admitir, por exemplo, a formação do regime especial da coisa julgada em processos de cognição sumária, a exemplo da tutela antecipada antecedente de urgência (arts. 303 e 304, CPC).

23 - CABRAL, op. cit., p. 1292.

24 - SENRA, Alexandre. *A coisa julgada no código de processo civil de 2015*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 308.

25 - Há posicionamento doutrinário no sentido de que o juiz também deve ser absolutamente competente em razão de *todos os critérios absolutos*, o que abrangeria ainda os casos de competência territorial absoluta e os critérios de competência interna (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil...* cit., p. 573; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil...* cit., p. 633; SENRA, Alexandre. op. cit., p. 316). Por não ser o objeto deste ensaio uma análise exaustiva dos requisitos para a formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial, deixamos este diálogo para uma próxima oportunidade.

Acerca da eventual restrição probatória do procedimento, há quem entenda necessária uma análise concreta, sendo possível, por exemplo, a formação da coisa julgada sobre questão prejudicial incidental em procedimento de mandado de segurança, nos casos em que não haja a necessidade de prova além da documental para tratar da questão prejudicial aduzida.²⁶ De certa forma, esse posicionamento admite sempre a formação da coisa julgada mesmo que haja restrição probatória, eis que, caso haja necessidade, no mandado de segurança, de prova além de testemunhal, esse procedimento deve ser extinto em exame do mérito. Por outro lado, outros entendem que se trataria de uma análise abstrata: havendo qualquer restrição probatória no procedimento, não poderia haver a formação desse regime especial da coisa julgada.²⁷

Há quem alegue, como requisito, a controvérsia da questão para que ela possa ser acobertada pela coisa julgada.²⁸ Não concordamos com esse posicionamento. Primeiro, porque, pelo conceito de questão adotado, não se tem como requisito para sua constituição a controvérsia – ou seja, nessa perspectiva, sequer faz sentido exigí-la. A inexistência de coisa julgada sobre questão prejudicial no caso da revelia não decorre da incontrovérsia, mas da inexistência de contraditório efetivo²⁹. Portanto, embora não haja a coisa julgada sobre a prejudicial nos casos de revelia, é possível pensar em situações em que não ocorra controvérsia, mas haja coisa julgada sobre a prejudicial. O exemplo principal é o caso de parte adversa concordando com a questão prejudicial proposta – o clássico exemplo da paternidade -. Afinal, a

26 - CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 596-597; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil...* cit., p. 804-805; SENRA, Alexandre. op. cit., p.321-323.

27 - CÂMARA, Alexandre Freitas. Limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil... cit., p. 574; ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2015, v. III, p. 1.449; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil...* cit., p. 634.

28 - REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 248, out.-2015, p. 49; MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, versão digital, comentários ao art. 503, n. vii; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil...* cit., p. 804.

29 - Não há qualquer vedação a que uma questão possa ser alvo de contraditório prévio e efetivo, mesmo em caso de revelia. Imagine a situação em que o réu foi revel mas o autor alegou fato absurdo ou não provado. O magistrado, ou pelos próprios elementos da causa, ou mesmo tendo produzido provas pelo poder instrutório, chegou à conclusão de que o réu, mesmo revel, possui razão. Mas foi uma opção legislativa o fato de que a revelia, por si só, já impede a formação da coisa julgada prejudicial incidental. Bem pensadas as coisas, não haveria problemas em termos uma coisa julgada prejudicial, mesmo em caso de revelia, desde que a favor do revel. Imagine pedido de alimentos a quem evidentemente não é pai. Magistrado negará alimentos *principaliter*, após ter resolvido, *incidenter tantum*, a improcedência macroscópica da paternidade.

autocomposição não atua como obstáculo seja para a coisa julgada tradicional, seja para esse regime especial.³⁰

Estes são, de forma bastante resumida, os requisitos para a formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial no CPC/2015. Para os propósitos deste texto, os que possuem maior relevância serão os aspectos da competência e do contraditório, que, em suas especificidades, serão analisados no decorrer do ensaio.

6. A DIFERENÇA ENTRE A EFICÁCIA VINCULANTE DO PRECEDENTE E A INDISCUTIBILIDADE DA COISA JULGADA

É possível que haja certa confusão entre coisa julgada e a eficácia do precedente, especialmente quando ele é vinculante. No entanto, elas não devem ser confundidas, pois, embora ambas tutelem a segurança jurídica, o fazem de forma diversa.³¹ Como vimos ao analisar a fundamentação, é possível afirmar a formação, em uma decisão, de duas normas jurídicas: uma proveniente da formação do precedente – mais propriamente a *ratio decidendi*, encontrada na fundamentação – e outra relacionada com as conclusões do caso concreto – a regra individual do caso concreto, localizada no dispositivo.

A coisa julgada, em regra, incide sobre o dispositivo e está diretamente relacionada à solução do caso concreto e apenas ao que foi efetivamente julgado. Não se pode falar em aplicação de uma coisa julgada a situações análogas, tal qual ocorre com o precedente. Por meio dela, uma determinada relação jurídica concreta torna-se *indiscutível*. A relação aqui é com a *eficácia declaratória da decisão*.

O precedente, por sua vez, embora se origine de um caso concreto, dele se destaca e, a partir disso, se expande. Tem-se sua formação por meio da identificação da *ratio decidendi*, de uma norma jurídica aplicável a casos “iguais”, mas também a outras situações similares.³² A sua eficácia, por sua própria natureza, se relaciona com a sua aplicabilidade a outros casos

30 - DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. II, p. 550. No mesmo sentido: SENRA, Alexandre. op. cit., p. 312-313.

31 - MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 139-40.

32 - Embora a colocação do problema pareça denotar simplicidade na identificação e aplicação dos precedentes, na prática, a tarefa mostra-se árdua. Basta pensar em decisões a partir das quais é possível extrair diferentes *rationes decidendi* (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 258). Contudo, em que pese divergência doutrinária acerca da identificação do precedente (se surge de uma decisão, de uma combinação delas etc.) e sua aplicação, parece não haver controvérsia de que será precedente apenas a solução possível de aplicação futura.

Sobre a *ratio decidendi* de forma mais detida: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 151-167.

parecidos³³. Eis aqui o primeiro de dois pontos fundamentais da teoria dos precedentes.

Além disso, embora ambos, precedente e coisa julgada, tutelem a segurança jurídica, o fazem a partir de diferentes perspectivas. Enquanto a coisa julgada imutabiliza a discussão do caso concreto, a segurança do precedente atua de forma dinâmica. O precedente não é feito para ser imutável, podendo ser modificado, seja pela distinção restritiva/ampliativa, como também por meio da superação – e aqui encontramos o segundo dos dois pontos fundamentais do estudo e aplicação dos precedentes. A coisa julgada, no entanto, ultrapassado o prazo da rescisória, passa a ser qualificada de *soberana*, por não existirem mais meios para que o tema possa ser rediscutido³⁴.

Mais ainda, enquanto o precedente tem uma relação nítida com a hierarquia judiciária,³⁵ destacando-se, nesse ponto, a vinculação vertical – de cima para baixo –, a coisa julgada, enquanto norma concreta, impede a rediscussão do tema independentemente da hierarquia do órgão judiciário.³⁶ Portanto, enquanto um precedente de um Tribunal de Justiça não tem aptidão para vincular o STJ, uma coisa julgada produzida por um juiz de primeiro grau impede, inclusive, decisões conflitantes do STF.³⁷

Outro aspecto relaciona-se com os atingidos pela coisa julgada e pelo precedente. A coisa julgada, em regra, atinge apenas as partes que participaram do processo – tem apenas eficácia *inter partes* –. A indiscutibilidade limita-se aos sujeitos parciais de cada caso concreto. A tutela da confiança aqui se dirige àquela do cidadão no ato estatal que decidiu o *seu caso específico*, de forma a assegurar que o benefício a ele outorgado não lhe seja retirado;³⁸ do ponto de vista do sucumbente, a coisa julgada limita a parcela da sua esfera jurídica que pode ser afetada de forma desfavorável. Por sua vez, o precedente tem por objetivo assegurar a segurança jurídica para todos os jurisdicionados

33 - ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 329.

34 - O movimento de relativização da coisa julgada não vingou no Brasil e apenas excepcionalmente admite-se sua quebra. Talvez o mais famoso dos casos seja o dos §12 a 15 do art. 525 do CPC/2015 (repetido no art. 535, §5º a 8º, do CPC/2015).

35 - A relação entre a estrutura judiciária e a existência dos precedentes obrigatórios sempre foi destacada pela doutrina – sempre como foco para o aspecto da hierarquia -. (BARRROS, Lucas Buriel de. *Precedentes: doutrina e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 450. De forma semelhante: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 308-310; TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997, p. 437-443; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 344-345.).

36 - MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 115.

37 - Isso em homenagem à função positiva da coisa julgada. “A coisa julgada vincula partes e órgãos judiciais à regra jurídica concreta formulada na sentença.” ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. III, p. 1477.

38 - MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios...* cit., p. 139.

em situação semelhante, impondo que casos parecidos tenham soluções coerentes entre si. A conclusão é a de que enquanto o precedente afeta todos os jurisdicionados em situação análoga, a coisa julgada, em regra, afeta apenas as partes.³⁹

Em resumo, enquanto a coisa julgada foca na imutabilidade e na concretude do caso concreto, o precedente objetiva uma segurança jurídica de cunho dinâmico e a proteção dos jurisdicionados em geral. Embora ambas tutelem a segurança jurídica, cada uma tem uma função específica no ordenamento jurídico.

6.1. A coisa julgada *erga omnes* e o precedente

Outro ponto a considerar é o que relaciona a coisa julgada *erga omnes*, que, por exemplo, ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, quando a própria questão constitucional é o objeto de decisão *principaliter*⁴⁰, e o precedente. A coisa julgada *erga omnes* e a *ultra partes* também ocorrem nos processos coletivos, a exemplo da previsão constante no art. 103, do CDC.

Em tais situações, o benefício outorgado pela decisão alcançará todos os titulares daquele mesmo direito. Todos os sujeitos de direito que sejam afetados diretamente por aquela decisão podem se valer dos efeitos da respectiva coisa julgada. No entanto, ainda assim, não se pode compará-la com a garantia de que o direito será tutelado em conformidade com o que ocorre com os precedentes obrigatórios. Enquanto “o precedente é destinado a garantir a estabilidade da aplicação do direito, (...) a coisa julgada garante a inalterabilidade da aplicação do direito em determinado caso concreto”.⁴¹ Como já destacado nos tópicos anteriores, a coisa julgada implica imutabilidade do direito discutido naquele caso concreto; o precedente, por sua vez, pode ser posteriormente alterado, independentemente de um remédio jurídico específico.

O direito garantido pela mencionada decisão é incorporado à situação jurídica dos seus beneficiários, tornando-se indiscutível e imutável, apenas sendo revisado por remédios jurídicos processuais específicos. Por outro lado, o precedente não é imutável. Em qualquer momento no futuro, pode haver

39 - TROPER, Michel, GRZEGORCZYCK, Christophe. Precedent in France. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997, p. 116-117.

40 - “Assim, a questão constitucional, no controle concentrado, assume a natureza de questão principal, porque relacionado ao próprio objeto da demanda, distinguindo-se do controle difuso, no âmbito do qual – relembremos – a questão constitucional se limita à mera questão prejudicial, suscitada como incidente ou causa de pedir, porém jamais como pedido”. CUNHA JR., Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 183-184.

41 - MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios...* cit., p. 141.

sua superação e, embora exista a discussão sobre a sua eficácia temporal, não existe qualquer proibição genérica de sua alteração.

Na situação da coisa julgada sobre questão constitucional com eficácia *erga omnes* ainda há um detalhe. Inexiste qualquer remédio jurídico para os casos de decretação da inconstitucionalidade, havendo expressa proibição da utilização da ação rescisória (v. p. ex., o art. 26, da Lei 9.868/1999).

A lei ou ato normativo decretado inconstitucional por meio do controle abstrato e concentrado é impedido de produzir efeitos, não mais sendo possível a revisão; é como se ele deixasse de existir no ordenamento jurídico, embora não seja tecnicamente revogado.⁴² A vinculação não teria esse objetivo; ela atuaria sobre a *ratio decidendi*, impondo que, na análise dos demais órgãos do Poder Judiciário (e nesse caso, também do Poder Executivo) acerca de atos normativos semelhantes, apliquem o mesmo raciocínio desenvolvido pelo STF.⁴³

Tudo isso implica afirmar que a coisa julgada, em termos de estabilização de uma decisão, é muito mais forte e densa do que o precedente. Acobertar uma determinada decisão da eficácia da coisa julgada implica uma imutabilização que não existe para o precedente. O presente artigo objetiva justamente trabalhar com a (im)possibilidade da existência da coisa julgada nas questões prejudiciais conhecidas pelo STF. Quanto à eficácia vinculante, que não é propriamente o objeto deste texto, há expressa previsão legal no CPC/2015 de sua concessão para as decisões derivadas do controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, I), para os julgamentos em recursos repetitivos (art. 927, III) e para as decisões tomadas pelo plenário do STF em matéria constitucional (art. 927, V). Portanto, mesmo que seja inviável a aplicação da coisa julgada nas questões prejudiciais decididas pelo STF, ainda assim, estas serão protegidas, em certas hipóteses, pela eficácia vinculante dos precedentes.

42 - A situação ocorrida no caso do reconhecimento da constitucionalidade no controle concentrado é diversa, pois é passível de revisão. Para uma visão aprofundada do tema, que foge aos propósitos deste texto, cf.: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação n. 4.374/PE. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, 2015. O tema também foi alvo de ampla discussão no STF no seguinte julgado: STF, Tribunal Pleno, Rcl 4.374, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18/04/2013, DJe 04/09/2013.

43 - O STF, no entanto, não tem conhecido de reclamações ajuizadas com base na violação da *ratio decidendi*, sob o argumento de que apenas o dispositivo teria eficácia vinculante. De certa forma, ele acaba igualando a eficácia *erga omnes* com o efeito vinculante, ao restringir o segundo ao dispositivo da decisão. (STF, Primeira Turma, Rcl 11.477 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29/05/2012, DJe 30/08/2012; STF, Tribunal Pleno, Rcl 3294 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 03/11/2011, DJe 29/11/2011). Trata-se de entendimento com nítido objetivo de diminuir o número de reclamações a serem ajuizadas naquele tribunal e, em tese, conflita com o conceito de precedente obrigatório construído pelo CPC/2015 a partir da teoria dos precedentes. O efeito vinculante atua sobre os motivos determinantes, sendo a norma de caráter geral, construído a partir do raciocínio desenvolvido pelos julgadores e não a partir do seu dispositivo.

7. AS FORMAS DE ANÁLISE DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No Supremo Tribunal Federal, coexistem duas formas de análise da questão constitucional.

A primeira está prevista no art. 102, §2º, da CF, para as ações do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, em que a questão constitucional é o próprio objeto da ação⁴⁴. Trata-se do controle por via principal ou ação direta. É uma espécie de controle exercido para além de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto tão somente a discussão acerca da validade ou não de um determinado ato normativo.

No direito brasileiro, *apenas* o Supremo Tribunal Federal tem competência para julgar, *principaliter* a questão de constitucionalidade que envolva a Constituição Federal; os tribunais estaduais apenas podem fazê-lo quanto às Constituições Estaduais. Por meio deste procedimento, a coisa julgada incide sobre a lei ou ato normativo questionado, tendo eficácia contra todos e efeito vinculante.

Em outros termos, a indiscutibilidade atinge a própria questão constitucional, bloqueando a aplicação da lei (em caso de procedência da ação declaratória de inconstitucionalidade). O tema não pode mais ser discutido por ninguém e nem em qualquer âmbito, muito embora não impeça o Poder Legislativo de editar ato normativo com o mesmo conteúdo do reconhecido como inconstitucional pelo STF⁴⁵.

Deve ser destacado: apenas no STF e por meio de uma das ações do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade é que a questão constitucional pode ser decidida *principaliter*. Não é possível, mesmo no STF, que a questão constitucional seja o próprio objeto da demanda em qualquer outra espécie de remédio jurídico processual.

Além disso, destaque-se que um dos requisitos para a utilização de tais ações refere-se à legitimidade, que, embora tenha sido bastante ampliada com o decorrer do tempo, ainda é bastante restrita. Apenas os entes elencados

44 - Talvez a exceção seja a ADPF incidental prevista no art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.882/99. Como esse ponto não repercute diretamente nas conclusões deste ensaio, indicamos, inclusive com comentários acerca da possível inconstitucionalidade do preceito: CUNHA JR., Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2012, pp. 352 e ss.

45 - “Embora censurável, juridicamente o legislativo tem a liberdade de reeditar a lei inconstitucional.” CUNHA JR., Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 237. Isso, contudo, não significa quebra à coisa julgada. A discussão sobre determinada lei “X” tida por inconstitucional não será reaberta. O que eventualmente o legislativo pode fazer é propor lei “Y” novamente com conteúdo inconstitucional e não reavivar a lei “X”. Com mais vagar sobre a discussão sobre a vinculação ou não do legislativo às decisões do STF no controle concentrado de constitucionalidade, cf.: ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011, p. 143-150.

no art. 103 da Constituição podem se utilizar de tais remédios jurídicos processuais – voltaremos ao tema no próximo tópico –.

A segunda hipótese está relacionada com a análise da questão constitucional como questão prejudicial. Trata-se aqui do controle por via incidental. Apenas a título de esclarecimento, o julgamento *incidenter tantum* da questão constitucional pode ser realizado por qualquer juiz, não sendo uma exclusividade do Supremo Tribunal Federal.⁴⁶ Uma vez que o Poder Judiciário está sujeito ao princípio da legalidade ao decidir, tanto por disposição expressa do CPC/2015 (art. 8º) quanto da Constituição Federal (art. 37, *caput*), impõe-se a realização do controle de constitucionalidade de todas as leis e atos a ele submetidos para julgamento. Portanto, como cabe ao juiz aplicar o direito ao caso concreto, deve ter ele o poder de controlar incidentalmente os atos e leis utilizados pelas partes em suas argumentações.⁴⁷

No STF, ela pode aparecer através da interposição de um recurso extraordinário, de um recurso ordinário, de uma ação originária etc. Nessas hipóteses, a questão *principaliter* não pode ser a validade de texto normativo infraconstitucional. O pedido, nesses casos, deve ser relativo a algum direito coletivo ou individual cuja tutela é requerida pela parte no remédio jurídico processual utilizado. A questão constitucional, em tais hipóteses, apenas pode atuar a título de questão prejudicial (questão *incidenter tantum*), seja como uma causa de pedir da parte autora, como da parte ré.

Por exemplo, em uma demanda de natureza tributária, o contribuinte pode requerer a repetição do indébito, tendo, como *causa petendi*, a inconstitucionalidade de um determinado tributo. O pedido da ação é a devolução dos tributos pagos pelo contribuinte, atuando a alegação de inconstitucionalidade apenas como suporte do direito material. Em outros termos, a coisa julgada clássica, que atua sobre a questão principal expressamente decidida, incidirá apenas sobre a devolução dos tributos; jamais sobre a análise da questão constitucional, seja ela reconhecendo a inconstitucionalidade ou não.

8. A (IN)ADAPTABILIDADE DO REGIME DA COISA JULGADA DA QUESTÃO PREJUDICIAL AO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Até o presente momento, este texto abordou a coisa julgada incidente sobre a questão prejudicial incidental e seus respectivos requisitos.

46 - BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, t. V, p. 299. No mesmo sentido: STF, 1ª T., RE 117.805, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 04/05/1993, DJ 27/08/1993.

47 - SARLETT, Ingo; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 816.

Também analisamos a diferença entre coisa julgada e eficácia vinculante dos precedentes bem como as maneiras pelas quais as questões acerca da (in) constitucionalidade das leis ou atos normativos chegam ao STF.

Agora é o momento de verificar a possibilidade de aplicação do regime de coisa julgada do §1º do art. 503 do CPC sobre a questão constitucional quando ela for decidida pelo Supremo Tribunal Federal *incidenter tantum*. Para isso, basta que verifiquemos a ocorrência dos pressupostos dessa coisa julgada especial nos processos de controle difuso de constitucionalidade litispendentes no STF⁴⁸.

Dos cinco pressupostos listados acima, o da competência é justamente o que provoca o debate deste artigo. É que a coisa julgada somente será estendida às questões analisadas *incidenter tantum* caso o órgão judicante tenha competência para resolvê-las se elas fossem trazidas em análise *principaliter*.

Assim, de pronto, já excluímos da possibilidade dessa coisa julgada especial em decisões *incidenter tantum* de (in)constitucionalidade feitos fora do STF. É evidente que ela não poderia ocorrer quando do julgamento por qualquer outro juiz ou tribunal, uma vez que apenas o STF, como visto, pode, por meio das ações do controle concentrado de constitucionalidade, analisar a questão constitucional *principaliter tantum*. Haveria, nesses casos, a ausência do preenchimento do requisito da competência em razão da matéria, exigido pelo art. 503, §1º, III, do CPC/2015.

Mas então se o STF é competente para analisar da inconstitucionalidade como questão principal, então poderíamos defender a possibilidade de coisa julgada sobre questão prejudicial incidental constitucional quando o julgamento de uma causa ocorresse por lá? A questão não é tão simples.

É preciso que se perceba a importância deste tema. Havendo coisa julgada sobre a questão constitucional, haverá, tal qual ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, em caso de decretação da inconstitucionalidade, o bloqueio da aplicação do texto normativo. Há, praticamente, a retirada do texto normativo do ordenamento jurídico – com eficácia *ex tunc* – e ela poderia ocorrer em um processo individual de Tício contra Mévio e não mais apenas nas ações do controle concentrado de constitucionalidade. As consequências para o tráfego jurídico são muito mais drásticas do que a decorrente da concessão da eficácia vinculante à análise das questões constitucionais pelo STF.

A questão principal ainda continuaria atingindo apenas as partes. Contudo, a prejudicial de inconstitucionalidade, uma vez com aptidão para coisa julgada, deve ter efeitos *erga omnes* por decorrência lógica: a questão

48 - Em verdade, a discussão apenas ocorrerá para os processos iniciados após a vigência do CPC/2015, conforme o disposto no seu art. 1.054.

constitucional é sempre decidida em abstrato, mesmo quando atue como prejudicial.

Se, por exemplo, em um determinado recurso extraordinário, o STF reconhecesse a inconstitucionalidade de um tributo, determinando a devolução ao contribuinte, essa declaração de inconstitucionalidade – se atingida pela coisa julgada na prejudicial – atingiria todos os demais contribuintes. Ao ente público seria impossível retomar a discussão – com a exceção do ajuizamento da ação rescisória – e, enquanto isso, não poderia, sob pena de violar a coisa julgada, cobrar o referido tributo de qualquer contribuinte. Assim, a análise da (im)possibilidade dessa coisa julgada sobre a questão constitucional prejudicial deve ser realizada com bastante cuidado.

Mas há um problema ainda maior a ser pontuado atinente à competência para as hipóteses em que esse tribunal atua como instância recursal ordinária ou extraordinária. Isso porque, imaginando a questão constitucional como questão prejudicial em um determinado caso concreto em processo não iniciado no STF, haveria a configuração da seguinte situação: *a formação da coisa julgada sobre aquela determinada questão seria dependente da interposição do recurso – seja ele ordinário ou extraordinário* –. Em outros termos, na instância originária ou na instância recursal ordinária, o referido órgão do Poder Judiciário seria incompetente para conhecer da matéria prejudicial constitucional como questão principal e, por isso, sequer se poderia cogitar da formação da coisa julgada especial sobre ela nessas instâncias. Essa possibilidade apenas seria aberta por meio do recurso – ordinário ou extraordinário –. Não parece ser admissível que essa coisa julgada em face da questão prejudicial possa decorrer da “sanação” do vício da competência por meio do recurso. Este é um requisito de eficácia da coisa julgada sobre a questão prejudicial e este deve existir desde a instância originária. Em outros termos, não seria possível admitir o preenchimento posterior do requisito da competência. Ou o órgão judiciário é originariamente competente para conhecer da questão prejudicial como principal e pode haver a sua formação *ab initio*, ou seria vedada a sua formação apenas em grau recursal. A formação de coisa julgada apenas em grau recursal poderia, inclusive, impossibilitar o duplo grau de jurisdição que apenas excepcionalmente é mitigado em nosso ordenamento.

Afinal, para que haja a coisa julgada sobre a questão prejudicial, o órgão judiciário há de ser competente em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal (art. 503, §1º, CPC). O órgão recursal não seria detentor dessa competência, eis que uma ação que tivesse esse objeto não poderia ser validamente proposta nele – haveria incompetência absoluta -. *A competência a que faz menção o artigo não pode ser a recursal, mas apenas a originária.*⁴⁹

49 - No mesmo sentido, embora sem indicar as razões para o posicionamento adotado: REDONDO, Bruno

De qualquer forma, ainda resta uma hipótese em que o requisito da competência seria preenchido originariamente: nas ações originárias do STF. Nada impede que surja uma questão constitucional em um mandado de segurança contra ato do presidente da república (art. 102, I, *d*, CF) ou uma ação penal contra um senador da república (art. 102, I, *b*). Outra hipótese seria uma ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados (art. 102, I, *n*, CF)

Vencido o óbice da competência, é preciso ainda verificar se os demais pressupostos para a ocorrência da coisa julgada especial seriam configurados e um deles é a ocorrência do “contraditório prévio e efetivo”.⁵⁰

Como mencionado, apenas existem poucos legitimados à utilização do controle concentrado de constitucionalidade. Se, por acaso, houvesse alguma ação originária no STF que tivesse uma questão constitucional como prejudicial sem a presença de um daqueles legitimados, seria possível a alegação da ausência de contraditório efetivo⁵¹⁻⁵². É que, como uma dessas partes não teria tido a oportunidade de se manifestar adequadamente sobre o tema, não haveria o preenchimento do requisito do contraditório efetivo. Por mais que se possa mencionar que alguns deles poderiam ingressar como *amicus curiae* não é possível comparar os poderes das partes no comando do processo com a posição desse interveniente, que, por exemplo, tem poderes de recorrer bastante reduzidos.

Há, ainda, mais um problema atinente à existência do contraditório efetivo. Pela importância do reconhecimento da inconstitucionalidade em abstrato pelo Poder Judiciário, na ação direta de inconstitucionalidade, será ouvido, de forma obrigatória, o Advogado Geral da União (art. 8º, da Lei

Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC... cit., p. 53-54; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 307.

50 - Cabe aqui uma breve diferenciação entre “efetivo contraditório” (art. 7º, CPC/2015) e “contraditório efetivo” para efeito de preenchimento do art. 503, §1º, II. O efetivo contraditório está relacionado com a oportunização do contraditório e com o dever, para o magistrado, de levar em consideração os argumentos das partes. Por outro lado, o *contraditório efetivo* estaria relacionado com uma devida manifestação dos sujeitos processuais (não apenas a oportunização). Além disso, ainda estaria conexo à participação dos sujeitos legitimados a deduzir aquela questão por meio de uma ação autônoma, pois, apenas dessa forma, haveria um contraditório efetivo em que todos os que deveriam participar do processo o fazem *de forma adequada*.

51 - Alguém poderia, em tese, antes mesmo de discutir acerca da ocorrência ou não do contraditório efetivo, alegar que não se pode pedir formação de coisa julgada sobre questão prejudicial incidental parte ilegítima para deduzi-la em ação autônoma. Embora concordemos com a observação, há quem defenda diferente. Basta ver as observações de Nelson Nery sobre o §1º do art. 503: “O requisito é que os legitimados para requerer a resolução da prejudicial com força de coisa julgada sejam partes na ação principal, não havendo necessidade de serem, também, partes legítimas (de direito material) para a ação subordinante, se deduzida autonomamente”. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 1223. Ora, não se pode concordar com esse raciocínio. Estar-se-ia burlando um requisito processual, de qualquer forma, o contraditório efetivo, afinal, se a parte legítima não atua no processo no qual é produzida a coisa julgada, é evidente que não haverá contraditório efetivo.

52 - Exatamente nesse sentido: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11. ed... cit., p. 551.

9.868/1999 e art. 103, §3º, da CFRB). Por mais que ele não esteja obrigado a defender a inconstitucionalidade em todos os casos,⁵³ ele tem, ao menos, a possibilidade de se manifestar em tais ações, de trazer mais argumentos para o caso concreto. Trata-se de mais uma forma de se garantir um contraditório efetivo e que deveria ser garantido nos casos em que a questão constitucional atuasse apenas como prejudicial para que fosse possível cogitar da formação da coisa julgada especial. E, entretanto, ele não tem uma atuação devidamente garantida nos demais processos de competência do STF. Talvez, a única forma de suprir esse requisito fosse por meio da sua atuação a título de *amicus curiae*, permitindo a sua participação mesmo em processos individuais.

No entanto, ainda permanecem algumas possibilidades: as ações originárias em que um dos legitimados para o controle de constitucionalidade está em um dos polos da ação e eventualmente o AGU seja admitido a atuar como *amicus curiae* com base no art. 138, do CPC/2015. Um dos exemplos seria uma ação penal movida contra um senador da república pelo Ministério Público Federal. Como apenas o procurador geral da república pode atuar no Supremo Tribunal Federal, haveria tanto a competência originária para conhecer da questão constitucional como objeto principal e um dos legitimados para a proposição de uma das ações do controle concentrado de constitucionalidade. Mesmo neste caso não há a coisa julgada extensiva às prejudiciais incidentais vez que na ação penal, cujo objeto é o crime, as discussões civis não permitem amplo e efetivo contraditório sobre a questão prejudicial incidental civil, pelo que aquele processo penal teria sua finalidade desviada.

Seria ainda possível imaginar um mandado de segurança impetrado por um Partido Político contra um ato do Presidente da República, em que, mais uma vez, o AGU fosse admitido a atuar como *amicus curiae*. Teríamos um dos legitimados para a ação declaratória de inconstitucionalidade – um partido político com representação no Congresso Nacional (art. 103, VIII, CF) – e a competência do STF, por conta do legitimado passivo – o presidente (art. 102, I, *d*, CF).

Mas afinal, vencidos, em tese, todos os empecilhos constantes no art. 503, §§1º e 2º do CPC, ainda é possível imaginar mais alguma exigência para a formação da coisa julgada sobre a prejudicial incidental no STF?

Sim, é possível. E todos eles estão na Constituição da República Federativa do Brasil, o que tornaria a coisa julgada sobre a questão prejudicial constitucional *inconstitucional*.

53 - Ver, por exemplo, os casos em que o STF já havia reconhecido em outro momento a inconstitucionalidade do texto normativo: STF, Tribunal Pleno, ADI 1.616, rel. min. Maurício Corrêa, j. 24/5/2001, DJ de 24-8-2001. Com posição semelhante em sede doutrinária: MENDES, Gilmar; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 289-294.

O art. 102, §2º, da CF é bastante claro ao apontar que é apenas por meio da utilização das ações do controle concentrado se torna possível a concessão da eficácia da coisa julgada sobre a questão constitucional. Ao que parece, não poderia a legislação infraconstitucional ampliar as hipóteses em que poderia a questão constitucional ser acobertada pela coisa julgada material. Haveria uma nítida violação aos procedimentos que possuem aptidão para o conhecimento da questão constitucional como objeto principal do processo.

A constituição deixa consignado em quais ações a questão constitucional pode figurar como questão principal, entre outras coisas, para conferir segurança jurídica a todos. É que, conhecendo o resultado das discussões no controle concentrado, o jurisdicionado saberá de pronto qual comportamento seu seguirá a constituição. Por outro lado, a formação da coisa julgada prejudicial é incerta. Mesmo constando expressamente na fundamentação, o jurisdicionado nem sempre terá a certeza de sua formação, pois dúvidas sobre a ocorrência ou não de seus requisitos podem permanecer. Então se espera que eventualmente em outra demanda alguém suscite essa coisa julgada como causa de pedir (efeito positivo da coisa julgada). Apenas neste segundo processo haverá uma certificação da formação daquela coisa julgada de questão prejudicial incidental. Não se pode permitir essa incerteza pairando sobre questões constitucionais.

Além disso, há um outro óbice diretamente relacionado ao controle difuso. De acordo com o art. 52, X, da CF, compete *privativamente* – exclusivamente – ao Senado Federal – de forma discricionária – decidir, por meio de resolução, suspender a eficácia de ato normativo decretado inconstitucional pelo STF. Ao admitir a formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial constitucional estar-se-ia negando eficácia ao referido texto normativo, afinal, a decisão de inconstitucionalidade no controle difuso passaria a ter, *diretamente*, o poder de impedir a aplicação da legislação.

Já se tentou realizar uma mutação constitucional no art. 52, X, tendo por base a argumentação do Ministro Gilmar Mendes de que este serviria apenas para a publicização do entendimento do STF. Por meio do entendimento defendido por ministro, ter-se-ia a abstrativização do controle difuso, que teria, por si só, eficácia erga omnes, retirando, por si só, a possibilidade de aplicação da lei do ordenamento jurídico. No entanto, o posicionamento dominante do STF no caso concreto em que surgiu o tema foi o de que, o controle difuso realizado pelo tribunal tem apenas eficácia *inter partes*.⁵⁴ Bem se percebe que

54 - STF, Tribunal Pleno, Rel 4335, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20/03/2014, DJe 22/10/2014. O posicionamento de Gilmar Mendes não parecia ser juridicamente possível, promovendo, na verdade, uma espécie de mutação constitucional *inconstitucional* do art. 52, X, da CF, fugindo por completo aos limites semânticos do texto constitucional. Para uma visão crítica do posicionamento do Ministro, cf.: STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 550-559.

o STF não tem sido muito afeto a admissão da ampliação da eficácia *erga omnes* para além dos casos da própria constituição.

CONCLUSÕES

Para a ocorrência da coisa julgada do §1º do art. 503 do CPC, necessário, entre outras coisas, que o órgão julgante seja competente para analisar a questão principal – evidentemente – e, ainda, competente, em tese, para analisar a questão incidental, caso ela tivesse sido arguida *principaliter*. Talvez a maior conclusão deste artigo paire justamente sobre esse ponto.

O preceito do inc. III do art. 503 necessita cuidadosa leitura. Ao estabelecer que a coisa julgada especial somente ocorre se: “o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.”, é preciso entender que essa competência deve ocorrer de forma originária. Ou seja, se apenas o eventual órgão recursal tiver competência para conhecer da questão prejudicial incidental nos moldes do inc. III do art. 503, então não há que se falar na extensão da coisa julgada à fundamentação.

É que, como visto, não teria sentido que alguém, ao litigar, na esperança da formação dos dois regimes de coisa julgada – incidente sobre as questões principais e incidente sobre as questões prejudiciais na forma do §1º do art. 503 – somente obtivesse o segundo em eventual recurso, quando somente o órgão recursal ou a corte de vértice possuir competência para a análise *principaliter* da questão prejudicial incidental.

Além disso, como visto, existem diversos outros óbices que impedem a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial constitucional mesmo no Supremo Tribunal Federal. É inegável que a inserção (ou resgate, pelo que remetemos ao parágrafo único do art. 287 do CPC/1939) de um relevante instituto– coisa julgada sobre questão prejudicial – implica grandes desafios doutrinários para que se verifique todas as suas consequências e eventuais problemas. Tentamos, neste texto, resolver apenas um deles.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011.

ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CABRAL, Antonio do Passo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*/ Tereza Arruda Alvim Wambier... [et al.], coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. PEIXOTO, Ravi; MACÊDO, Lucas Buril de; FREIRE, Alexandre (coord). *Doutrina selecionada – Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: EJE, s/a, v. I.

DELLORE, Luiz. Da coisa julgada no novo Código de Processo Civil (L. 13.105/2015): conceito e limites objetivos. PEIXOTO, Ravi; MACÊDO, Lucas Buril de; FREIRE, Alexandre (coord). *Doutrina selecionada – Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. II.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. II.

_____. “*Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro*.” In: *Procedure Review*, v.6, n.1: 81-94, jan-apr., 2015.

DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação n. 4.374/PE. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1988.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, v. II.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2015, versão digital.

MENDES, Gilmar; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*. Viena: Manz, 1904.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “*Questões preliminares e questões prejudiciais*”. In: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo. *Temas de direito processual – 2ª série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015

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

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, t. V.

PRATES, Marília Zanella Prates. *A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos*. Salvador: Juspodivm, 2013.

REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 248, out.-2015.

SARLETT, Ingo; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997.

THEODORO JÚNIOR. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TROPER, Michel, GRZEGORCZYCK, Cristophe. Precedent in France. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, abr.-2014.